

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL
Acta N°227

Medellín, diecisiete (17) de agosto de dos mil veintidós (2022)

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 y el grado jurisdiccional de consulta, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **ABEL MARÍA TOBÓN PÉREZ** contra **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**.

De acuerdo a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita.

ANTECEDENTES

Pretensiones

El demandante solicita que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS; y, en consecuencia, se condene a **Protección S.A.** trasladar a **Colpensiones** las cotizaciones y rendimientos; y a esta última entidad a recibirlos teniéndolo como su afiliado.

Hechos

El actor se vinculó al RAIS administrado por **Protección S.A.** el día **25 de octubre de 1994**, sin que al momento de su traslado se le suministrara información suficiente acerca de las condiciones de este régimen pensional y sus diferencias fundamentales con el RPM.

Contestación Colpensiones

La administradora pública de pensiones a través de apoderada indicó que es cierto que el demandante fue su afiliado, pero desconoce las circunstancias en las que se trasladó al RAIS. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: prescripción, inexistencia de vicios del consentimiento, devolución de cuotas de administración, imposibilidad de condena en costas y compensación.

Contestación Protección S.A.

Esta AFP a través de apoderado, manifestó que es cierto que el demandante se trasladó a ese fondo, precisando que su decisión estuvo precedida de una asesoría adecuada, honesta, objetiva, clara y comprensible sobre todas las características RAIS, su funcionamiento y la forma de construir la pensión en el mismo, además sus diferencias respecto al RPM.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema de pensiones, reconocimiento de restitución mutua e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

La Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del **16 de mayo de 2022**, declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS del demandante, ordenando a **Protección S.A.** a trasladar de forma inmediata a **Colpensiones**, todos los valores recibidos con motivo de su afiliación, como: cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos que se hubieren causado y sumas adicionales de la aseguradora y cuotas de administración.

Finalmente, le ordenó a **Colpensiones** recibir las sumas indicadas y continuar como administradora de pensiones del actor.

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

Recurso Protección S.A.

El apoderado recurrente solicita que se **revoque parcialmente** la sentencia en lo referente a la condena al traslado de gastos de administración y seguros

previsiones, por cuanto estos conceptos fueron descontados con fundamentos en la ley y trasladados a terceros como en el caso del pago de las primas de seguros.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que la administradora de pensiones realizó una gestión tendiente a incrementar la cuenta de ahorro individual de su afiliado, cometido que cumplió teniendo en cuenta que el ahorro realizado a la fecha ha generado un rendimiento de casi el 400%.

Por último, debe tenerse en cuenta que **Protección S.A.** debió incurrir en una serie de gastos para lograr obtener unos rendimientos, por lo que no puede ordenarse su traslado a **Colpensiones**, puesto que, esta entidad recibirá rendimientos de la cuenta de ahorro individual y gastos de administración sin realizar gestión alguna lo que implicaría un enriquecimiento sin causa.

Alegatos de conclusión

Corrido el término de traslado, la apoderada de **Colpensiones** solicitó que se revoque la decisión de primera instancia, toda vez que, la AFP privada cumplió con la información que le era exigible al momento de la vinculación del actor y en tal sentido se presenta el formulario de afiliación.

De no aceptarse este argumento solicita que se ordene a **Protección S.A.** trasladar todas las sumas recibidas con motivo de la afiliación del demandante en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia en las SL-1689-2019; SL-17595-2017 y SL-4989-2018.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

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

Pruebas relevantes

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

1. El señor **Abel María Tobón Pérez** fue afiliado al **ISS** hoy **Colpensiones** el **27 de enero de 1986** (01/pág.36).
2. El día **25 de octubre de 1994**, el actor suscribió formulario de traslado al RAIS administrado por **Protección S.A.** (01/pág.11), afiliación vigente desde el día **1 de noviembre de 1994** (06/pág.44).

Efectuada la anterior anotación 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 SL-755-2022.

