

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL
Acta N° 086

Proyecto discutido y aprobado en Sala virtual

Medellín, veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

En la fecha, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelven los recursos de apelación interpuestos por la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** y el apoderado de Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta administradora, en el proceso ordinario laboral adelantado por **MARIA EMERITA MONTOYA MONTOYA contra PROTECCIÓN Y COLPENSIONES.**

De acuerdo a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita.

Se reconoce personería para actuar en representación de **COLPENSIONES** a la Dra. **CARMEN YOJANA RAMIREZ VILLEGAS**, identificada CC N° 43.209.298 y con TP tarjeta profesional 157.953 del CSJ, a quien le fue sustituido el poder por el Dr. **ANDRÉS EDUARDO SALCEDO CAMACHO**, identificado con CC 1.015.444.287 y T.P. 194.878 del CSJ.

ANTECEDENTES

Pretensiones

La demandante solicitó que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS a través de **Protección S.A.**, y en consecuencia, se ordené a esa administradora que traslade todos los valores recibidos con motivo de su afiliación, como: cotizaciones, sumas adicionales de aseguradoras, con todos sus frutos e intereses a **Colpensiones**, y a esta última administradora, a tenerla como su afiliada para efectos pensionales (fl.pdf dd).

Hechos

La actora fue afiliada al **ISS** hoy **Colpensiones**, en 1° de junio de 1986, entidad de la que se trasladó a **Protección S.A.**, el 30 de junio de 1995, sin que al momento de vinculación a esta administradora del RAIS se cumpliera con la obligación de buen consejo, puesto que, se le prometió que se pensionaría anticipadamente, pero se omitió informarle que para ello dependía de los ahorros contenidos en su cuenta de ahorro individual (fl.3).

Contestación Colpensiones

Colpensiones a través de apoderado, indicó que no le constan los hechos, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la obligación, prescripción, imposibilidad de condena en costas y buena fe (pdf respuesta).

Contestación Protección S.A.

Protección S.A. a través de apoderada, manifestó que esa administradora a través de asesor comercial le informó a la actora al momento de su vinculación, las características del RAIS y sus diferencias con el RPM, cumpliendo con la asesoría por lo demás cumplió con las condiciones de claridad, veracidad y suficiencia.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia de las obligaciones, de devolver cuotas de administración, aprovechamiento indebido de recursos.

Sentencia de Primera Instancia

La Juez Trece Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del **12 de junio de 2020**, declaró la ineficacia del traslado al RAIS administrado por **Protección S.A.**, ordenando a esta administradora trasladar con destino a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y las cuotas de administración cobradas a partir del 1° de julio de 1995, y, a **Colpensiones** a recibir todas sumas y a tener a la actora como su afiliada.

Esta decisión no la compartieron los apoderados de **Protección S.A.**, y el apoderado de **Colpensiones** motivo por el cual impugnaron en los siguientes términos:

Recurso de apelación apoderada Protección S.A.

Solicita la recurrente que se **revoque** la decisión de primera instancia respecto de la imposición de la obligación de trasladar a **Colpensiones** los dineros cobrados por cuotas de administración, esto, por cuanto esa entidad cumplió con una buena administración de los dineros entregados obteniendo rendimientos superiores a los que se hubieran generado para el afiliado en el caso de permanecer el RPM.

En ese mismo sentido, señaló que no se puede desconocer que la cancelación de cuotas de administración tiene sustento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y la misma también habría sido cobrada al afiliado de mantenerse en el RPM administrado por **Colpensiones**.

Recurso de Colpensiones

El apoderado de esta administradora presentó recurso, en el sentido de indicar que no es procedente el traslado de la demandante, teniendo en cuenta el art. 13 de la ley 100 de 1993, pues la actora cuando demandó contaba con 57 años de edad y perdió ese derecho.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se presentaron alegatos por parte de Colpensiones:

Expresó la apoderada que una vez estudiados los hechos de la demanda, las pretensiones planteadas por la parte demandante y el material probatorio relacionado, aportado y desarrollado en el trámite de primera instancia, no hay discusión de que la señora MARIA EMERITA MONTOYA MONTOYA se encuentra actualmente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS administrado por la AFP PROTECCION S.A, por ello y para abordar el tema objeto de estudio, indudablemente se tiene que hacer referencia a la postura de la Corte Suprema de Justicia frente al traslado de régimen pensional. En materia de traslado de régimen pensional el precedente jurisprudencial ha mantenido una posición garantista en favor de los afiliados.

Al momento de aceptar su ingreso al fondo la jurisprudencia ha definido que las administradoras de pensiones tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir entre las diferentes opciones, la que mejor se ajuste a sus intereses; por cuanto, 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(CSJ SL12136-2014). -Respecto a la carga de la prueba.

En materia probatoria, por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias.

