



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Decisión No. 186

Medellín, nueve (09) de agosto de dos mil veintidós (2022).

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, procede a proferir el fallo dentro de este proceso ordinario promovido por **CLARA INÉS ESCOVAR POSADA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A.** Radicado N° 05001-31-05-006-2019-00181 00.

A continuación, la Sala, previa deliberación del asunto, según consta en el Acta No. 049 de discusión de proyectos, adoptado por los integrantes de la sala, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE y JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES, quien actúa como magistrado ponente, se procede a proferir la decisión de segunda instancia en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

1.1 DE LOS HECHOS

Expone la demandante que se afilió al ISS en el mes de febrero de 1.985 donde permaneció afiliada hasta el periodo de 1.994, pues en ese año se trasladó al

RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. sin que al momento del traslado se le proporcionará una información completa y suficiente sobre las diferencias entre ambos regímenes, así como de ventajas y desventajas de cada uno; que en el mes de marzo de 1.998 se trasladó a la AFP COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A. y por último traslado a SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A., fondo en el que se encuentra afiliada; que solicitó ante Old Mutual S.A. proyección pensional y posteriormente solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa.

1.2 DE LAS PRETENSIONES

Con base en los hechos expuestos solicita la demandante se declare la ineficacia del traslado a al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., así como los posteriores traslados a Colpatria S.A. hoy PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A.; que se entienda sin solución de continuidad su afiliación al RPMPD administrado por COLPENSIONES; que se ordene a OLD MUTUAL S.A. trasladar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos financieros y a COLPENSIONES a aceptar los valores a trasladar y reactivar su afiliación. Se condene en costas a las demandadas.

1.3 DE LA RESPUESTA

COLPENSIONES presentó oposición a lo pedido y para su defensa propuso las excepciones de: inexistencia de la nulidad/ineficacia del traslado al rais, saneamiento de la nulidad relativa alegada por la parte demandante aduciendo que fue inducida en error, prescripción, imposibilidad de condena en costas, buena fe de COLPENSIONES, innominada.

PROTECCIÓN S.A presentó oposición a lo pedido y formuló las excepciones de: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, TRASLADO DE APORTES A OLD MUTUAL, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LAS CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INNOMINADA O GENÉRICA.

A su vez OLD MUTUAL S.A. presentó oposición a lo pedido y formuló las excepciones de: PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, GENÉRICA.

Por su parte la abogada de PORVENIR S.A presentó oposición a lo pedido y formuló las excepciones de: PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES DE TRACTO SUCESIVO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, INNOMINADA O GENÉRICA.

1.4 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, el día 9 de septiembre de 2021, NEGÓ las pretensiones formuladas por CLARA INÉS ESCOVAR POSADA en contra de las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A. y COLPENSIONES. Sin condena en costas.

1.5 IMPUGNACIÓN

Interpuso recurso de apelación el apoderado judicial de la DEMANDANTE en contra de la sentencia proferida en primer grado, manifestando que, si bien la Ley 100 de 1.993 establece una facultad para el Ministerio del Trabajo de imponer multas, no faculta al inspector para dejar una afiliación sin efecto, facultad que es exclusiva de los jueces, quien debe determinar si existió o no vulneración al consentimiento del afiliado; manifestó igualmente que la facultad del afiliado de perseguir la ineficacia o los perjuicios causados por indebida información al momento del traslado es exclusiva de éste, no compartiendo la decisión del juez de instancia que sugiere a la demandante por cual inclinarse.

Por otro lado, manifestó que se aparta la juez del precedente judicial en lo concerniente a la carga de la prueba que en reiterada jurisprudencia se ha establecido que para los casos de ineficacia debe invertirse y es deber de las AFP probar que cumplieron con el deber de información, así como se ha discutido sobre si es vinculante o no dicho precedente dejándose en claro que es obligatorio y no facultativo del juez acogerse al precedente, así como señala que jurisprudencialmente se ha establecido que el traslado entre AFP de un mismo régimen, no es razón suficiente para negar la ineficacia.

Concluyó señalando que los conocimientos de la demandante no la hacen experta en regímenes pensionales y menos es argumento suficiente para señalar que tenga los elementos financieros para prever lo que iba a pasar con el monto de su mesada pensional, lo cual es perjuicio infundado y no demostrado por las AFP accionadas.

1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Allego alegatos el apoderado de la parte DEMANDANTE solicitando sea revocada la sentencia y se acceda a las pretensiones de la demanda para lo cual reitero los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

También apporto alegatos la abogada de COLPENSIONES quien solicito se confirme la sentencia de primera instancia, para lo cual argumento que se encuentra ajustada la decisión de primera instancia al haberse realizado el traslado de manera libre y voluntaria, así como a la hora de declarar una ineficacia se debe tener presente que se impone con ello cargas a COLPENSIONES que no puede asumir y que atentan contra el principio de sostenibilidad financiera. Solicita que de revocarse la sentencia y acceder a las pretensiones se ordene devolver todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual, incluyendo rendimientos financieros.

2. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante, advirtiendo que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el estudio del fallo recurrido se limitará a los puntos de inconformidad, así mismo, se hará un estudio de manera general por el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

2.1 PROBLEMA JURÍDICO.

Esta Sala se ocupará de analizar, si hay cabida a la declaratoria de la ineficacia del traslado de la demandante CLARA INÉS ESCOVAR POSADA al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, con el consecuente traslado al régimen de

Prima media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, trasladando todos los valores que integran la cuenta de ahorro individual.

2.2 HECHOS PROBADOS

Que la señora CLARA INES ESCOVAR POSADA se afilió al ISS hoy COLPENSIONES en julio de 1.994, según consta en historia laboral anexa al expediente (01.ExpedienteEscaneado- fls. 37 - 43); que el 12 de julio de 1.994 suscribió formulario de afiliación en PROTECCIÓN S.A. (01.ExpedienteEscaneado- fls. 30, 85); posteriormente en mes de marzo de 1.998 efectuó traslado a COLPATRIA S.A. (01.ExpedienteEscaneado- fls. 31, 215); y luego en el mes de octubre de la misma anualidad retorno a PROTECCIÓN S.A. (01.ExpedienteEscaneado- fls. 32, 86); finalmente el 03 de diciembre de 1.999 suscribió formulario de afiliación con SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A. fondo en que se encuentra afiliada en la actualidad (01.ExpedienteEscaneado- fls. 33, 120); se encuentra probado igualmente que OLD MUTUAL S.A. efectuó simulación pensional el 11 de febrero de 2.019 determinándose que tendría derecho a mesada en el RAIS a los 57 años y señalando como debe ser su cotización para alcanzar ese estimado (01ExpedienteEscaneado- Fls. 34 - 36); también encontramos en la foliatura que la actora solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, requerimiento que fue rechazado el 26 de febrero de 2.019 por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensionarse (01ExpedienteEscaneado- Fls. 44).

2.3 MARCO NORMATIVO

Tal y como fue solicitado en el libelo genitor, esta prestación se analizará bajo la óptica de la ineficacia de la afiliación, toda vez que ha sido explicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias SL12136 de 2014, SL4989-2018; SL1421- 2019, SL1688-2019, SL 1689-2019 y SL 3464-2019, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación a régimen pensional desinformada, es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto, debiéndose dejar por sentando que dicho órgano de cierre ha considerado que aparte de constar por escrito, tal acto debe estar precedido de la debida información al afiliado sobre las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno

de los regímenes pensionales, así como las consecuencias jurídicas de la decisión en cada caso particular, información que se debe brindar al usuario en un lenguaje claro, simple y comprensible y debe ser, además objetiva y transparente, ello en atención a la exigencia de libertad y voluntariedad en la elección de régimen pensional prevista en el literal b) del artículo 13 y artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber que ha tenido una evolución legislativa, pues inicialmente fue regulado como información propiamente años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994, en la Ley 795 de 2003; posteriormente adicionada la asesoría ó buen consejo entre 2009, Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010 y 2014 y por último, con inclusión de la doble asesoría desde el año 2014, Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

Respecto de la omisión en la información por parte de los fondos administradores de pensiones, traemos a colación la sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, radicación 46.292, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello, exponiéndose lo siguiente:

"Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se 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. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia. (...)"
(Subraya y resalto fuera del texto).

2.4 CASO CONCRETO

2.4.1 INEFICACIA DE AFILIACIÓN O TRASLADOS DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Así que, la AFP PROTECCIÓN S.A. entidad a la cual se trasladó la accionante inicialmente en el Régimen de Ahorro Individual, tenía la obligación de

brindarle a la demandante una asesoría personalizada y completa, debiéndole informar entre otras cosas, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual, el número de beneficiarios y la edad de los mismos; la posible redención del bono pensional; la densidad y constancia de los aportes; y que si no se completa el suficiente capital para obtener, por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo legal vigente, a la fecha de expedición de dicha ley actualizado con el IPC), deberá seguir cotizando; que existen diferentes modalidades pensionales, así como efectuarles las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios futuros en ambas opciones y otras tantas observaciones; reiterándose que la labor del funcionario del fondo debe trascender al “DEBER DEL BUEN CONSEJO” como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, pues al ser la función de las administradoras de pensiones privadas un servicio público a luz del artículo 48 superior, y atendiendo a la sensibilidad social de su rol, se exige de estas un papel activo en la asesoría, mostrándole a la afiliada en detalle las ventajas y desventajas del traslado, a fin de que dicha decisión sea realmente pensada, libre y voluntaria, siendo explicado en la línea de la jurisprudencia especializada¹, que no basta la simple suscripción de un formulario, ni completar espacios vacíos, ni una simple expresión genérica de las condiciones pensionales, pues lo que se echa de menos es el no brindarse una información clara, precisa, comprensible y específica para el caso particular de cada afiliado a fin de que conozca de la mejor manera posible su situación ante el sistema y de esa manera migre al RAIS con plena conciencia de las implicaciones de su decisión.