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 **25 de octubre de 1994** (01/pág.11), lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual la jurisprudencia interpretando 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** 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 dar respuesta a la demanda indicó que la afiliación del actor estuvo precedida de una asesoría adecuada, honesta, objetiva, clara y comprensible sobre todas las características RAIS, su funcionamiento y la forma de construir la pensión en el mismo, además sus diferencias respecto al RPM, sin embargo, más allá de esta afirmación no se trajo al proceso prueba de que se entregó al actor una información necesaria y transparente para la fecha de la suscripción del formulario de afiliación¹, debiendo recordarse que la suscripción de este documento apenas implica que hubo un consentimiento libre de vicios² 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

¹En lo referente a la aplicación de la carga de la prueba se indicó en sentencia SL-081-2021, lo siguiente: “Por tal razón, si la parte actora alude a la ausencia de tal información, como ocurre en este caso, no es de su cargo demostrar tal omisión, pues corresponde a un hecho negativo. Por el contrario, es deber de la AFP traer a juicio los elementos de prueba que permitan establecer que, al momento de la afiliación, brindó las explicaciones suficientes y veraces sobre las consecuencias, beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Así, si a la administradora se le adjudica el incumplimiento de su deber profesional y de no actuar con diligencia, entonces incumbe a ésta acreditar que sí atendió tales obligaciones. Además, es la entidad quien se encuentra en mejor posición probatoria para allegar los elementos de prueba requeridos para esclarecer hechos como los que aquí se discuten.”

² Sentencias SL-4426-2019, SL-782 de 2021 y SL-1743 de 2021.

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.

A partir de lo expuesto, encuentra la Sala que al no demostrar **Protección S.A.** que cumpliera con su deber de informar, la consecuencia es que la afiliación efectuada a este fondo devenga ineficaz de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por lo que se **confirmará** el fallo consultado.

De los efectos de la ineficacia

La Juez de primera instancia **condenó a Protección S.A.** a trasladar de forma inmediata a **Colpensiones**, todos los valores recibidos con motivo de su afiliación, como: cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos que se hubieren causado y sumas adicionales de la aseguradora y cuotas de administración.

Esta decisión es discutida por el apoderado de **Protección S.A.** bajo dos argumentos fundamentales estos dineros se cobran en los dos regímenes pensionales existentes y la AFP tiene derecho a conservar los gastos en que incurrió para obtener unos rendimientos en favor de su afiliado.

Con el fin de dar respuesta al recurso y de paso resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor a **Colpensiones**, es relevante recordar que en este caso se está aplicando la ineficacia, como respuesta jurídica del ordenamiento jurídico por 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.

En ese orden, es importante hacer énfasis en lo enseñado 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.

Siguiendo esta enseñanza 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**, todos los conceptos que recibieron.

En virtud de lo expuesto para la Sala es claro que durante el periodo en que el actor estuvo vinculado al RAIS, se privó a **Colpensiones** del cobro de los gastos de administración en su favor, y en ese orden el restablecimiento de las cosas a su estado inicial no puede perjudicar al fondo de naturaleza pública, porque precisamente con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta entidad tiene derecho a recibir 3 puntos porcentuales del aporte por gastos de administración, concepto que no fue recibido como consecuencia del acto declarado ineficaz.

De otro lado, en lo que toca con el pago de seguros previsionales, concepto respecto del cual se sostiene no puede ser devuelto por cuanto la AFP los pagó a un tercero y mientras se mantuvo vigente la vinculación este protegió los riesgos de invalidez y muerte, se debe indicar que dichos pagos obedecieron a una vinculación declarada ineficaz y en tal sentido hay una disminución en el valor del porcentaje de debió corresponder a **Colpensiones**, desmejora que debe asumir el fondo de pensiones generador de la ineficacia, y es por ello que la jurisprudencia ha indicado que deben ser reconocidos con cargo al patrimonio de los fondos de pensiones como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias SL-755-2022, SL-756-2022 y 779-2022.

Así las cosas, queda resuelto el recurso presentado por la apoderada recurrente, indicando que se desestima su solicitud, sin embargo, siendo este un aspecto conocido en el grado de consulta es necesario dejar algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia y en ese sentido, esta Sala a partir del precedente jurisprudencial ha identificado los siguientes:

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 RPM³.

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 comprador⁴.
3. Los **gastos de administración**⁵, 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 beneficios⁶, (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 pensiones⁷.

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 2016⁸.

³Se 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.

⁴Se 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.

