



## **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

**Medellín, quince (15) de julio de dos mil veintiuno (2021)**

*Proyecto discutido y aprobado en sala virtual*

Demandante: ADRIANA EMILCE MARTÍNEZ PÉREZ  
Demandados: ACP COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.  
Radicado: 05001 31 05 020 2019 00499 01  
Sentencia: S-161

### **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 entidades codemandadas, al igual que el grado jurisdiccional de Consulta concedido a favor de COLPENSIONES en los aspectos no recurridos, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín el día 14 de septiembre 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:**

ADRIANA EMILCE MARTÍNEZ PÉREZ demandó a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia del traslado

efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, disponiéndose su retorno a COLPENSIONES sin solución de continuidad, con la consecuente orden de trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros. Pretende además se condene en costas a las entidades demandadas.

### **LOS HECHOS:**

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 18 de junio de 1960; que al comenzar su vida laboral se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; que posteriormente, el 14 de agosto de 1995, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A.; que para lograr esa afiliación, un promotor del fondo privado se presentó en su lugar de trabajo para hablarle de las grandes bondades del Régimen de Ahorro Individual, pero sin brindarle una información estimativa sobre las circunstancias concretas en las que eventualmente podría alcanzar una pensión; que dicha entidad no cumplió con el deber de información, la responsabilidad profesional y la especial diligencia y cuidado que desde siempre se han establecido como patrones de conducta; y que luego de varias solicitudes, PROTECCIÓN S.A. le hizo una simulación de su situación pensional en donde se le indicó que allí podría alcanzar una mesada pensional de \$2'514.272, mientras que de regresar a COLPENSIONES, su pensión podría llegar a ser de \$3'781.742

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

Al contestar, COLPENSIONES acepta la fecha de nacimiento de la demandante, así como su afiliación a esa entidad y el posterior traslado a la AFP PROTECCIÓN S.A. Frente a los demás hechos dice que no le constan por tratarse de situaciones ajenas a su conocimiento. Se opuso además a las pretensiones indicando que la afiliación al RAIS se realizó en debida forma en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2° de la ley 797 de 2003. Como excepciones

propuso inexistencia de nulidad y/o ineficacia en el traslado de régimen, saneamiento de la nulidad relativa alegada por la parte demandante, buena fe, prescripción e imposibilidad de condena en costas.

PROTECCIÓN S.A. por su parte, acepta igualmente la fecha de nacimiento de la demandante, así como la afiliación a esa entidad, advirtiendo que en ese momento la orientó en debida forma suministrándole una información oportuna, clara, cierta y veraz respecto a las características y diferencias de cada régimen, así como las consecuencias del traslado. Se opuso a las pretensiones agregando que nos encontramos frente a un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento. Como excepciones propuso las que denominó 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 la comisión de administración y los seguros previsionales.

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

Mediante sentencia del 14 de septiembre de 2020, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante al RAIS, ordenando en consecuencia a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de aportes contenidos en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, cuotas de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, así como a pagar las costas del proceso.

### **DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con lo decidido, el apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de

primera instancia, ya que el análisis de la información suministrada por la AFP PROTECCIÓN y el alcance de la asesoría que deben brindar al momento de la afiliación, deben ser valorados bajo la normatividad vigente de la fecha de la suscripción del formulario o la de materialización del traslado, que en este caso correspondía a la primera etapa, regulada en el Decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual tenía establecido en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios que presten la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado.

