



## **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

**Medellín, ocho (8) de junio de dos mil veintiuno (2021)**

*Proyecto discutido y aprobado en sala virtual*

Demandante: ROCÍO SÁNCHEZ GIL  
Demandados: ACP - COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.  
Radicado: 05001 31 05 007 2019 00581 01  
Sentencia: S-129

### **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en éste acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, al igual que el grado jurisdiccional de Consulta concedido a favor de ésta última en los aspectos no recurridos, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín el día 22 de julio de 2020.

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, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

### **PRETENSIONES:**

ROCÍO SÁNCHEZ GIL demandó a PROTECCIÓN S.A. y a la ACP COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia del traslado

efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto no se le proporcionó una información completa y comprensible, disponiéndose su retorno a COLPENSIONES sin solución de continuidad, con la consecuente orden de trasladar todos los aportes recibidos. Pretende además se condene a las entidades demandadas al pago de las costas del proceso.

### **LOS HECHOS:**

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 19 de marzo de 1964; que estuvo afiliada en pensiones inicialmente al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; que posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad Administrado por la entonces AFP SANTANDER S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., entidad que no le realizó un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le aparejaría esa decisión; que tampoco le explicaron las diferencias entre ambos regímenes pensionales, ni le mencionaron nada acerca del derecho de retracto; y que una simulación de su situación pensional realizada en agosto de 2019, muestra como en el RAIS alcanzaría una pensión con garantía de pensión mínima, mientras que en COLPENSIONES podría ser de \$1`865.623, gracias a que cuenta además con 1634 semanas de cotización.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

Al contestar, COLPENSIONES acepta la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación inicial al entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el posterior traslado al Régimen de Ahorro Individual. Los demás hechos dice desconocerlos por tratarse de situaciones ajenas a la entidad. Se opuso a las pretensiones y como excepciones propuso inexistencia de la ineficacia en el traslado de régimen, devolución de la totalidad de aportes debidamente indexados, buena fe de COLPENSIONES, prescripción, compensación e imposibilidad de condena en costas.

PROTECCIÓN S.A. a su turno, acepta la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación inicial al ISS y el posterior traslado al RAIS, lo que se produjo luego de la información brindada por sus asesores, la cual fue clara, cierta y veraz, ya que en su momento le indicaron los efectos y consecuencias del traslado de régimen y le explicaron ventajas y desventajas, así como las características de su funcionamiento. Se opuso a las pretensiones de la demanda, advirtiendo que nos encontramos frente a un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional y las cuotas de administración.

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

Mediante sentencia del 22 de julio de 2020, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante al Régimen de Ahorro Individual, ORDENANDO su regreso y reactivación a COLPENSIONES sin solución de continuidad. ORDENÓ además a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, incluyendo los rendimientos financieros, salvo los valores destinados al pago de los seguros previsionales. Finalmente, CONDENÓ en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A., fijando como agencias en derecho el equivalente a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

#### **DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con lo decidido, la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en el que solicita se revoque la sentencia de primera instancia en tanto no hay lugar al cambio de régimen, toda vez que la demandante se encuentra inmersa en la restricción de edad que contempla el art. 2º de la ley 797 de 2003, y

por cuanto el interés propio no es otro que la diferencia en cifras entre la mesada que correspondería en cada régimen, lo que no constituye un vicio para declarar la nulidad o la ineficacia. De mantenerse la declaratoria de ineficacia, solicita se ordene trasladar todos y cada una de las cotizaciones realizadas, sin descuento alguno, es decir, las cotizaciones, rendimientos, cuotas de administración, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, todo de forma indexada, ya que así lo ordena la Corte Suprema de Justicia en tanto la declaratoria de ineficacia implica que todo vuelva a su estado anterior.

PROTECCIÓN S.A. por su parte, solicita se revoque el fallo en lo que tiene que ver con la devolución de las cuotas de administración. Señala que esa comisión es un descuento de 3% autorizado por el artículo 20 de la ley 100 de 1990, que se usa para gastos de administración y cubrir el seguro previsional, el cual opera tanto en el RAIS, como en el Régimen de Prima Media. Además, se demuestra que su cuenta tuvo ganancias por la buena administración de esos recursos. Agrega que una orden así constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, ya que es un porcentaje no destinado a la financiación de la pensión y que si se invoca que la consecuencia es que no hay efectos jurídicos, los rendimientos tampoco serían procedentes. Finalmente, advierte que frente a las cuotas de administración opera el fenómeno de prescripción al ser un concepto que se genera de tracto sucesivo generado por la periodicidad que impone la ley, sin que haga parte del capital para financiar la pensión de vejez.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:**

En esta instancia, una vez surtido el traslado respectivo, COLPENSIONES presentó dentro del término alegatos de conclusión solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se declare que al demandante no le asiste derecho a que se declare la

ineficacia del traslado, toda vez que la única posibilidad de traslado de regímenes de pensión está contemplada en el literal e del artículo 2º de la ley 797 de 2003, que modifica el artículo 13º de la Ley 100 de 1993 y sin que sea el caso. Agrega que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES, quien, sin haber participado en el trámite de traslado, debe afrontar la carga de la futura prestación, generándose para ésta un desequilibrio financiero. No obstante y de considerarse que efectivamente es procedente la declaratoria de ineficacia, solicita se adicione la sentencia en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR que traslade a COLPENSIONES la totalidad de la cotización realizadas, es decir, los aportes y rendimientos, gastos de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, y cuotas de seguro previsional, con la respectiva indexación, lo que tienen sustento en sentencias de la Corte Suprema de Justicia como la SL 4989 de 2018 y la SL 1688 de 2019.

