

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL
Acta N°195

Proyecto discutido y aprobado en sala virtual

Medellín, treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

En la fecha, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta, en el proceso ordinario laboral que contra esa administradora y **COLPENSIONES** promueve la señora **XIOMARA ARAMENDIZ HERRERA**.

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.

ANTECEDENTES

Pretensiones

La demandante solicita que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS; y, en consecuencia, se indique que se encuentra afiliada al RPM administrado por **Colpensiones**.

Una vez realizadas estas declaraciones se condene a **Protección S.A.** a trasladar a **Colpensiones**, la totalidad de los dineros recibidos con motivo de la afiliación de la demandante y la indemnización de los perjuicios morales y materiales.

Hechos

Como fundamento de sus pretensiones indica que la demandante se afilió al **ISS** hoy **Colpensiones**, y con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones se trasladó al RAIS administrado por **Protección S.A.**, sin que esta administradora le suministrara información clara y suficiente con respecto a las condiciones y diferencias entre los dos regímenes pensionales.

Respuesta Colpensiones

Colpensiones a por intermedio de apoderado indició que es cierto que la actora fue su afiliada durante el término descrito en la demanda, sin que le consten los particulares que la llevaron a trasladarse al RAIS, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: carga dinámica de la prueba, inexistencia de vicio del consentimiento, devolución de cuotas de administración, prescripción, imposibilidad de condena en costas y compensación.

Respuesta Protección S.A.

Protección S.A. a través de apoderada manifestó que la actora se afilió de forma libre y voluntaria a esa administradora y que antes de su vinculación recibió una asesoría amplia, adecuada, clara, correcta y oportuna sobre el Régimen de Ahorro Individual, su funcionamiento, características, implicaciones para su caso particular y diferencias respecto al Régimen de Prima Media de manera objetiva teniendo en cuenta que los asesores de esta administradora cuentan con todo el conocimiento técnico y la transparencia para orientar a todos sus usuarios de manera integral, impartiendo todos los conocimientos necesarios para que la afiliación sea producto de una decisión libre, consciente e informada.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la obligación, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconcomiendo de restitución mutua en favor de la AFP, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional, improcedencia de la condena en perjuicios y prescripción.

Sentencia de primera instancia

El Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del **1 de febrero de 2021**, declaró la ineficacia del traslado al RAIS a través de **Protección S.A.** por encontrar demostrado que con la afiliación a esta entidad

generó un grave perjuicio a la actora, consistente en que el valor de su pensión sería inferior al reconocido por el RPM y en ese sentido es aplicable la ineficacia consagrada en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993.

En sus consideraciones expresó que, si bien acoge las reglas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en materia de traslado informado, estas resultan insuficientes para resolver las diferentes situaciones presentadas ante la jurisdicción y para complementar la misma resulta necesario demostrar la existencia de un eventual perjuicio.

Como consecuencia de su declaración, ordenó a **Protección S.A.** trasladar a **Colpensiones** los saldos contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos sus rendimientos financieros, cuotas de seguro previsional y cuotas de administración descontadas.

Esta decisión no la compartió la apoderada de **Protección S.A.**, motivo por el cual impugnó en los siguientes términos:

Recurso Protección S.A.

La apoderada de esta AFP solicitó que se **revoque** parcialmente la decisión de primera instancia en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, por cuanto esa administradora estaba facultada por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 para descontar tres puntos porcentuales del aporte realizado por sus afiliados, por su gestión.

En este punto debe tenerse en cuenta que **Protección S.A.** cumplió su gestión generando unos rendimientos que serán trasladados a **Colpensiones**, sin que esta última entidad realizara ninguna actividad, lo que generaría un enriquecimiento sin causa.

Señala que la aplicación del artículo 1746 del Código Civil, permite que **Protección S.A.** conserve las sumas cobradas por la administración pues obtuvo unas mejoras en las sumas administradas, y que en el evento de que se indique las cosas deben volver a su estado inicial y devolverse el 3% cobrado no debe retornarse los rendimientos.

En lo que corresponde con los dineros pagados por primas de seguros expresó que estos fueron cancelados a terceros y que no se encuentra facultada para reclamarlos, puesto que estos cumplieron con su obligación de proteger los riesgos durante el periodo de vigencia de las respectivas pólizas.

Por último, expresa que respecto del descuento del 3% debe aplicarse la prescripción pues estas sumas se causan de forma periódica y no están destinadas a la financiación de la pensión.

Alegatos de conclusión

Corrido el término de traslado establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, el apoderado de **Colpensiones** presentó alegatos, en los que solicitó que se **revoque** la decisión de primera instancia, en razón a que a la demandante le es aplicable el artículo 2 de la Ley 797 de 1993 que prohíbe el traslado entre regímenes pensionales cuando al afiliado le faltan menos de 10 años para cumplir con la edad pensional.