Por su parte, la apoderada de PROTECCIÓN S.A. presenta el recurso de manera parcial, concretamente contra la orden de trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas de dinero correspondientes a capital, junto con rendimientos y sumas adicionales como seguro previsional y cuotas de administración. Si lo que se pretende con la declaración de la ineficacia es asumir que la afiliación de la demandante al RAIS nunca existió, se generan dos situaciones, la primera asumir que la afiliación es inexistente y en consecuencia no se pudieron haber generado rendimientos en la cuenta de ahorro individual, por ello tampoco se va a cobrar una cuota de administración, ni tampoco un seguro previsional, por lo que es procedente trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones sin haber descuento alguno por sumas adicionales, pero conservando lo que se ha generado por concepto de rendimientos. O una segunda opción, que implicaría asumir que la afiliación no existió, pero entendiendo que en el RPM también se hubiere descontado lo correspondiente a seguro previsional y cuotas de administración, en este sentido, sería procedente trasladar con destino a COLPENSIONES, el capital junto con sus rendimientos, más no lo correspondiente a seguro previsional y cuotas de administración.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:**

En esta instancia, una vez surtido el traslado respectivo, el apoderado de COLPENSIONES señala que la asesoría brindada por la AFP debe restringirse a informar al afiliado de todas y cada una de las características del RAIS frente al RPM, además de su solidez financiera (art. 97 del Decreto 663/1993 y sus modificaciones), sin que dicha información pueda analizarse desde la óptica de un buen o mal consejo, pues ello implicaría usurpar la voluntad del afiliado, única persona que después de conocer las características del régimen podrá sopesar si la escogencia del RAIS resulta adecuada y atractiva para el fortalecimiento de su vida, pues al gozar de capacidad de ejercicio, quien celebra el contrato de afiliación está en condiciones de entender las incidencias de la escogencia a partir de la información que ha recibido. La señora ADRIANA EMILCE suscribió el formulario de vinculación al RAIS con la AFP PROTECCIÓN, que no solo cumplió los lineamientos fijados en la ley, sino que reiteró su voluntad de permanencia en dicho régimen, lo que supone que estaba conforme con los beneficios que venía disfrutando desde que ingresó, puesto que solo hasta el 2017 pretende devolverse al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, es decir que más de 15 años disfrutó de los beneficios otorgados por el RAIS. En caso de ordenar que se active la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media, solicita que los fondos privados trasladen todos los aportes, incluidos los rendimientos y los gastos y cuotas de administración, egresos que han fortalecido el patrimonio del fondo privado a expensas de la mala asesoría realizada, de acuerdo a las últimas sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

### **CONSIDERACIONES:**

Corresponderá en esta instancia resolver los temas propuestos por los apoderados de las entidades codemandadas a través de sus respectivos recursos de apelación, al igual que conocer del proceso

vía grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES en lo no recurrido, 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 Sra. ADRIANA EMILCE MARTÍNEZ PÉREZ realizada al RAIS, así como las ordenes consecuenciales respecto a los dineros que PROTECCIÓN S.A. queda en la obligación de trasladar.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado plenamente acreditados, se tiene que: *i)* ADRIANA EMILCE MARTÍNEZ PÉREZ nació el 18 de junio de 1960 (f. 58); *ii)* se afilió por primera vez al sistema pensional ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones el 5 de julio de 1979, acumulando un total de 810 semanas (f. 44); y *iii)* el 14 de agosto de 1995 suscribió el respectivo formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A., entidad en la que se encuentra vinculada actualmente (fls. 32).

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, consecencialmente, 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.

De otro lado, en cuanto a decisión de ordenar también la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y demás conceptos, tema cuestionado en el recurso de apelación por PROTECCIÓN S.A., basta con indicar que la Sala ha considerado en múltiples pronunciamientos, que es factible ordenar a la AFP correspondiente, que proceda con la devolución 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 de primera instancia deberá ser CONFIRMADA.

Costas en esta instancia por haber resultado vencidas en el recurso, a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$908.526 a cargo de cada una de ellas.

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 Veinte Laboral del Circuito de Medellín el día 14 de septiembre de 2020.

Costas en esta instancia por haber resultado vencidas en el recurso, a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$908.526 a cargo de cada una de ellas.

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° 124  
del 16 de julio 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: **86cd552dd24a28a4f3d59dbf40fdc23cf0ceb125a38e6d2c1cfa01f53b058168**

Documento generado en 15/07/2021 03:36:02 PM