Lo anterior se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la afiliada a la administradora de pensiones, como se indica en las sentencias reseñadas, porque son los fondos quienes cuentan con los medios técnicos y los conocimientos de los servicios que ofrecen.

Así mismo, debe precisarse que, la circunstancia de haberse permanecido la demandante a lo largo de los años en uno u otro fondo privado, no puede tenerse como indicativo del conocimiento informado del régimen pensional que pudiera atribuírsele a la afiliada o de la información que recibió de parte de las

¹ Sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral SL1688-2019 y SL2030-2019

AFP, pues lo que se discute no es permanencia de la afiliada en el RAIS, sino del traslado de régimen pensional, que es lo que tiene incidencia prestacional y restricciones para la movilidad, lo que no ocurre con los traslados dentro del régimen de ahorro individual, porque el afiliado(a) se puede cambiar de administradora indefinidamente cada seis (6) meses, con cierta uniformidad en el nivel de las prestaciones que tienen a su cargo las AFP, por la aproximación en el comportamiento de las rentabilidades que obtienen, en razón a la inversión de sus recursos y la regulación que les imparte la Superintendencia Financiera (ver CSJ SL4609-2021), sin que se verifique de parte de la administradora que hace parte del RAIS la satisfacción del requisito de información que permita dar validez al cambio de régimen que desde el año 1994 se efectuó.

Es por lo anterior, que esta corporación fundándose en las argumentaciones de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que, ante la *"Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional"*, procede la ineficacia del acto de traslado, debiéndose revocar este punto apelado.

Ahora, debemos señalar que al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que el acto de vinculación al régimen de ahorro individual no produjo ningún efecto, lo que conlleva a la reactivación de la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, con la consecuente devolución a COLPENSIONES por parte de los fondos privados de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, descuentos de la garantía de pensión mínima, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos sin deducción alguna, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia del 09 de septiembre de 2008, radicación 31.989, debiéndose devolver indexados los correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a los propios recursos de los fondos privados, como lo determino la jurisprudencia laboral en sentencia SL 950 de 2022, en la que se señala:

"... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con

solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones -- debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

En consecuencia, al resolver la consulta a favor de COLPENSIONES habrá de adicionarse el numeral primero del fallo del a quo, en el sentido de que PROTECCIÓN S.A. deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos..."

Y es que la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), y de tal modo, las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, se ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2877-2020, SL3199-2021, SL 4652-2021).

Con ello, se busca no afectar financieramente el régimen de prima media con prestación definida, además de que la H. Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación Laboral ha dispuesto que "*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.*"(SL4426-2021), debiendo precisarse que las primas de seguros previsionales también deben ser devueltas con cargo a los propios recursos de la AFP privada, pues aun cuando fueron entregados a terceros que los recibieron de buena fe y en el período de afiliación la demandante estuvo cubierta para los riesgos de invalidez y muerte, no son las aseguradoras quienes asumen su reconocimiento por ser terceros ajenos al acto viciado, sino que ello recae en la AFP que incurrió en la omisión y se

abstuvo de dar cumplimiento a sus deberes de información frente a los afiliados.

2.4. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, por lo cual se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada se revocará.

Costas de primera instancia a cargo de los fondos privados PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.y OLD MUTUAL. En esta instancia no se causaron.

3. FALLO DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

PRIMERO: Se **REVOCA** la sentencia apelada, de fecha y procedencia indicadas, y en su lugar **DECLARA** la ineficacia de la afiliación de la señora **CLARA INÉS ESCOVAR POSADA** al Régimen de Ahorro individual administrado por **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y OLD MUTUAL** siendo la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, permanente y sin solución de continuidad.

SEGUNDO: Se **ORDENA** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A** y a **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A.,** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la señora **CLARA INÉS ESCOVAR POSADA** tales

como cotizaciones, descuentos de la garantía de pensión mínima, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos sin deducción alguna, debiéndose devolver indexados los conceptos correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de los fondos privados.

TERCERO: Se **CONDENA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** a recibir las sumas provenientes de **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A.**, para financiar la prestación económica que como Administradora del Régimen de Prima Media debe asumir a favor de la demandante.

CUARTO: COSTAS de primera instancia a cargo de los fondos privados PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A. En esta instancia no se causaron.

Lo decidido se notifica por EDICTO.

Los Magistrados,



JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE