



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Carlos Nelson Osorio Atehortúa
DEMANDADO	Colpensiones y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 001-2019-00128
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El veintinueve (29) de junio 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 **207** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **CARLOS NELSON OSORIO ATEHORTÚA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, con radicado **05-001-31-05-001-2019-00128**.

• **PRETENSIONES**

El demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado por **PROTECCIÓN S.A.** y, por ende, se entienda que permaneció sin solución de continuidad en el régimen de prima media. Y como consecuencia, condene a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar los aportes realizados junto con los rendimientos financieros que se causaron, bonos pensionales y sumas adicionales del asegurado, debiendo ser recibido estos conceptos por **COLPENSIONES** e incorporarlos a la historia laboral del demandante. Y que se condene en costas procesales a las demandadas.

• **HECHOS**

Como fundamento de las pretensiones manifestó que nació el 30 de marzo de 1963. Que estuvo afiliado en el ISS y el 4 de marzo de 1997 se trasladó al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A, fecha para la cual contaba con 719 semanas cotizadas. Que su traslado tuvo lugar en una reunión colectiva realizada por el fondo privado en la empresa en la que trabaja, pero que allí no se le brindó una información completa acerca de las ventajas y desventajas de su traslado al RAIS, y tampoco se le hizo un estudio para su caso en particular. Que en esa reunión se le informó por parte del asesor del fondo que allí gozaría de una mesada pensional mayor que en el RPM, lo cual no es cierto. Que actualmente cuenta con 1.765 semanas cotizadas al 31 de diciembre de 2018. Y que presentó ante COLPENSIONES solicitud de traslado y este fue negado.

- **CONTESTACIÓN**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda manifestó que es cierto que el demandante nació el 30 de marzo de 1963. Que es cierto que el demandante estuvo afiliado al ISS y allí cotizó 719 semanas. Que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio su traslado a PROTECCIÓN S.A. Y que es cierto que el demandante presentó ante COLPENSIONES solicitud de traslado y este fue negado. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y propuso varias excepciones de mérito.

- ✓ PROTECCIÓN S.A.:

Indicó que es cierto que el demandante nació el 30 de marzo de 1963. Que no le consta que estuviese afiliado al ISS. Que es cierto que se trasladó al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A. el 4 de marzo de 1997 de manera voluntaria y sin presiones. Que es cierto que antes de su traslado al RAIS el demandante contaba con 719 semanas cotizadas. Que es cierto que PROTECCIÓN S.A. realizó una reunión en la empresa donde trabaja el demandante, sin embargo, no es cierto que en esta reunión no se le realizara un estudio individual, previo y concreto, pues el fondo privado sí realiza una evaluación de la condición particular de cada posible afiliado, además de informar de manera completa sobre el Sistema General de Pensiones y los dos regímenes que lo componen.

Que no es cierto que al demandante se le indicara que el monto de su pensión en el RAIS iba a ser superior, pues para la época no era posible conocer cuál sería el monto de la pensión, ya que este es variable y depende de factores fluctuantes en el tiempo. Y que no le consta que el demandante haya presentado ante COLPENSIONES solicitud de traslado. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y formuló excepciones de mérito.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 3 de noviembre de 2020, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** ineficaz el traslado del demandante realizado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A.

Como argumento de su decisión expuso que, la administradora de fondos de pensiones incumplió al deber de información exigido por la ley, toda vez que no se le brindó una información oportuna, clara y veraz sobre los efectos que acarrearía el traslado. Que está en cabeza de las administradoras probar que, previo al traslado, brindaron una debida asesoría al potencial afiliado y que la sola firma en el formulario de afiliación no es prueba suficiente del deber de información.

ORDENÓ a COLPENSIONES a tener válidamente afiliado al demandante, homologar las semanas cotizadas por este al RAIS y a recibir los valores que PROTECCIÓN S.A. le traslade.

ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los porcentajes descontados para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, primas de reaseguro y cuotas de administración.

DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

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

- **APELACIÓN:**

✓ PROTECCIÓN S.A.

Interpone recurso de apelación para que se revoque la sentencia, frente a la orden dada de trasladar a COLPENSIONES no solo los dineros acreditados en la cuenta de ahorro individual, sino adicional a ello, los pagos que se realizaron para reaseguro y lo descontado por concepto de cuotas de administración, toda vez que durante todo el tiempo que el actor ha estado afiliado al fondo privado, ha administrado los dineros de manera excelente, pues esta es una entidad financiera experta en inversión y en el trabajo de los recursos económicos. Que PROTECCIÓN S.A. de cada aporte que realizó la parte actora ha descontado un 3% que cubre los gastos de administración y para pagar el seguro previsional, descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y que opera para ambos regímenes. Que en el hipotético caso en que se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver estos dos conceptos dinerarios a COLPENSIONES, se va a ver descapitalizada la entidad y se debe tener en cuenta que en la actualidad, este fondo privado le ha generado al demandante más de \$425'000.000 con rendimientos. Que no se debe ordenar a trasladar el pago del seguro previsional, pues este último se paga mes a mes a una aseguradora, para que en el caso de que ocurra un siniestro por invalidez o sobrevivencia, dicha entidad pague la suma adicional necesaria para financiar la pensión respectiva. Y que la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre el demandante y PROTECCIÓN S.A. y en sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, esta se refirió al roll de los terceros de buena fe dentro de este tipo de procesos, considerando para el efecto, que las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a terceros, y la devolución de aportes no supone una retroactividad plena, y en este sentido debe mantenerse todas las situaciones consolidadas y que se presumieron de buena fe.