⁵ Se deben asumir por el fondo de pensiones con cargo en su propio patrimonio y de forma indexada. En 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.

⁶ Sentencia SL-4360-2019.

⁷ Sentencia SL-2877-2020.

⁸En 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.

A partir de lo anterior, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia al ordenar la devolución de todos los conceptos recibidos con motivo de la afiliación del actor incluyendo entre ellos las sumas adicionales de las aseguradoras y cuotas de administración, no obstante, considera importante **adicionar** esta orden en el sentido de que **Protección S.A.** debe trasladar a **Colpensiones**: el 3% cobrado al actor por gastos de administración, prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes sumas que deberán ser indexadas al momento del traslado y reconocidas con cargo a su propio patrimonio y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

De la devolución del bono pensional a Colpensiones

Conforme lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 los bonos pensionales constituyen un aporte para conformar el capital que requieren los afiliados del Sistema General de Pensiones para financiar la pensión.

Los bonos tienen varias clasificaciones; importando para el caso que se resuelve el tipo A, que corresponden al afiliado que se traslada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

Este mecanismo de financiación de la pensión antes de su pago debe surtir varias etapas entre las que se encuentran la emisión, expedición, redención y pago, en el caso estudiado, se desconoce en qué etapa se encuentra el eventual bono, por lo que en el caso de que el mismo haya sido recibido por **Protección S.A.**, lo procedente no es su traslado a **Colpensiones**, sino la inmediata restitución a la **Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, para que esta entidad proceda con su anulación, por lo que en este aspecto se **revocará** el fallo consultado.

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 las sentencias SL-1688 de 2019, SL- 3202 de 2021 y SL 3199 de 2021.

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 del demandante se fijan en **\$1'000.000.**

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

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de primera instancia proferida por la Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, el día **16 de mayo de 2022**, en el proceso ordinario laboral adelantado por el señor **ABEL MARÍA TOBÓN PÉREZ** contra **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES** en los términos advertidos en la parte motiva, en ese orden el numeral segundo de la sentencia de primera instancia quedará de la siguiente forma:

SEGUNDO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar de forma inmediata a **COLPENSIONES:** (i) la totalidad del capital ahorrado en la cuenta individual del afiliado **LUIS ABEL MARÍA TOBÓN PÉREZ**, (ii) los rendimientos financieros obtenidos, (iii) El 3% cobrado al actor durante la vigencia de su afiliación por gastos de administración, prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y (iv) el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Además, en caso de haber recibido el bono pensional por parte de la **OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, deberá proceder con la inmediata devolución del mismo, para que esta

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** Las agencias en favor del demandante se fijan en **\$1'000.000.**

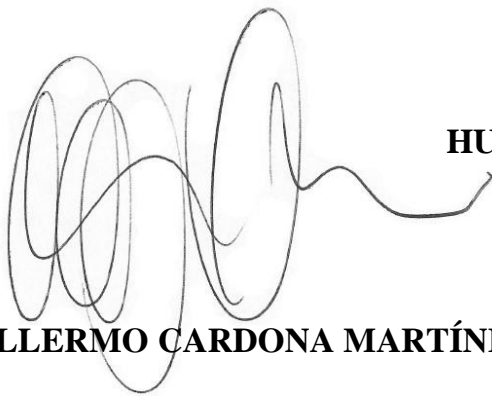
La anterior decisión se notifica por **EDICTO.**

LOS MAGISTRADOS



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

Radicado No. 05001-31-05-018-2020-00058-01
Radicado Interno: P1342222
Asunto: Confirma, adiciona y revoca sentencia.

A handwritten signature in black ink, consisting of several large, overlapping loops and a trailing horizontal stroke.

GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ

A handwritten signature in black ink, featuring a stylized 'H' and 'B' with a horizontal line crossing through them.

HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

Proceso	Ordinario
Demandante	Abel María Tobón Pérez
Demandado (s)	Protección S.A. y Colpensiones
Radicado	05001-31-05-018-2020-00580-01
Decisión	Confirma, adiciona y revoca sentencia
Magistrado ponente	Carmen Helena Castaño Cardona

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/131> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 18 de agosto de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 18 de agosto de 2022 a las 5:00pm

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO