



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiuno (21) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIA: SENTENCIA
PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: ANTONIO JOSE HENAO CASTAÑO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS
RADICADO: 050013105 004 2017 00022 01
ACTA N.º: 030

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA**, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **ANTONIO JOSE HENAO CASTAÑO** en contra de **COLPENSIONES, OLD MUTUAL y PROTECCIÓN** para pronunciarse en virtud del recurso de apelación interpuesto por el demandante, las codemandadas y en grado jurisdiccional de CONSULTA respecto de la sentencia con la cual el Juzgado CUARTO Laboral del Circuito de Medellín finalizó la primera instancia.

La Magistrada del conocimiento, doctora Ana María Zapata Pérez, declaró abierta la audiencia. A continuación, la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 030** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

El demandante pretende con este proceso lo siguiente: Que se declare la NULIDAD del traslado del R.P.M al RAIS, se ordene a **OLD MUTUAL HOLDING S.A.** que transfiera a COLPENSIONES la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual del demandante y se ORDENE a COLPENSIONES a recibirlos.

Afirmó básicamente que encontrándose afiliado al I.S.S desde el mes de **junio de 1995**, se trasladó a **PROTECCIÓN** en el mes de **agosto de 1997**, suscribiendo un formulario de afiliación; destacando que el traslado de régimen obedeció a la omisión del asesor de

¹ Folios 4-22

las AFP quienes no brindaron la información suficiente, completa y necesaria para adoptar una decisión informada. Posteriormente en el **año 2010** se trasladó a la sociedad OLD MUTUAL HOLDING S.A.

2. CONTESTACIONES

2.1. PROTECCIÓN²

La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones, planteando, en síntesis: **i)** No hay lugar a la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, porque el afiliado suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de traslado, sin que se hubiere efectuado bajo presión o coacción que vulnerara la libre voluntad de afiliación. **ii)** La afiliación se hizo conforme a la normativa vigente, la decisión se hizo sopesando las posibilidades que se le ofrecían en uno y otro régimen, por lo que no es de recibo que después de haber permanecido en el RAIS por más de 19 años, pretenda desconocer la existencia de un acto jurídico que se realizó entre personas capaces, aduciendo un error que no existió. **iii)** Invoca el artículo 13 de la ley 100, el 11 del Decreto 692 de 1994, para destacar que la expresión de su voluntad se satisface al estampar su firma en el formulario de traslado, en la casilla denominada VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACIÓN; reafirmando su afinidad, conocimiento y gusto por el RAIS el 7 de julio de 2010 cuando decide acogerse al fondo de pensiones obligatorias SKANDIA.

Propuso entre otras excepciones las que denominó FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LAS DEMANDADAS, BUENA FE, AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A LA DEMANDADA, AUSENCIA DE PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO y PRESCRIPCIÓN.

2.2. COLPENSIONES³

La entidad se opuso a las pretensiones argumentando que COLPENSIONES ha actuado bajo los preceptos legales, por lo tanto, no puede reconocer pensiones de vejez, ni ninguna otra prestación que no tenga soporte legal, además, COLPENSIONES es ajena a lo que se está debatiendo en el proceso.

En la contestación, la administradora del Régimen de Prima Media propuso entre otras excepciones las que denominó AUSENCIA DE CAUSA PARA PEDIR, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE ACEPTAR LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, PRESCRIPCIÓN y COMPENSACIÓN.

² Folio 106-136

³ Folio 165-168

2.3. OLD MUTUAL⁴

La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones, planteando, en síntesis: **i)** Que la declaratoria de nulidad o ineficacia a PROTECCION no puede afectar la vinculación realizada a OLD MUTUAL, la que se efectuó con el lleno de los requisitos legales y con el cumplimiento de todas las obligaciones como AFP, en especial, la de una competente asesoría e información; por lo tanto, no puede declarar que las cosas vuelvan a su estado de origen y mucho menos, que el demandante ha permanecido en el Régimen de Prima Media sin solución de continuidad. **ii)** No se opone a la pretensión de devolución de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro, si el director del proceso considera procedente el retorno del señor HENAO CASTAÑO al régimen de prima media, reiterando la buena fe que la ha caracterizado siempre en todas sus actuaciones, pero añade que, dejando en todo caso a salvo la validez del traslado del actor con OLD MUTUAL, que se efectuó con el lleno de los requisitos.