En el caso hipotético que se reconozca la ineficacia el traslado, solicita que se ordene la devolución de las sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual de la actora, los respectivos rendimientos financieros, además de las cuotas y gastos de administración con los seguros previsionales.

Problema jurídico

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia de conformidad con los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones**, serán: (i) Determinar si el acto jurídico de afiliación al RAIS a través de **Protección S.A.** resulta o no eficaz, (ii) Establecer que conceptos está obligada a devolver **Protección S.A.** a **Colpensiones** y (iii) Revisar si operó la prescripción.

CONSIDERACIONES

Antes de resolver considera la Sala importante realizar las siguientes precisiones de conformidad con las pruebas que obran en el expediente:

1. La señora **Xiomara Aramendiz Herrera** fue afiliada al **ISS** hoy **Colpensiones** desde el **9 de marzo de 1992** (fl.63).
2. La señora **Aramendiz Herrera** suscribió formulario de vinculación al RAIS a través de **Protección S.A.** el día **8 de agosto de 1995** (fl.44), afiliación vigente desde el **1 de septiembre de 1995**.

Efectuadas las anteriores precisiones procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento:

El precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL4426 de 2019, SL2611 de 2020, SL2877 de 2020, SL-1217 de 2021 y SL782 de 2021.

En las providencias citadas 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 a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: (i) desde la fundación de las AFP, segundo momento, (ii) desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y (iii) 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 a través de **Protección S.A.** se realizó el día **8 de agosto de 1995** (fl.44), lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual la jurisprudencia en interpretación del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 ha exigido la demostración por parte de las administradoras de pensiones del cumplimiento del deber entregar una información necesaria y transparente, conceptos que se explican en la sentencia SL-1452-2019 de la siguiente forma:

Información necesaria: consistente en la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que implica un comparativo entre las vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Transparencia: La AFP a través de su promotor debe comunicar a su potencial afiliado en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios.

El anterior deber trae en lo procesal una carga que recae en la administradora de pensiones, y es demostrar que suministró al posible afiliado una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen, para solo a partir de este conocimiento concluir que se garantizó su derecho al ejercicio de una libre selección de régimen pensional.

Sobre la **carga de la prueba** aspecto que debate el apoderado de **Protección S.A.** es importante 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.

En lo que respecta al caso de autos, **Protección S.A.** al contestar la demanda y expuso que cumplió con las obligaciones en particular la que tiene que ver con informar a la actora sobre las condiciones y diferencias fundamentales existentes entre el RAIS y RPM, sin embargo, en este sentido ninguna prueba se aportó al expediente; sin que en este sentido el contenido del formato de afiliación sirva como elemento demostrativo, puesto que, como lo anotara la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4426-2019, este a lo sumo acredita un consentimiento sin vicios, pero no informado.

Sobre las obligaciones que recaen en las administradoras de pensiones es bastante ilustrativa la sentencia SL-782 de 2021, donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que:

...i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) 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, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

En esa medida al no probarse por parte de **Protección S.A.** que le brindó a la actora una información necesaria y transparente acerca de las condiciones del RAIS y las consecuencias de su traslado, encuentra la Sala que la consecuencia es que la afiliación a esa administradora sea declarada ineficaz en los términos de inciso 1° del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En este punto es importante aclarar que si bien se comparte la conclusión final del juez a-quo de declarar la ineficacia, su justificación para la misma consistente en que debe probarse un daño objetivo no es de aceptación para la Sala, en razón a que, como se explicó con anterioridad la ineficacia se genera por el incumplimiento de un deber de información a cargo de la administradora siendo calificada esta conducta en ese momento inicial y no a partir de una condición de beneficio que le pueda traer al afiliado elegir uno u otro régimen pensional.

Así las cosas, se **confirmará**, aunque por motivos diferentes la decisión que en este punto se revisa en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

De los efectos de la ineficacia

El Juez de primera instancia ordenó a **Protección S.A.** trasladar a **Colpensiones**, los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos sus rendimientos financieros, cuotas de seguro previsional y cuotas de administración descontadas.

Esta decisión es debatida por la apoderada de **Porvenir S.A.** indicando que no es posible impartir esta orden, puesto que con ella se desconoce el mandato del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 que permite a la administradora descontar estos conceptos por su gestión.

Para estudiar este recurso y el grado jurisdiccional de consulta, es necesario recordar 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.

Este aspecto 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.

En ese orden, 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 las AFP que se beneficiaron de ello trasladen a **Colpensiones**, los siguientes conceptos:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM¹.
2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador².
3. Los **gastos de administración**, concepto consagra en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales, primas de seguros del Fogafín y la comisión correspondiente a la AFP por su gestión.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a **Colpensiones**, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios³, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁴.