✓ COLPENSIONES

Interpone recurso de apelación parcial frente a la sentencia de primera instancia, en cuanto a que no se está ordenando la indexación del valor de las condenas, pues conforme al artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, en congruencia con el artículo 145 del CPT, establece que las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se deben ajustar tomando como

base el IPC. Por lo que solicita se modifique o adicione la sentencia en este sentido. Y que no se debe condenar al pago de costas, toda vez que es un tercero ajeno a la relación jurídica sustancial.

De igual forma, la anterior decisión se revisará en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** con ocasión de las condenas impuestas a COLPENSIONES.

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLPENSIONES

Solicita se revoque íntegramente la decisión de primera instancia y en su lugar, se ordene la permanencia del demandante en el RAIS. Y de manera subsidiaria, solicita se modifique o adicione la sentencia de primera instancia, ordenando sean indexados los valores condenados a pagar por el fondo privado.

- **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 los recursos interpuestos y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será *i)* determinar si el acto jurídico de afiliación del señor CARLOS NELSON OSORIO ATEHORTÚA 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; y *iii)* 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, SL2877, SL4811 de 2020, y SL1217, SL782 de 2021.

En el caso objeto de estudio, sobre los pormenores que rodearon el traslado del demandante, del interrogatorio de parte se desprende que en el año 1997 por el auge de los fondos privados, en la empresa donde labora, empezaron a hacer unas publicaciones de PROTECCIÓN S.A., con información general del fondo a través de folletos y afiches, en los que se mencionaba la apertura de los fondos privados, y también informaban que en el transcurso de esa semana la empresa iba a abrir las puertas para que este fondo instalara un stand para que los trabajadores obtuvieran información y se trasladaran a dicho fondo. Que la información que contenían los folletos era que en el fondo privado los afiliados alcanzarían un mejor valor de su pensión frente al ISS, pues estos se encargaban de hacer inversiones con los aportes recibidos, además, que en el fondo privado los aportes podían ser heredables en caso de muerte del afiliado. Que el día que PROTECCIÓN S.A. instaló el stand en la empresa no le dieron información adicional a la ya contenida en los folletos. Que no le explicaron que de sus aportes le iban a descontar un porcentaje para la administración de la cuenta. Y que el motivo por el cual decidió trasladarse al fondo privado es porque tendría un mejor monto en su pensión y que en caso de fallecimiento su capital podía ser heredable.

Ahora, 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.

Con respecto a lo anterior, las afirmaciones realizadas por el demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PROTECCIÓN S.A., y pese a que el fondo privado anexó el documento visible de folio 186 del expediente digital, esto es, el formulario de afiliación, mismo que el demandante suscribió, que 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 al 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 al demandante como su afiliado cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que el demandante firmara los formularios 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 conociera las consecuencias que conlleva el cambio de régimen pensional.

También es importante advertir nuevamente, 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.

Se repite 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, por tal razón no es procedente analizar el caso de autos bajo lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en lo que tiene que ver con el traslado de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Con respecto a la información que se le debía brindar al 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 del actor fue el 04 de mayo de 1997, 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:

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, siempre y cuando se hayan generado las debidas cotizaciones, 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 el 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 el demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Pues bien, conforme a la apelación y a los alegatos interpuestos, hay que anotar 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 la juez ordenó correctamente a **PROTECCIÓN S.A.** devolver las cuotas de administración, los seguros previsionales y lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debe señalarse que tanto las cuotas de administración como los seguros previsionales, los cuales se componen de la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y

sobrevivientes, deberán ser indexados, con cargo a sus propios recursos, debiéndose **ADICIONAR** la sentencia en este sentido.

iii. 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 en apelación y en grado jurisdiccional de consulta.

Las costas de primera instancia como lo dijo la juez. Las costas de la segunda instancia son a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** por no salir avante su recurso de apelación. Las agencias en derecho de esta 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 del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver a **COLPENSIONES**, y en su lugar, se le **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a dicho fondo, además de lo ordenado por la juez, las cuotas de administración y los seguros previsionales, que se componen de la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, 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° 113 del 30 de junio de 2021

consultable aquí:

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