Propuso entre otras excepciones las que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE y PRESCRIPCIÓN.

3. SENTENCIA⁵

En la audiencia del **09 de julio de 2020** el **JUEZ CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN, DECLARÓ** la INEFICACIA DEL TRASLADO y AFILIACIONES del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Se **CONDENA** a **OLD MUTUAL** a trasladar a **COLPENSIONES** dentro de los 30 días hábiles y a ésta a recibir, todas las sumas que recibió con ocasión del traslado, cotizaciones completas, aportes, rendimientos y también gastos de administración, pagos de seguro y pagos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos pagos deben retornarse de manera indexada. Se **CONDENA** a **PROTECCIÓN** a la devolución o el retorno debidamente indexado y satisfacción de COLPENSIONES, de los gastos de administración, pagos de seguro y reajustes de garantía de pensión mínima; dentro de los 30 días hábiles.

Se **CONDENÓ** en **COSTAS** a **PROTECCIÓN** a favor de la demandante.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN DEL DEMANDANTE

La apoderada presentó recurso de apelación parcial señalando: **i)** Si se ordenó subsidiariamente el grado de consulta y el artículo 14 de la ley 1149 indica que la sentencia debe ser totalmente adversa a la parte cuyo favor se ordena y en este caso es COLPENSIONES, entonces desde luego no podría decirse que procesalmente COLPENSIONES no hubiera sido vencida en juicio y en ese orden de ideas la condena en costas obedece a una causal objetiva eminentemente procesal y es quien es

⁴ Folio 214-226

⁵ Documento #03 de la carpeta virtual del proceso.

vencida en juicio. **ii)** En este caso considero que se debe condenar en costas a COLPENSIONES y a OLD MUTUAL por ser vencidas en el proceso.

4.1. EL RECURSO DE APELACIÓN DE PROTECCIÓN

La apoderada presentó recurso de apelación, básicamente con dos planteamientos: **i)** En relación con la declaratoria de ineficacia del traslado, señala que para el año 1997 se cumplieron con todos los requisitos de ley exigidos, entonces se puede afirmar que hubo una violación al consentimiento y a la información porque PROTECCIÓN sí dio la información que era necesaria para aquel momento. **ii)** Adicional a lo anterior, al demandante se le realizaron tres asesorías por parte de PROTECCIÓN, en el año 2003 y 2008 se le presentaron simuladores y sirvieron como forma de mantener informado al afiliado con todo lo que estaba pasando con su cuenta de ahorro individual. Y en el año 2012 se le realizó otra asesoría por parte de otra administradora. **iii)** Solicita revocar lo decidido frente a las sumas a devolver, en lo referente a las cuotas de administración, los gastos del seguro previsional, los gastos generales, como los gastos a la pensión de garantía a la pensión mínima: Son unos cobros autorizados por ley de acuerdo con el artículo 20 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, lo que quiere decir que si el demandante se hubiera encontrado sin solución de continuidad al RPM también allí se habría generado ese descuento y por el mismo porcentaje. Y lo referente al seguro previsional, es un dinero que ya fue pagado a un tercero de buena fe y no habría lugar a que hubiera una devolución de estos dineros, pues ya no están en las arcas de PROTECCION y el demandante siempre estuvo asegurado contra todo riesgo.

4.2. EL RECURSO DE APELACIÓN DE COLPENSIONES

La apoderada de COLPENSIONE solicita la revocatoria de la sentencia planteando, en síntesis: **i)** Invoca la sentencia SL 17559 de 2017 y el artículo 1744 del CC, para expresar que rompe la carga de la prueba, porque no exige al demandando aportar pruebas, pero en la providencia sí se obliga que toda la carga procesal caiga en cabeza de los fondos y que el demandante no tenga que probar nada. Plantea que, de este modo, se desconocen normas que establecen correlaciones del demandante, a quien se le realizaron tres asesorías, destacando que el desconocimiento de ley no sirve de excusa. **ii)** Plantea que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la parte demandante tiene la carga probatoria, se tiene que probar el incumplimiento, el demandante le correspondía demostrar los hechos que afirma en la demanda.

5. TRÁMITE, COMPETENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁶, intervino **COLPENSIONES**, en los siguientes términos: **i)** No es posible la declaratoria de ineficacia debido que al demandante le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima de vejez de conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. **ii)** Los vicios del consentimiento alegados no fueron probados por el demandante durante el proceso, por lo que la ineficacia del traslado carece de credibilidad. Invoca los artículos 1502, 1503 del CC. **iii)** Si se considera procedente la teoría de la ineficacia, se ordene a OLD MUTUAL y PROTECCION devolver los aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido debidamente indexado, teniendo presente sentencias como las SL1421, SL 1452 y S 1688 de 2019. **iv)** Que se absuelva de cualquier condena en costas a COLPENSIONES, porque la esencia de la Litis giró en torno a la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, hecho ajeno a la administradora del régimen de prima media.

El apoderado de **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS**, solicita por su parte, sea revocada la sentencia parcialmente, en lo atinente a la devolución de los emolumentos diferentes a los aportes existentes la cuenta de ahorro individual del actor, al encontrarse distante de lo que la ley dispone, argumentando: **i)** Señala que OLD MUTUAL PENSIONES y CESANTIAS S.A. no formuló oposición a la devolución de aportes en el evento de que se considerara procedente declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen. **ii)** Y a pesar de no haber recurrido la decisión, se encuentra inconforme con la orden de devolver unos emolumentos que fueron causados de forma legal, tales como rendimientos, cuotas de administración y aportes a seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, dineros que irremediablemente debían ser descontados o pagados, independientemente del régimen al que perteneciera. Invoca Circular del 17 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

El apoderado del **DEMANDANTE** solicita que se confirme la decisión de primera instancia, en relación con la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen que resulta acorde con lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100, así como las sumas a devolver, como comisión de administración y lo descontado para las primas del seguro previsional y demás gastos, que son efecto correlativo y directo de la declaratoria efectuada en sede judicial.

⁶ Artículo 15 Decreto 806 de 2020

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud de los **recursos de apelación de la parte DEMANDANTE, de PROTECCION Y COLPENSIONES, también en grado jurisdiccional de CONSULTA**, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: i) En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de traslado de régimen inicial al RAIS. ii) Posteriormente se analizará el CASO CONCRETO para verificar en CONSULTA a favor de COLPENSIONES si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN de la demandante, y las sumas que se ordenan devolver, invocando decisión del Tribunal Superior de Medellín del 14 de agosto de 2019 en el proceso con Radicado 050013105007 201501295 01, así como, el concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero de 2020 Radicación 2019 152169 -003-000

6. LOS DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN RELACIÓN CON EL ACTO JURÍDICO DE AFILIACIÓN O TRASLADO

Esta Sala de Decisión ha tenido la oportunidad de expresar en varias oportunidades, que la decisión de un afiliado que estaba cotizando en el **I.S.S.** o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100, **de trasladarse al RAIS**, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, **los efectos que en su caso se generan si toma la decisión de trasladarse.**

El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es exigible **desde su creación, y sin hacer distinción alguna**, de acuerdo a lo previsto en el **Decreto 663 de 1993**, aplicable a las AFP desde su creación, en el que se prescribió en el **numeral 1.º del artículo 97**, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen.*

Es así como, conforme a lo previsto en el **artículo 271** en concordancia con el **literal b) del artículo 13** de la Ley 100, los trabajadores tienen la opción de **elegir «libre y voluntariamente»** aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna personas jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de **afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social**, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación.

En relación con este aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico: **Radicado 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL19447 de 2017, SL 4296 de 2018, SL 1452 de 2019, SL 1421 de 2019, SL 1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL 3199,**

SL 3202 de 2020, SL 3676 de 2020, SL 081 -2021 que se apuntala en las siguientes premisas básicas:

- Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la **Ley 1328 de 2009 artículos 3,5,7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014,** y el **Decreto 2071 de 2015,** lo cierto es que la obligación de información clara y concreta previa al traslado se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, **sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100.**
- Para ello baste citar, **el artículo 13 literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100,** en concordancia con lo previsto en el **artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003,** normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.
- Siendo, así las cosas, antes del traslado el usuario debe conocer la lógica del RAIS y la esencia de su funcionamiento, sustentado en la capacidad efectiva del ahorro a lo largo de toda la vida para poder garantizar el derecho a una pensión. Y debe tener total claridad acerca de los aspectos relacionados no sólo con el monto y los requisitos de causación, sino la eventual opción de no acceder a ésta prestación. Todos estos aspectos deben ser expresamente informados, para que el usuario pueda efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media.
- En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la Administradora de Pensiones en esa **ETAPA PREVIA Y PREPARATORIA** a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al "DEBER DEL BUEN CONSEJO" en los términos definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el **artículo 3 del Decreto 2071 de 2015,** pues al mostrar con detalle las diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.
- Y en relación con la carga probatoria, es claro que en los términos del **artículo 1604 del Código Civil,** la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que

no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. Por ello, de acuerdo con lo previsto en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición. Y es así como las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

- Finalmente, baste señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos, fue plasmado en el **Código General del Proceso en el artículo 167**, norma en la que se consagra la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos que ayuden a esclarecer el objeto del litigio y que en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, no hay duda que la parte que debe cumplir con esa carga es el Fondo Privado: **a)** Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, con la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le ha entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; **b)** Conoce y tiene los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y que hizo posible que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

Por último, debe la Sala señalar que si bien, el precedente jurisprudencial se encuentra referido a casos de personas que se encontraban afiliadas a una administradora del Régimen de Prima Media y además, beneficiarias del régimen de transición, a quienes les afectó de manera considerable la decisión de traslado de régimen pensional; sin embargo, resulta evidente que la *Ratio Decidendi* de esas providencias resulta plenamente aplicable, a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por Primera Vez, porque lo relevante está, en que efectivamente se acredite dentro del proceso por la Administradora

de Pensiones, que sí suministró la INFORMACION CLARA, COMPLETA, SUFICIENTE, en términos de transparencia y eficiencia.

7. EL CASO CONCRETO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) ANTONIO JOSE HENAO CASTAÑO nació el 20 de marzo de 1957⁷** por lo que en este momento cuenta con **64 años**; **ii) Se afilió inicialmente al I.S.S. desde el mes de enero de 1983, cotizando 754,86 semanas hasta el mes de agosto de 1997⁸** ; **iii) Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL, suscribiendo formulario de traslado de régimen a PROTECCIÓN. La Solicitud de vinculación se hizo el 17 de julio de 1997⁹, en ese momento trabajaba como jefe minero en SUMINISTROS DE COLOMBIA S.A. iv) El 7 de julio de 2010 se trasladó a OLD MUTUAL¹⁰.**

Tal como se afirma por PROTECCIÓN en la contestación, en el formulario de AFILIACION aparece un texto que dice que la SELECCIÓN DE RÉGIMEN se toma de forma **libre, espontánea y sin presiones**, pero en criterio de la Sala leyendas de este tipo no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, **acreditan un consentimiento, pero no informado**. Además, en la demanda se afirmó que la AFP **omitió el deber de información, no lo ilustró sobre las ventajas y desventajas de cada régimen** con información completa, clara y oportuna sobre su situación pensional y los escenarios en ambos regímenes, porque el asesor solo se limitó a indicarle sobre los beneficios del traslado referidos a la posibilidad de pensionarse a una edad inferior, con una mesada superior a la que le correspondería en el I.S.S.

Pues bien, según lo acreditado en el proceso, resulta evidente que para la fecha en la que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para ANTONIO JOSE HENAO CASTAÑO, éste tenía **menos de 40 años de edad y de 15 años de servicio**. Pero de acuerdo con el análisis efectuado en el **acápito sexto de esta providencia** y con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP antes de la suscripción del formulario de traslado, independiente de si el demandante era beneficiario o no del régimen de transición; tenía no solo el DEBER sino la OBLIGACIÓN de brindarle una asesoría personalizada, analizando las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional.

⁷ Folio 23

⁸ Folio 49

⁹ Folio 24

¹⁰ Folio 248 y 36

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que si permanecía en el I.S.S., el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los **60 años de edad** y acreditando 1000 semanas cotizadas, para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 85 % en caso de cotizar 1400 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100.