### **CONSIDERACIONES:**

Corresponderá en esta instancia, además de resolver los temas propuestos por las apoderadas de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES a través del recurso de apelación, conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de ésta última - en los temas restantes- con el objeto de salvaguardar sus intereses, lo que implica revisar la legalidad de la sentencia proferida en primera instancia mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación de la señora ROCÍO SÁNCHEZ GIL realizada al RAIS, así como las ordenes consecuenciales respecto a los dineros que la AFP queda en la obligación de trasladar.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado plenamente acreditados, se tiene que: **i)** ROCÍO SÁNCHEZ GIL nació el 19 de marzo de 1964; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional

ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones el 17 de octubre de 1984, acumulando en esa entidad un total de 537 semanas (f. 55); y *iii*) el 21 de marzo de 1996 suscribió el respectivo formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., entidad en la que se encuentra afiliada actualmente (f. 142).

Ahora, según viene de verse, lo que pretende la demandante con la presente acción judicial, es que se declare ineficaz su traslado al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., para que, consecuencialmente, se declare que su afiliación válida es la que corresponde a COLPENSIONES, con apoyo en que recibió un asesoramiento insuficiente e inadecuado por parte de los promotores del fondo privado, dado que, al momento de tramitar el traslado, no se tuvo en cuenta su situación particular, lo que ocasionó que abandonara un régimen que claramente le era más favorable.

Al respecto, importa reiterar, tal y como ha sido dicho en múltiples providencias en las cuales se ha dirimido el tema de la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que la jurisprudencia laboral ha sido consistente, reiterada y uniforme desde el año 2008, en señalar que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, amplio y suficiente, es un deber exigible desde su creación.

Así lo señaló desde las sentencias 31.989 y 31.314 ambas del 9 de septiembre de 2008, cuyas consideraciones se han venido renovando con el transcurso de los años, y en el año 2019 la tesis fue afianzada, como puede verse, entre otras, en las sentencias SL 1421, SL 1452, SL 1688 y SL 1689, todas, se repite del 2019. Como sentencia-hito sobre el tema, cabe destacar lo que se dijo en aquella primera providencia, la Rad. N° 31.989 de 2008:

*“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y*

*comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."*

En la SL 1452-2019, Rad. 68852 del 3 de abril de 2019, la Corte Suprema de Justicia robusteció el criterio que apunta a considerar, como ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado, los siguientes: (i) el juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico; (ii) que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente, pues se requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado; (iii) que le incumbe a la respectiva AFP del RAIS, por inversión de la carga de la prueba, demostrar que en el momento del traslado le suministró al afiliado (a) la información suficiente y completa sobre las consecuencias de tal decisión, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, según el cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo; y (iv) que no es necesario estar a portas de causar el derecho o tener un derecho consolidado para que se produzca la ineficacia del traslado.

En la misma providencia, se analizaron los diferentes estadios de la evolución normativa respecto de esta exigencia, cada uno de ellos con regulaciones propias que apuntan a la misma finalidad en cuanto a la garantía para el afiliado de su derecho a una debida información, bien al momento de elegir el régimen pensional, ora cuando opte por trasladarse de régimen. Exigencias que se tornan cada vez más rigurosas, así:

1. Partiendo de una primera fase, compuesta por aquellas disposiciones que se derivaron de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 literal b), 271 y 272, así como el decreto 663 de 1993 o Decreto Orgánico del Sistema Financiero, el cual incluye los fondos de pensiones, momento para el cual, el alcance mínimo del deber de información incluía la ilustración de *“las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*
2. Vino luego una segunda etapa a partir de la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010, caracterizado porque obligó al análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y de los pormenores de los regímenes pensionales, Y
3. Un tercer periodo que viene dado desde la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015, tildada como la ley de doble asesoría, el cual lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En el presente caso, no se evidencia prueba alguna que permita tener por acreditado que el fondo privado realizó en ese momento un análisis integral de las condiciones concretas y subjetivas de la afiliada, con expresión de las ventajas y desventajas de ambos regímenes y su incidencia en su caso particular, de tal manera que esta pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas. Esto es, incumplió el Fondo privado su deber de información a la afiliada, al no suministrarle, *“en forma clara y precisa, las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen”* (SL 1689-2019)

