



## **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

Decisión No. 057

Medellín, siete (7) de abril de dos mil veintiuno (2021).

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, procede a proferir el fallo dentro de este proceso ordinario promovido por **GABRIEL JAIME VIERE POSADA** contra **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**.

Se reconoce personería al doctor Juan Pablo Sánchez Castro con tarjeta profesional No. 199.062 del Consejo Superior de la Judicatura para representar los intereses de Colpensiones.

A continuación, la Sala, previa deliberación del asunto, según consta en el Acta No. 023 de discusión de proyectos, adoptó el presentado por el ponente que se consigna enseguida:

Señala el demandante que nació el 6 de octubre de 1956, se afilió al seguro social en el año de 1984; en el año de 1994 fue visitado por un asesor de Protección, quien le informó que el Seguro Social se acabaría y que la mejor opción era que estuviera en un fondo privado, razón por la cual tomó la decisión de trasladarse de régimen, sin embargo hoy se siente arrepentido y engañado, considerando que la asesoría brindada no fue jurídica, económica y financieramente especializada en pensiones por parte del

asesor de Protección. Radicó derecho de petición ante protección para que le expidiera las copias y le realizara el cálculo actuarial en ambos regímenes, dando respuesta el fondo privado indicando que en el RAIS aspira a una posible devolución de saldos y para el RPM., con 63 años tendría un IBL de \$5'953.951. Posteriormente solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, negándosele por faltarle menos de 10 años para pensionarse, reiterando posteriormente la solicitud a Colpensiones para trasladarse de régimen, sin que el fondo haya accedido a la petición, quedando agotada la reclamación administrativa.

Con base en los hechos expuestos, solicita se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual y que como consecuencia, se ordene a Protección S.A. la devolución del actor al RPMPD con los aportes cotizados y sus rendimientos financieros, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, primas de reasegurado, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes; se ordene a Colpensiones reactivar su afiliación sin solución de continuidad y recibir los dineros suministrados por el fondo privado, además de actualizar y corregir la historia laboral, indemnización de perjuicios representado en el valor de la diferencia que resulte de la mesada pensional que sería reconocida en protección y la que será reconocida en Colpensiones. Condenar a Protección a devolver las cuotas de administración, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas.

La apoderada de **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y propuso las excepciones de: PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO, IMPOSIBILIDAD DE ONDENA EN COSTAS Y COMPENSACIÓN.

La apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, FALTA DE JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS COMO REQUISITO PROCESAL, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, INNOMINADA O GÉNERICA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PROVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE

TERCEROS DE BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LAS CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN POR FALTA DE CAUSA.

**EL JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN** mediante sentencia declaró la ineficacia del traslado del demandante GABRIEL JAIME VIEIRA POSADA del RPMPD al RAIS, y declaró la afiliación sin solución de continuidad en el RPMPD. Ordenó a PROTECCION el traslado a COLPENSIONES, y a esta a recibir, los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos financieros. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES las cuotas de administración, y las sumas del seguro previsional, descontadas de los aportes realizados en favor del demandante, durante todo el tiempo que estuvo afiliado en el RAIS. Declaró probada la excepción de ausencia de prueba del vicio en el consentimiento y no probadas las demás. CONDENÓ en costas a PROTECCIÓN S.A.

### **IMPUGNACIÓN**

Interpuso recurso de apelación el apoderado de Protección S.A. solicitando se modifique la sentencia, teniendo en cuenta que la cuota de administración es la que se cobra para administrar las cuentas de los afiliados y que se pueda generar rendimientos; así que su representada ha administrado los dineros con mucho cuidado y diligencia, evidenciándose su gestión con la buena rentabilidad de los dineros.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término oportuno anexó los alegatos de conclusión el abogado de Colpensiones solicitando que se revoque la decisión de instancia por las siguientes razones.