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 60 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima; **ii)** Como la demandante tenía cotizaciones en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que habían efectuado en el I.S.S. se verían representadas en un bono pensional tipo A que sólo se redime en el caso de las HOMBRES a los 62 años, de manera que, si se daban las condiciones para pensionarse anticipadamente, habría que negociar el bono en el mercado financiero, disminuyendo su valor, lo que tendría efecto en el valor de la mesada, en la medida en que disminuiría el valor del capital para financiar la prestación. **iii)** Frente al valor de la pensión en el RAIS, se debió explicar que ésta depende del capital consignado en la cuenta individual, y que el valor que se abonaría a la cuenta individual no sería equivalente al 100% de la cotización, porque una parte se destinaría a pagar la prima mensual de la compañía de seguros, a gastos de administración y al fondo de solidaridad del RAIS. **iv)** También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces debían seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 62 años, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrando que esos dos requisitos eran superiores a los consagrados en el I.S.S. **v)** Y que la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, es un beneficio que no se presenta en todos los casos porque está sujeto a unas condiciones y explicarle cuáles, para que tuviese claro que, si no cumplía con ello, no obtendría pensión de vejez y por ello, la entidad le devolvería los saldos que estuvieran en su cuenta individual, con el efecto que eso genera en relación con la afiliación en salud.

Pero se observa con claridad que en el proceso no se acreditó por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCION el haber suministrado esta información clara, completa y detallada antes de la suscripción del formulario el **17 de julio de 1997**, y no se comparte el planteamiento de PROTECCION en su recurso, porque no operado saneamiento alguno de tal omisión porque el actor hubiese decidido trasladarse para

otra AFP o por el hecho de que se hubiesen presentado re asesorías años después¹¹ antes de cumplir los 52 años de edad; porque la consecuencia jurídica que se deriva del incumplimiento de PROTECCIÓN en sus obligaciones en la etapa previa a la suscripción de la afiliación, es la de **INEFICACIA** del acto jurídico a las voces del **artículo 271 de la Ley 100 de 1993**, y por esta razón, ni el transcurso del tiempo ni actos posteriores convalidan el vicio, lo que sí sucede cuando se presenta la nulidad relativa del acto. Así, debe la SALA CONCLUIR conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado, que debe **CONFIRMARSE** la decisión de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN**.

Las ADMINISTRADORAS DEL RAIS y COLPENSIONES en la contestación propusieron la EXCEPCION de PRESCRIPCION, pero en el contexto que se ha venido analizando, debe señalarse que estamos en presencia de la ineficacia del traslado: Y una de las características esenciales de la inexistencia, es que es insubsanable por la prescripción - No adquiere vida por el transcurso del tiempo. Por lo tanto, en cualquier tiempo puede ser alegada su inexistencia En la sentencia **SL 1421 de 2019**, la Sala Laboral de la Corte explicó con claridad sobre la inoperancia del medio exceptivo, no solo por su conexidad con un derecho fundamental e irrenunciable, sino porque el sustento fáctico del proceso da lugar a consolidar el status de pensionado, y en consecuencia, propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.

En relación con las sumas de dinero que se deben devolver, debe señalarse lo siguiente:

i) En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias **SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019** ha explicado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). **ii)** Y como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el **artículo 1746 del Código Civil** y este por analogía es aplicable a la ineficacia, según esta disposición, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. **iii)** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al **statu quo ante** no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen. **iv)** Y en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen

¹¹ Folio 55 a 56

pensional supone **negarle efecto al traslado**, tal situación solo es posible bajo **la ficción de que el mismo nunca ocurrió**. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que **nunca se cambió al sistema privado de pensiones**, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que **nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones**. **v)** Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, obligación que en este caso se encuentra a cargo de **OLD MUTUAL**, que es la entidad donde se encuentra actualmente afiliada. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así, **OLD MUTUAL S.A y PROTECCIÓN S.A** efectuarán la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliadas en cada una de ellas. **vi)** Por lo anterior, no se acogerá el argumento de **OLD MUTUAL** en la alegación en esta instancia, quien se abstuvo de interponer recurso de apelación pero plantea que no deben trasladarse los gastos administración y prima de seguro previsional amparándose en el **Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia**, a la luz del artículo 28 del CPACA¹², ante consulta realizada por la Vicepresidente Jurídica de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías -ASOFONDOS-, interpretando que para determinar los recursos a trasladar con motivo de la declaratoria judicial de nulidad o ineficacia de traslado de régimen debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008¹³, sin embargo, dicha norma fue expedida para efectos de traslado en asuntos referentes a multifiliación, situación que no corresponde a la aquí ventilada y adicionalmente, tal concepto no obliga, pues se encuentra decantado por el órgano de cierre judicial en materia laboral y de seguridad social que los gastos

¹² **"ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución."