En los eventos de traslado de Régimen, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

Así las cosas, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, se ha invertido la carga probatoria, quedando en cabeza de los fondos de pensiones, la obligación de desvirtuar los supuestos alegados por los demandantes acerca de la suficiencia de la información suministrada al momento del traslado; exigencia probatoria que no ha podido ser acreditada por los fondos puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, conllevando que los fallos judiciales en la actualidad se expidan en contra de dichas entidades y de manera colateral afecten los intereses de Colpensiones. Por consiguiente, la posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso.

Así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; por lo tanto, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo

29 de la Constitución política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

En Sentencia de unificación SU130/13, la Corte se ocupó del tratamiento dado por la jurisprudencia constitucional a la problemática que surge en torno a quienes se trasladaron al régimen de ahorro individual y unificó su jurisprudencia advirtiendo que, de conformidad con lo previsto en los artículos 13, literal e) y 36, incisos 4° y 5° de la Ley 100 de 1993, tal y como fueron interpretados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-789 de 2002 y C1024 de 2004, únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición.

Por ello y en el caso concreto, la demandante pretende se declare ineficaz y nulo el traslado y afiliación al régimen de ahorro individual realizada a la Administradora de Fondo de Pensión PROTECCION S.A, y como consecuencia de lo anterior, se continúe con la afiliación al Régimen de Prima Media Administrado por Colpensiones, trasladando los aportes efectuados, incluidos los rendimientos generados. Una vez validada la historia laboral de la demandante, se evidencia que presenta un traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCION S.A, lo que significa que, a la fecha, el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual tiene plena validez y respecto a la nulidad del contrato alegado por la interesada, no considera está suscrita que haya logrado probarse este hecho en el desarrollo del proceso judicial.

Solicitó revocar la sentencia de instancia teniendo en cuenta los argumentos anteriormente expuestos ya que el hecho de reconocer la ineficacia del traslado que de manera libre y voluntaria realizó la demandante, se le está imponiendo una obligación a COLPENSIONES que normativamente no está llamada a soportar, además de valorar la buena fe en la actuación desplegada en el asunto objeto de litigio por la entidad que represento. Solicito de manera respetuosa al Honorable Tribunal Superior que en el evento de confirmar la sentencia de primera instancia, esta sea adicionada en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCION a que devuelva o traslade a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP y que se haya causado con motivo de la afiliación o traslado, es decir que no se traslade solo los recursos de la cuenta individual de la demandante junto con sus rendimientos y cuotas de administración como lo ordeno la a quo, sino también, lo que corresponde a seguros previsionales y descuento de la garantía de pensión mínima.

Igualmente, solicito que todos los valores a trasladar sean debidamente indexados o si la suma de todos los conceptos a trasladar resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, PROTECCION S.A deberán asumir el pago de la diferencia que hubiere con cargo a sus propios recursos. Lo anterior de acuerdo a lo expuesto en las sentencias SL 4,964 de 2018, SL 4.989 de 2018, SL 1.421 de 2019 y SL 1.688 de 2019 por cuanto precisamente la estabilidad financiera del sistema no se puede ver afectada por un acto que carece de eficacia.

La Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 31989 de 2008 en la cual se fundamenta la ratio decidendi de estos procesos, esa Alta Corporación determinó que por efecto de la entonces denominada nulidad, hoy ineficacia, generada con ocasión del actuar negligente de las AFP del RAIS, en materia de información, éstas se encuentran obligadas a remitir a Colpensiones no sólo las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, cuotas o gastos de administración, lo destinado a garantía de pensión mínima sino también las sumas adicionales de la aseguradora.

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia de conformidad con los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones**, serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen del demandante a la **AFP Protección S.A.** resulta o no eficaz, (ii) Establecer que conceptos está obligada a devolver **Protección S.A.** a **Colpensiones** y (iii) Revisar si operó la prescripción de la acción.

CONSIDERACIONES

Antes de resolver considera la Sala importante realizar las siguientes precisiones de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente:

1. La señora **Emerita Montoya Montoya** fue afiliada al **ISS** hoy **Colpensiones** desde el **1° de junio de 1986** (fl.pdf dda).
2. La actora suscribió formulario de vinculación a **Protección S.A.**, el día **30 de junio de 1995**, afiliación que se hizo efectiva a partir del **1° de julio de 1995** (pdf dda).

Efectuadas las anteriores anotaciones procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento.

El precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL 1688-2019 SL4360-2019 y SL4426-2019 y de forma más reciente como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020.

En las providencias dictadas en casación el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: (i) desde la fundación de las AFP, segundo momento, (ii) desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y (iii) a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS a través de la AFP **Protección S.A.**, se realizó el **30 de junio de 1995**, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual, según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019 la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Los conceptos de información necesaria y transparente son definidos en la providencia citada de la siguiente forma:

Información necesaria: consistente en la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que implica un comparativo entre las vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Transparencia: La AFP a través de su promotor debe comunicar a su potencial afiliado en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios.