El simple hecho de que se haya suscrito un formulario de afiliación de ninguna manera puede significar que con ello la entidad cumplió con su obligación de suministrar una información completa, precisa,



adecuada y oportuna, relacionada con las ventajas y desventajas de permanecer en el ISS o trasladarse al fondo privado. Dicho documento no contempla un análisis de su caso en particular que contenga una proyección de su situación pensional concreta y específica, en uno u otro régimen, sino que simplemente se trata de un formato preestablecido, en el cual solo hace constar que tomó la decisión de manera espontánea y sin presiones, cuestión, que, en rigor, no se está controvirtiendo en este evento. También a este respecto se ha pronunciado la jurisprudencia ordinaria, v. gr. sentencia SL 19447-2017:

*“Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba 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, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].**”*

Lo anterior permite dar aplicación al artículo 271 de la ley 100 de 1993 en el sentido de que cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social como lo son las AFP, *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”*.

En consecuencia, en este puntual aspecto se confirmará la decisión adoptada en primera instancia.

**Cuotas de administración.**

De otro lado, en cuanto a la decisión del a quo de ordenar el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y cuotas de administración, aunque exceptuando lo relacionado con los seguros previsionales, tema que se revisará según los recursos de apelación planteados por ambas entidades y en virtud del grado jurisdiccional de CONSULTA que opera a favor de COLPENSIONES, basta con indicar que la Sala ha considerado en múltiples pronunciamientos que es factible ordenar a las AFPs correspondientes, que procedan con el traslado a COLPENSIONES de todas las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de cada persona, teniendo en cuenta que no es ello más que una consecuencia natural de la ineficacia del traslado, en tanto el estado de cosas vuelve a su situación anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

Criterio que ha adoptado acogiendo lo que en tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la SCL de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en las sentencias SL 31989 - 2008; SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 1688 de 2019, rad. 68838 de mayo 8 de 2019, o más recientemente la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667. En esta última dijo expresamente lo siguiente:

*"Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, **la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales**, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

(...)

*En el sub lite, **la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos**, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. **Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima**, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

*(...)*

*Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima» (Resaltado por la Sala).*

Si bien es cierto por regla general los actos jurídicos son celebrados para que sean eficaces y produzcan efectos jurídicos propios, cuando tales actos jurídicos no resultan eficaces, por haber nacido viciados en el sentido amplio del término, desde el comienzo o incluso porque llegan a desaparecer por un evento posterior a la celebración del acto, se traduce en que nunca produjeron efectos o que habiéndolos producido dejan de generarlos por una causal sobreviniente a la celebración del acto jurídico. En el primer evento, esto es, cuando se considera que el acto nunca produjo efectos, como en este caso acontece, las cosas vuelven a su estado anterior, como si aquel jamás hubiera nacido a la vida jurídica.

En consecuencia, la decisión deberá ser MODIFICADA en el sentido de ordenarle a la AFP PROTECCIÓN S.A. que proceda no solo con el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y gastos de administración, sino todo lo recibido durante el tiempo que la señora ROCÍO SÁNCHEZ GIL estuvo vinculada a esa entidad, es decir, incluyendo además los porcentajes destinados a los

seguros previsionales, sin que sea procedente declarar prescripción de ninguna clase en tanto no se dan las condiciones para tal consecuencia.

Se advierte igualmente que la orden a PROTECCIÓN S.A. de trasladar los conceptos mencionados, es decir, las cuotas de administración seguros y porcentaje de garantía de pensión mínima, deben incluir la respectiva indexación según la ha indicado la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y según se solicita por COLPENSIONES desde la contestación de la demanda y frente a lo cual se insiste, tanto en el recurso de apelación, como en los alegatos de conclusión presentados en esta instancia.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante, cuyas agencias en derecho se fijan en \$908.526.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **R E S U E L V E:**

**CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, el día 22 de julio de 2020, pero la **MODIFICA** en el sentido de ordenarle a la AFP PROTECCIÓN S.A. que proceda igualmente a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, el valor recibido por concepto de cuotas de administración durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esa entidad, incluyendo los porcentajes de seguros y reaseguros, comisiones y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, con la debida indexación.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante, cuyas agencias en derecho se fijan en \$908.526.

Lo resuelto se notifica por ESTADOS en los términos del artículo 295 del Código General del Proceso.

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

Que la presente providencia se notificó por estados N° 099  
del 9 de junio de 2021

**Consultable aquí:**

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

**Firmado Por:**

**JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ**

**MAGISTRADO**

**MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA**

**JAIME ALBERTO ARISTIZABAL GOMEZ**

**MAGISTRADO**

**MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA**

**FRANCISCO ARANGO TORRES**

**MAGISTRADO**

**MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0ce090a7071ff65a5e41d4c2dfdad03b000b3d5d4ebd30ce9a589440b0dc3fd8**

Documento generado en 08/06/2021 12:19:01 PM