¹³ **Decreto 3395 de 2008 ARTÍCULO 1o. AMBITO DE APLICACIÓN.** <Artículo compilado en el artículo 2.2.2.4.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a los afiliados al Sistema General de Pensiones que, al 31 de diciembre de 2007, se encuentren incursos en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad y señala algunas normas de traslados de afiliados, recursos e información.

A las personas que, después de un año de entrada en vigencia la Ley 797 de 2003, se trasladaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) faltándoles 10 años o menos para tener la edad exigida para tener derecho a la pensión en este régimen, se les aplicará lo que establecen los artículos 7o, 8o y 12 del presente decreto

administración y prima de seguro previsional deben retornar a Colpensiones como consecuencia de la ineficacia declarada. **vii)** Finalmente, y para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA conforme el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 DE 2010** y **SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM, se MODIFICARÁ la sentencia para ordenar que el monto trasladado no pueda ser inferior al valor total del aporte legal correspondiente con sus rendimientos, en caso de que el demandante hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, las AFP **PROTECCIÓN S.A.** y **OLD MUTUAL S.A** se encuentran obligadas a **asumir el pago de la diferencia, en proporción al tiempo de permanencia en cada una de ellas.**

En relación con las COSTAS de primera instancia, y los reparos de la parte actora, quién argumenta que COLPENSIONES y OLD MUTUAL también deben asumir su pago por resultar vencidas, debe la Sala señalar que en este proceso, no se logró acreditar en el plenario que PROTECCION sí cumplió con sus obligaciones en materia de asesoría previa antes de la vinculación del actor, y esta circunstancia es la que ha generado la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, siendo claramente vencida en el proceso. Lo que no se puede afirmar respecto de COLPENSIONES y OLD MUTUAL, entidades que no intervinieron en el acto jurídico de traslado que fue declarado ineficaz, y a quienes si bien se le profirieron ordenes, es en razón de los efectos propios de una declaratoria judicial que conlleva a que las cosas regresen al estado anterior; debiéndose destacar incluso, que OLD MUTUAL no presentó oposición a trasladar las sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual del actor.

Finalmente, se advierte que **ninguno de los recursos de apelación prospera**, y las modificaciones que se introducen por la Sala se hacen en grado jurisdiccional de CONSULTA, por esta razón, en segunda instancia no se causan costas, en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso.

8. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, decide:

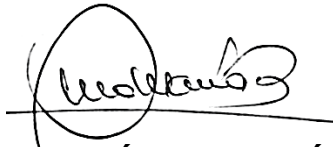
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el **Juez CUARTO Laboral del Circuito de Medellín**, pero con la siguiente modificación a los **NUMERALES SEGUNDO y TERCERO**, porque **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS** debe trasladar a COLPENSIONES, dentro

de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros.** Y se le CONDENA a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: CUOTAS DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTIA DE PENSION MINIMA.**

El monto trasladado no puede ser inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, **PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS** se encuentran obligadas a **asumir el pago de la diferencia, conforme lo analizado en la parte motiva de esta sentencia.**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

SIN FIRMA POR AUSENCIA JUSTIFICADA

MARÍA PATRICIA VÉREZ GARCÍA

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

Que la presente providencia se notificó por
estados N ° 88 del 24 de mayo de 2021

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100>



RADICADO: 050013105 004 2017 00022 01

SENTENCIA del 21/05/2021

Con este código puede acceder a la actuación de segunda instancia,
para ello debe tener una cuenta de Microsoft.

Enlace en caso de no tener lector QR:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/amzapatap_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ep_grCaYDg9EjbEZEXTRYjEBADXi9H29xbN0rBBnUScQCQ?e=vrlyFU