El anterior deber trae en lo procesal una carga que recae en la administradora de pensiones, y es la de demostrar que suministró al posible afiliado una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen, para solo a partir de este conocimiento concluir que se garantizó su derecho al ejercicio de una libre selección de régimen pensional.

Sobre la **carga de la prueba** es importante la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada -la de que no recibió información- y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado.

En lo que respecta al caso de autos, **Protección S.A.** afirmó al contestar la demandada que su afiliado recibió información clara, veraz y suficiente (pdf respuesta), sin embargo, esta manifestación carece de respaldo en lo probatorio, sin que en este sentido el contenido del formato de afiliación sirva como elemento demostrativo, puesto que, como lo anotara la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4426-2019, este a lo sumo acredita un consentimiento sin vicios, pero no informado.

Así mismo, se debe recordar que el derecho a recibir información no es una prerrogativa privativa de quienes ostentaban la calidad de beneficiarios del régimen de transición pensional, dado que como lo indicará la CSJ en la sentencia SL-1688 de 2019, lo relevante en los eventos en donde se solicita la ineficacia por falta de información es que la administradora de pensiones demuestre que cumplió con este deber legal.

Así las cosas, y dado que, no demostró **Protección S.A.** que cumpliera con su deber de informar, la consecuencia es que la afiliación efectuada a este fondo devenga ineficaz de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que a **confirmar** la decisión consultada en este aspecto.

En cuanto al recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones, teniendo en cuenta que se declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS y como consecuencia las cosas deben volver a su estado inicial, se entiende que la señora María Emerita Montoya Montoya, se mantuvo sin solución de continuidad afiliada a la AFP del régimen de Prima media. Por tanto, no le asiste razón al apoderado en sus argumentos.

De los efectos de la ineficacia

Se solicita por parte de la apoderada de **Protección S.A.** que no se imponga a esa administradora la obligación de devolver los gastos de administración, por cuanto cumplió con el deber de administración encomendado, tanto así que los dineros entregados han obtenido rendimientos.

El recurso propuesto y el estudio de este particular en virtud de la consulta, llevan a esta Sala a recordar que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz no produzca ningún efecto.

Este aspecto fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, en la que indicó que: la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una **ineficacia en sentido estricto**, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.

En ese orden, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que la AFP que dio lugar a ello traslade a **Colpensiones**: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades¹, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por **Colpensiones**.

Garantía de Pensión Mínima:

Además de lo anterior, ha evidenciado esta Sala que existe un concepto en el RAIS que no tiene un equivalente en el RPM, y es el que tiene que ver con el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, valor que de no ser traslado generaría un detrimento en el fondo público que administra **Colpensiones**.

Este aspecto fue advertido por el Gobierno Nacional en el Decreto 3995 de 2008, en cuyo artículo 7² se dispuso que cuando se trasladen cotizaciones del

¹ Conceptos que deben ser indexados al momento de su traslado a Colpensiones según lo enseñado en las sentencias SL-4360-2019, SL-1688-2019 y SL-1689-2019.

² Artículo compilado en el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

RAIS al RPM se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Es por lo anterior, que en el caso resulta necesario **ADICIONAR la sentencia** en el sentido de ordenar a **Protección S.A.** retornar a **Colpensiones** el valor de las cuotas de administración **debidamente indexadas**, y **devolver los seguros Previsionales debidamente indexados**, además del porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima.

De la excepción de prescripción

En lo que tiene que ver con la prescripción, encuentra la Sala que esta excepción no está llamada a prosperar, puesto que, la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos. En este sentido se remite a la lectura de la sentencia SL-1688 de 2019.

Costas

Costas en esta instancia a cargo de **Protección S.A.** y **Colpensiones** en favor de la demandante por haberse resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto, en atención a lo establecido por el numeral 1) del artículo 365 del Código General del Proceso. Las agencias se fijan en la suma de **\$908.526**, a cargo de cada administradora.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, dictada por la Juez Trece Laboral del Circuito de Medellín, el día **12 de junio de 2020**, proferida en el proceso ordinario laboral de primera instancia adelantado por la señora **EMERITA MONTOYA MONTOYA** contra **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión de primera instancia, para indicar que, **Protección S.A.** debe retornar a **Colpensiones** el valor de las cuotas de administración y los seguros previsionales, **debidamente indexados** y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Costas en esta instancia a cargo de **Protección S.A.** y **Colpensiones** en favor de la demandante por haberse resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto, en atención a lo establecido por el numeral 1) del artículo 365 del Código General del Proceso. Las agencias se fijan en la suma de **\$908.526**, a cargo de cada administradora.

Lo resuelto se notifica por **ESTADOS**.

LOS MAGISTRADOS



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXANDER BÉDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ

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

Que la presente providencia se notificó por estados
Nº 073 del 30 de abril de 2021.

consultable aquí:

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