



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Amparo del Socorro Sierra Arcila
DEMANDADO	Protección S.A. y Colpensiones.
RADICADO	05-001-31-05- 009-2018-00683
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el ACTA **091** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **AMPARO DEL SOCORRO SIERRA ARCILA** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, con radicado **05-001-31-05-009-2018-00683**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos del poder conferido por el doctor SANTIAGO MUÑOZ MEDINA, obrando en calidad de representante legal para procesos de COLPENSIONES de la firma MUÑOZ MEDINA ABOGADOS S.A.S., de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar al Dr. PABLO ANDRÉS VANEGAS CARDONA, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.044.501.155, y portador de la tarjeta profesional N° 224.712 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de la entidad hasta su culminación en el presente proceso judicial.

• **PRETENSIONES**

La demandante pretende se declare la ineficacia del traslado a PROTECCIÓN S.A. y la inmersión en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. Como consecuencia, que se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el 100% de las cotizaciones, bonos, etc., con los rendimientos que se hubieren causado, y que pague de su patrimonio los dineros descontados para el pago del fondo de garantía de pensión mínima, cuotas de administración, prima de reaseguro Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, debiendo COLPENSIONES, reactivar la afiliación al régimen de prima media y recibir los anteriores conceptos. Y que se condene a las costas procesales a las demandadas.

- **HECHOS:**

Como fundamento de las pretensiones indica que nació el 31 de octubre de 1962. Que empezó a cotizar en el ISS partir del 22 de diciembre de 1980 hasta el mes de abril de 1999. Que en el año 1999 se trasladó a PROTECCIÓN S.A. y que dicho en dicho traslado no medió una asesoría cierta, completa y comprensible por parte de la administradora, pues esta junto con COLPENSIONES no le indicaron que el monto de su pensión quedaba sujeto a los rendimientos que el capital generara, además de no indicarle cómo se generaría su pensión en el RPM. Que no se le realizó un estudio previo sobre las ventajas y desventajas que implicaba estar en uno u otro régimen pensional. Y que actualmente puede notarse la diferencia del monto de su pensión entre uno y otro régimen pensional, siendo en el RAIS de un salario mínimo, mientras que en el RPM sería de \$1'556.794.

- **CONTESTACIONES:**

✓ PROTECCIÓN S.A.:

De acuerdo a los hechos de la demanda manifestó que es cierto que la demandante nació el 31 de octubre de 1962. Que no le consta que empezó a cotizar en el ISS partir del 22 de diciembre de 1980 hasta el mes de abril de 1999. Que la demandante se afilió al ISS el 19 de marzo de 1999 en forma libre y espontánea, sin mediar presión alguna sobre su voluntad. Que no es cierto que no se le haya brindado a la demandante una información clara, completa y veraz de las implicaciones de su traslado, toda vez que esta fue

suministrada por parte de PROTECCIÓN S.A. teniendo en cuenta todos los aspectos del RAIS y realizándosele las respectivas proyecciones del monto de su pensión. Se opuso a las pretensiones y formuló excepciones de mérito.

✓ COLPENSIONES:

Frente a la demanda interpuesta señaló que es cierto que la demandante nació el 31 de octubre de 1962. Que es cierto que empezó a cotizar en el ISS partir del 22 de diciembre de 1980 hasta el mes de abril de 1999. Que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio su traslado al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A. Se opuso a las pretensiones y presentó excepciones de mérito.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 28 de enero de 2020, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** ineficaz la afiliación efectuada por la demandante a PROTECCIÓN S.A., argumentando que el fondo privado era el que tenía la obligación de brindar una información clara, completa y comprensible frente al traslado de régimen pensional de la demandante, y no logró probar que efectivamente cumplió con el deber legal de información que le asiste frente al afiliado.

DECLARÓ que la demandante ha estado vinculada al régimen de prima media, sin solución de continuidad.

ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES dentro de los tres meses siguientes a partir de la ejecutoria de esta sentencia, todos los aportes que hubiese efectuado la demandante desde el 1° de abril de 1999 junto con los rendimientos financieros generados en su cuenta de ahorro individual, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, cuotas de administración para los riesgos de invalidez y sobreviviente.

ORDENÓ a COLPENSIONES a recibir todos los dineros que le sean trasladados por PROTECCIÓN S.A., los cuales deberán ser tenidos en cuenta en la historia laboral.

Y, **CONDENÓ** en costas a PROTECCIÓN S.A.

- **APELACIÓN:**

✓ PROTECCIÓN S.A.:

La apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A. presentó su inconformidad frente a la condena de traslado de los dineros correspondientes a las cuotas de administración, toda vez que estos son descuentos legales, exequibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes, y que si la demandante hubiese permanecido en COLPENSIONES estos descuentos también se hubiesen generado. Que se debe tener en cuenta que estos dineros no tienen como finalidad financiar la pensión de vejez, sino que financian la administración de estos dineros y se depositan en cuentas diferentes a la de la pensión de vejez y tienen una destinación específica. Que estos descuentos están sustentados en los rendimientos que generaron los aportes de la demandante, que para el caso en concreto corresponden al 168%. Que si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que se entienda que la demandante siempre ha estado en COLPENSIONES, deberán trasladarse solamente los valores correspondientes a los aportes más los rendimientos que estos dineros hubiesen generado en el RPM, ya que con la presente condena COLPENSIONES incurre en un enriquecimiento sin causa toda vez que recibe unos rendimientos fruto de una administración que no realizó, pues esta administración la hizo PROTECCIÓN S.A., y adicionalmente recibe el valor de esas cuotas de administración que no llevó a cabo. Y que no está de acuerdo con devolver los valores correspondientes al seguro previsional, ya que estos dineros no están en poder de PROTECCIÓN S.A., sino que están en poder de una aseguradora, la cual es un tercero que ha cubierto las contingencias de invalidez y de muerte de la demandante, y en caso de que esta se viere inmersa en alguna de estas contingencias, sería la aseguradora la llamada a cubrirlas.

De igual forma, la presente sentencia será revisada en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** con ocasión de las condenas impuestas a COLPENSIONES.

- **ALEGATOS:**

✓ COLPENSIONES:

Dentro de sus alegatos, COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que la demandante tuvo el tiempo suficiente para regresar al RPM, además que para el momento del traslado se encontraba en las condiciones intelectuales aptas para tomar una decisión libre y espontánea que no fuera en contravía de sus ideales. Que en el caso de que se confirme la sentencia de primera instancia, solicita se condene a la AFP a trasladar a COLPENSIONES además de los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, el 100% de los rendimientos financieros, las cuotas de administración, los descuentos por seguros previsionales, el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima y cualquier emolumento que pueda financiar una pensión de la hoy demandante a futuro.

• **DECRETO 806 DE 2020:**

Atendiendo a lo establecido en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con el recurso interpuesto y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será **i)** determinar si el acto jurídico de afiliación de la señora AMPARO DEL SOCORRO SIERRA ARCILA a PROTECCIÓN S.A., fue válido, o si por el contrario es ineficaz; **ii)** consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por el fondo privado; **iii)** Y, la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

i. Acto jurídico de la afiliación y precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional:

Para comenzar, esta Sala pasará hacer un recuento breve de la jurisprudencia de esa alta Corporación de Justicia, que estructura el tema.

Advierte la Corte que el traslado de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Que es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta, que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios. Que el estatuto Financiero de la época en los artículos 97 y siguientes consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, lo siguientes:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) La información debe ser completa y comprensible. Y,
- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Si bien los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esa circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

Así las cosas, lo dicho anteriormente constituye sustento que permite deducir las siguientes reglas:

- (i) Las administradoras de pensiones tienen a su cargo la obligación de información de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- (ii) La información del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima, detallada y documentada acerca de la incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales, de modo que no basta con explicar solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos proyecte la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Y,
- (iii) La carga de la prueba de demostrar que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia 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.
- (ii) Desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010.
- (iii) Y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015. y en la circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.