¹Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

²Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

³ Sentencia SL-4360-2019.

⁴ Sentencia SL-2877-2020.

Lo anterior, responde la inquietud presentada por la apoderada de **Protección S.A.**, en el sentido de que este porcentaje igual se cobraría en el RPM y que cumplió con su deber de administrar, y es que los efectos de la ineficacia causada con su conducta no pueden afectar el fondo de naturaleza pública, al que durante los años en que se mantuvo la afiliación se le privó de recibir los aportes.

Antes de terminar no puede la Sala pasar por alto lo indicado por la apoderada de **Protección S.A.** en su recurso, en el sentido de que el concepto de seguros previsionales que integra los gastos de administración no puede ser devuelto, en razón a que la administradora pagó las respectivas primas y mientras se mantuvo vigente la afiliación de la actora estuvo protegida por estos riesgos.

Para responder este cuestionamiento debe indicarse que tales pagos obedecieron a la vinculación declarada ineficaz y en tal sentido hay una disminución en el valor del porcentaje de debió corresponder a **Colpensiones**, desmejora que deben asumir los fondos de pensiones demandados, y es por ello que la jurisprudencia ha indicado que deben ser reconocidos con cargo al patrimonio de los fondos de pensiones debidamente indexados⁵.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁶.

A partir de lo explicado, encuentra la Sala que le asistió razón al juez de primera instancia al condenar a la administradora demandada a la devolución de los gastos de administración y lo pagado por seguros de invalidez y muerte precisando adicionándola para indicar que este concepto deberá ser devuelto sin lugar a realizar descuento alguno por otros conceptos como prima de reaseguros de Fogafín y deberá ser indexado al momento de su traslado.

De otro lado, es necesario **adicionar** la decisión de primera instancia, para indicar que además deberá trasladarse por parte de Protección S.A. a

⁵En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

⁶En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL 2877-2020, CSJ SL-936-2021, CSJ SL-938-2021, CSJ SL-1410-2021CSJ y SL1442-2021.

Colpensiones los dineros contenidos en el fondo de garantía de la pensión mínima.

De la excepción de prescripción

En lo que tiene que ver con la prescripción, encuentra la Sala que esta excepción no está llamada a prosperar, puesto que, 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. En este sentido se remite a la lectura de la sentencia SL-1688 de 2019.

Por último, refiere la apoderada de **Protección S.A.** que los conceptos comprendidos dentro de los gastos de administración se afectan por el paso del tiempo y en ese sentido no es posible ordenar su traslado, pues han transcurrido más de 3 años desde su pago por parte del afiliado.

En lo que tiene que ver con este motivo de controversia debe indicarse que por tratarse de sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, en consecuencia, ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción, tal y como lo enseñara la Sala Laboral de la Corte Suprema en la sentencia SL-1473 de 2021, por lo que en este punto se despachará desfavorablemente el recurso interpuesto.

Costas

Costas en esta instancia a cargo de **Protección S.A.** por ser desfavorable el recurso interpuesto de conformidad con lo establecido en el numeral 1) del artículo 365 del CGP. Las agencias en favor de la demandante se fijan en **\$908.526**.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la providencia de primera instancia proferida por el Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, el día **1 de febrero de 2021**, en el proceso ordinario laboral adelantado por la señora **XIOMARA ARAMENDIZ HERRERA** contra **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, **ADICIONÁNDOLA** en los términos indicados en la parte motiva, por lo que el numeral tercero de la decisión de primera instancia, quedará de la siguiente forma:

TERCERO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio, que fueran cobrados a la actora desde el **1 de septiembre de 1995** y hasta la fecha en que se trasladen los aportes a **COLPENSIONES** y los aportes efectuados al fondo de garantía de la pensión mínima.

Costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** Las agencias en favor de la demandante se fijan en **\$908.526**.

La anterior decisión se notifica por **ESTADOS**.

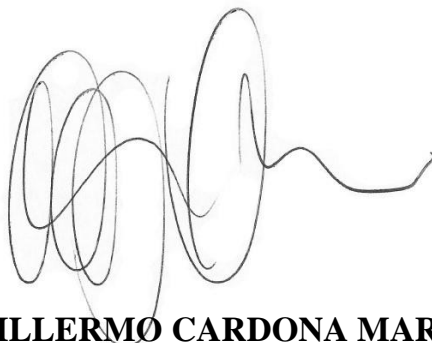
LOS MAGISTRADOS



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ

Radicado 05001-31-05-021-2020-00037-01
Radicado Interno: P0402121
Asunto: Confirma y adiciona sentencia

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

Que la presente providencia se notificó por estados
Nº 114 del 1de julio de 2021.

consultable aquí:

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