Respecto del traslado del Régimen de Transición al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció en el inciso 4º: “(...) Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años

*de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.” Respecto del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con prestación definida, el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció en el inciso 4°: “(...) Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.”*

*Ahora bien, conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.*

*La prohibición de traslado para quienes les faltaren menos de diez años para pensionarse, introducida en la ley 100 por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, también fue avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, con consideraciones que, si bien se referían a una norma posterior, reafirman la pertinencia de esas limitaciones a la movilidad entre regímenes. Como en el caso de la C-841 de 2003, la norma aquí demandada también superó el test de proporcionalidad y abundaron en ella motivaciones claramente consecuencialistas.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en: “obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y*

*financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar 'el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales', en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior".*

Así las cosas, existe inconformidad con la decisión que adopta el despacho de instancia, toda vez que si bien es cierto en un primer momento sustenta su decisión en las sentencias SL 1688 de 2019 – SL 3464 de 2019 de la CSJ sala laboral, donde se identifica que este tipo de procesos de deben tratar como INEFICACIA DE TRASLADO, y no como nulidad del traslado, pero advirtiendo que se toman como idénticas y conllevan las mismas consecuencias para eventos de temas de seguridad social.

Además de lo anterior, debemos tener en cuenta que la aplicación del artículo 272 de la Ley 100 de 1993 como se ha desarrollado por el despacho, no se compadece con la realidad, toda vez que se declara la ineficacia del traslado, siguiendo un fin económico en cuanto al monto de las mesadas pensionales que pudo haber recibido el afiliado en un régimen o el otro, y se enuncia de nuevo a la corte en la sentencia ya citada donde manifestó lo siguiente:

*"Descritas las anteriores características, para la Corte es claro que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio **cuota-prestación**, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión.*

*Además, el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de seguridad social en pensiones supone que éste se configure,*

*como lo ha sido, como un régimen legal en el que los aportes de los afiliados, como las prestaciones que deben reconocerse, **sus requisitos y condiciones, vienen determinados no por un acuerdo de voluntades sino por reglas y principios que se integran en el ordenamiento jurídico** y que, por ende, pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias históricas así lo impongan.”*

Aparte de lo anterior, la Corte anotó que no puede existir trato discriminatorio al consagrarse la dualidad de regímenes pensionales pues es el mismo afiliado quien voluntariamente se somete a un régimen o a otro, siendo de vital relevancia para este tipo de procesos, en el entendido de manifestar que pertenecer al RAIS es una *decisión equivocada para los intereses de los afiliados, y ese no debe ser el mensaje:*

*“No puede hablarse de trato discriminatorio cuando es el mismo afiliado quien voluntariamente se somete a un régimen o a otro; no se impone en consecuencia, un solo régimen.”*

Por lo expuesto, solicita al despacho revocar la decisión de primera instancia en su integridad, y entrar a absolver a la entidad de todas las pretensiones invocadas en su contra, y que las costas corran a cargo de la parte demandante, en el caso hipotético que considere confirmar la decisión, solicito se ordene al fondo que sin dilaciones reintegre a la entidad toda la cuenta de ahorro individual con los respectivos rendimientos financieros, además de las cuotas y gastos de administración, y seguros previsiones, atendiendo esto a la figura de la ineficacia del traslado que se suscita, debiendo volver todo al estado inicial, y a NO condena en costas en esta instancia.

### **CONSIDERACIONES**

El señor Gabriel Jaime Viera Posada nació el 6 de octubre de 1956, como se ve en la copia de la cédula de ciudadanía de folios 25; inició su vida laboral afiliado al ISS el 8 de marzo de 1984, estando en ese fondo hasta el 14 de marzo de 1991, como se lee en la historia laboral (fls. 39), luego ante el auge de los fondos privados, el 8 de septiembre de 1.998 se afilió al fondo de pensiones Protección S.A. (fls. 37 reverso), encontrándose en la actualidad

afiliado a este fondo, como se desprende del resumen de la historia laboral (fls.33 a 37). Mediante petición elevada a Protección S.A. el 8 de febrero de 2019, solicitó el formulario de afiliación, proyección pensional entre otros tantos documentos (fl. 30) dando respuesta el fondo comunicado del 5 de marzo de 2019, informándole que en el RAIS no aplica mesada pensional, posiblemente tendrá derecho a una devolución de saldos y en el RPMPD se estima, a los 63 años, un IBL de los últimos 10 años cotizados de \$5'953.951 (fl.32); solicitó el demandante, el 3 de enero de 2019 a Colpensiones el traslado de régimen, fondo que le negó el mismo por faltarle menos de 10 años para pensionarse (fls. 26 a 29)

Esta Sala pasará en primer lugar, a analizar, si hay lugar a la ineficacia de afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, con el consecuente regreso al régimen de Prima media con Prestación definida administrado por COLPENSIONES, punto que revisaremos en el grado jurisdiccional de consulta.