La determinación a tomar, tiene como soporte en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2611 y SL2877 de 2020.

En el caso objeto de estudio, sobre los pormenores que rodearon la afiliación, del interrogatorio de parte se desprende que la demandante se trasladó al RAIS cuando se encontraba trabajando en el SENA, y un asesor de PROTECCIÓN S.A. le indicó que el ISS se iba a acabar. Indica que este asesor ya llevaba los formularios diligenciados y únicamente necesitaba de la firma de la demandante. Asimismo, señaló que no recibió ningún tipo de información por parte del asesor donde le indicaran las características del RAIS, no se le realizó una proyección de su pensión, ni que se podría pensionar anticipadamente, entre otras cosas, y nunca recibió una asesoría antes de cumplir el requisito de edad para pensionarse.

Pues bien, sobre la carga de la prueba es importante hacer 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. Así mismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PROTECCIÓN S.A., toda vez que, pese a que la entidad administradora anexó el documento visible de folio 120 del expediente, esto es, el formulario de afiliación, mismo que fue suscrito por la

actora, lo cual permite pensar en un principio que sí existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que este documento no es prueba suficiente para determinar que efectivamente a la accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa pre-negocial, anterior a la materialización del consentimiento, consistía en brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que, lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones que pretendía captar a la demandante como su afiliada cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que la demandante firmara el formulario de vinculación, donde se hace constar que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectúa de forma “libre, espontánea y sin presiones”, no implica que la actora conociera las consecuencias que implicaba el cambio de régimen pensional.

También es importante advertir, que, si bien la mayoría de los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esta circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

Con respecto a la información que se le debía brindar a la demandante para la fecha de traslado, en las providencias SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4426-2019, 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, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: primer periodo, desde la fundación de las AFP; segundo momento, desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; y tercer momento, 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 de la actora fue el 19 de marzo de 1999, 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.

Se tiene entonces, que PROTECCIÓN S.A., no cumplió con la carga de probar el haber realizado en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que es desde allí que el traslado resulta ineficaz, generando como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, debiéndose en consecuencia **CONFIRMAR** la providencia de primera instancia, en tal sentido.

ii. Efectos de la ineficacia y conceptos a devolver por el fondo privado:

Ahora bien, respecto a los motivos de inconformidad expuestos en la apelación de PROTECCIÓN S.A., con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR EL FONDO PRIVADO**, 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 utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

De igual forma, también debe sumarse que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante no se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total

del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Con respecto a la apelación de PROTECCIÓN S.A., en el sentido de que no se condene a la devolución de las cuotas de administración y seguros previsionales, hay que resaltar que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual 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.”*

Por lo anterior, si bien el juez le ordenó a PROTECCIÓN S.A devolver lo correspondiente a los **gastos de administración y seguros previsionales**, estos concepto deben ser debidamente indexados, con cargos a sus propios recursos, debiéndose en este sentido, **ADICIONAR** la sentencia, para en su lugar **ORDENARLE** a PROTECCIÓN S.A incluir en los valores por entregar a **COLPENSIONES** la indexación de dichos conceptos.

i. Excepción de prescripción de la acción.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de 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, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar.

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas.

Así las cosas, se **ADICIONARÁ** y **CONFIRMARÁ** la sentencia revisada por vía de apelación y en grado jurisdiccional de consulta.

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo el juez. Las costas de la segunda instancia son a cargo de PROTECCIÓN S.A., por no salir adelante su recurso. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$908.526.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la declaración de la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los conceptos a devolver al fondo público, y en su lugar, se le **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar lo correspondiente a las cuotas de administración y seguros previsionales, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia.

CUARTO: Costas procesales y agencias en derecho, como se dejó dicho en la parte motiva de esta providencia.

Se notifica lo resuelto por **ESTADOS**. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ


CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA


HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ

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

Que la presente providencia se notificó por
estados N° 073 del 30 de abril de 2021

consultable aquí:

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