Como el argumento de la ineficacia es el de la indebida información, debemos señalar que a lo largo de los años se ha pronunciado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia sobre este particular, trayéndose a colación las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas; del 22 de noviembre de 2011, radicación 33.083, del 03 de septiembre de 2014, radicación 46.292, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y 03 de abril de 2019, radicación No. 68852, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, exponiéndose en esta última lo siguiente:

*“En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.”*

Así que Protección S.A., tenía la obligación de brindar una asesoría personalizada y completa, analizando las circunstancias particulares de su

caso, debiéndole informar entre otras cosas, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual, el número de beneficiarios y la edad de los mismos; la posible redención del bono pensional; la densidad y constancia de los aportes; y que si no se completa el suficiente capital para obtener, por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo legal vigente, a la fecha de expedición de dicha ley actualizado con el IPC), debe seguir cotizando; la existencia de diferentes modalidades pensionales, como efectuar las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios futuros de ambas opciones y otras tantas observaciones indispensables para la ilustración debida del usuario, reiterándose que la labor del funcionario del fondo privado, al realizar el traslado, debe trascender al “DEBER DEL BUEN CONSEJO” como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, mostrándole a la afiliada en detalle las ventajas y desventajas del traslado, a fin de que dicha decisión sea realmente pensada, libre y voluntaria.

Y si bien la entidad privada afirmó que al demandante se le brindó la asesoría requerida, de acuerdo con la jurisprudencia reseñada, tenía la carga de acreditarlo, lo que no hizo, simplemente aportaron los formularios de afiliación, que nada dice sobre las implicaciones del traslado, siendo procedente, como lo concluyó el juez de primera instancia, la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual del demandante.

Así que, al declararse la ineficacia, esta declaración conlleva consecuencias en contra de Colpensiones, pues la ineficacia del traslado da lugar al regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, retrotrayéndose la situación al estado de cosas iniciales, siendo dable afirmar que la afiliación del actor a Colpensiones nunca sufrió alteración. Por esta razón, al ser Colpensiones la administradora de pensiones que eventualmente tendrá a su cargo el reconocimiento de la prestación, encontramos procedente confirmar la orden impartida, de recibir los dineros de las cuentas de ahorro individual, ya que con dicho capital se pagarán los beneficios que se causen; traslado que debe incluir todos los valores recibidos por Protección S.A., con motivo de la afiliación del demandante, como: Cotizaciones, descuentos de la garantía de pensión mínima, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos sin



deducción alguna, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia del 09 de septiembre de 2008, radicación 31.989; sin que en este punto le asista razón al abogada del fondo privado, quien pretendía la no devolución de los gastos de administración. Debiéndose adicionar la sentencia.

Costas de segunda instancia a cargo de Protección S.A., se fijan las agencias en derecho en la suma de \$908.526.

### **FALLO DEL TRIBUNAL**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA PARCIALMENTE** la sentencia revisada por apelación y en el grado jurisdiccional de consulta. Se **ADICIONA** el numeral **SEGUNDO**, ordenando a Protección S. A., trasladar la devolución de los descuentos de la garantía de pensión mínima.

Costas de segunda instancia a cargo de Protección S.A. Se fijan las agencias en derecho en la suma de \$908.526.

Lo decidido se notifica por ESTADOS.

Los Magistrados,



CARLOS JORGE RUIZ BOTERO



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN –  
SALA LABORAL - HACE CONSTAR

Que la presente providencia se notificó por estados N ° 057 del 08  
de abril de 2021

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>