



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: RUBIELA GRISALES ARISTIZÁBAL
Demandados: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S. A.
Radicado: 05001 31 05 004 2019 00510 01
Sentencia: S-003

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 el grado jurisdiccional de CONSULTA concedido a favor de COLPENSIONES con ocasión de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín el día 13 de julio de 2022.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

PRETENSIONES:

RUBIELA GRISALES ARISTIZÁBAL demandó a PROTECCIÓN S. A. y a COLPENSIONES, pretendiendo lo siguiente:

“DECLARACIONES PRINCIPALES:

“PRIMERA. Que se *DECLARE* la NULIDAD y/o INEFICACIA del traslado de la actora del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A.

SEGUNDA. Que se *DECLARE* que la actora nunca se ha trasladado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

TERCERA. Que como consecuencia de la prosperidad de las declaraciones anteriores, se deje sin efectos los aportes hechos a dicho fondo privado y se entienda que pertenecen a COLPENSIONES, antes Instituto de Seguros Sociales.

DECLARACIONES DE CONDENA:

PRIMERA: Que se *CONDENE* a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A., a trasladar todos los aportes que obran en la cuenta de ahorro individual de la actora, con sus respectivos rendimientos financieros a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDA: Que se *CONDENE* a COLPENSIONES a recibir el valor de todos los aportes que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus respectivos rendimientos financieros y reflejarlos la historia laboral.

TERCERA: Que se *CONDENE* a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A., al pago de los perjuicios causados.

CUARTA: Que se *CONDENE* a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A., a reconocer y pagar las COSTAS y AGENCIAS EN DERECHO.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 12 de noviembre de 1961, razón por la cual al momento de interponer la

demanda contaba con más de 57 años, cumpliendo así el requisito de edad consagrado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para obtener la pensión de vejez. Que inició su vida laboral en el mes de marzo de 1994, al servicio de empleador Instituto San Miguel y que a partir de ahí comenzó a cotizar en el ISS. Que en el mes de noviembre de 1998 fue abordada por un asesor comercial de la AFP Privada PROTECCIÓN S. A., quien sin que mediaran las correspondientes explicaciones acerca de las ventajas y desventajas, le ofreció trasladarse a dicho fondo de pensiones, lo que se hizo efectivo en dicha oportunidad. Que pese a que se efectuó el traslado, en momento alguno le aclararon que con dicho traslado se vería perjudicada en cuanto a la pensión de vejez, aduciendo que la indujeron a error, pues para el momento el fondo solo le explicó los supuestos beneficios pensionales que tendría con dicha decisión. Que tampoco le explicaron sobre las condiciones particulares de la pensión de vejez de modo que le permitiera evidenciar que lo más conveniente para ella era permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) administrado en su momento por el Instituto de Seguros Sociales – ISS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, PROTECCIÓN S. A. advierte que la demandante suscribió el formulario de afiliación a esa entidad el 10 de septiembre de 1998. Indica que tal traslado se dio en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la época, y que además se efectuó la debida asesoría, resaltando el hecho de que en tal oportunidad se le brindó a la actora información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de afiliación, las diferencias que existen entre uno y otro régimen, además de las respectivas proyecciones de la mesada pensional, pero que no fue posible aportar prueba de ello por cuanto para dicha época tales asesorías se hacían de forma verbal y no se guardaba constancia de la información que se le brindaban a los afiliados. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la

demanda por considerar que tal acto goza de plena validez y en su defensa propuso 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, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la de inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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.

COLPENSIONES por su parte, indica en su escrito de respuesta que es cierto lo relacionado con la fecha de nacimiento de la actora, pues así se desprende de la prueba documental. Acepta igualmente el hecho de que la demandante inició aportes al ISS en el mes de marzo de 1994, y que el traslado de la misma a PROTECCIÓN S. A. tuvo lugar el mes de noviembre de 1998. Sin embargo, indica que desconoce los motivos y las circunstancias del traslado, pues en su sentir, este es un hecho que nada tiene que ver con COLPENSIONES y que por tanto se abstiene de hacer pronunciamientos al respecto. De igual forma se opuso a las pretensiones de la demanda y en su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de aceptar el traslado de régimen pensional, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de la obligación de aceptar el traslado de la afiliación al RPM por falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe y la de imposibilidad de condena en costas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 13 de julio de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín tomo las siguientes decisiones: *PRIMERO:*

DECLARÓ la ineficacia de la afiliación de la actora al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S. A. *SEGUNDO:* CONDENÓ a PROTECCIÓN S. A., a trasladar con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto las cotizaciones con sus respectivos rendimientos, además de los gastos de administración debidamente indexados, pagos de seguros y reaseguros, así como los pagos de la garantía de la pensión mínima. *TERCERO:* ORDENÓ a COLPENSIONES la reactivación de la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conservando los beneficios que la cobijaban al momento del traslado de régimen, actualizando el historial laboral de aportes sin solución de continuidad. *CUARTO:* ABSOLVIÓ a PROTECCIÓN S. A. de la pretensión de indemnización de perjuicios solicitados con la demanda. *QUINTO:* DECLARÓ no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas. *SEXTO:* CONDENÓ en costas a PROTECCIÓN S. A. y en favor de la parte demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$3.500.000, a cargo de PROTECCIÓN S. A. y en favor de la parte demandante. Sin costas en contra de COLPENSIONES. *SÉPTIMO:* DISPUSO el grado jurisdiccional de la consulta en favor de COLPENSIONES en caso de no ser apelada la decisión por parte de la entidad.

Se conoce del proceso en el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

En esta instancia, una vez surtido el traslado respectivo, la ACP COLPENSIONES solicitó que sea revocada la decisión emitida por el Juez de primera instancia, pues en su sentir tal decisión va en contravía del ordenamiento jurídico, indicando al respecto que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, modificadorio entre otros, del literal

e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 prevé entre otros, que después de un (1) año de la vigencia de esta ley, *“el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o **menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez**”*. Indica, además que la decisión de traslado de la actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley para la fecha de afiliación al RAIS, y por tanto solicita se le de el alcance de la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación, la cual debe ser valorada bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, esto con el fin de que no se vea afectada la sostenibilidad financiera del sistema.

Solicita finalmente que, en caso de considerar que el negocio jurídico celebrado no tuvo validez, se condene al traslado los gastos de administración que incluyen lo pagado por seguro previsional y garantía de la pensión mínima.

CONSIDERACIONES:

Corresponderá en esta instancia resolver el grado jurisdiccional de Consulta que opera a favor de COLPENSIONES, 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. RUBIELA GRISALES ARISTIZÁBAL realizada al RAIS, así como las órdenes 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 acreditados, se encuentran los siguientes: **i)** La señora RUBIELA GRISALES ARISTIZÁBAL nació el 12 de mayo de 1961; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en dicha época por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones allí, en el mes

de marzo de 1994; y *iii)* en el mes de septiembre de 1998 suscribió formulario de traslado ante la AFP PROTECCIÓN S. A., entidad a la cual se encuentra actualmente vinculada.

Ahora bien. La diferencia jurídica que se plantea en este caso, consistente en la pretensión de la parte actora en punto que se declare ineficaz el traslado que efectuó desde el Fondo público y común administrado en su momento por el ISS, al Fondo privado de ahorro individual, administrado por PROTECCIÓN S. A., fundada en una insuficiente información por parte del fondo privado en cuanto a las consecuencias reales de dicha determinación, situación que ha sido materia de múltiples decisiones judiciales orientadas desde la cúspide de la jurisdicción ordinaria laboral.

Si bien es cierto, en principio, tal traslado se hizo como producto de un concurso de voluntades entre personas plenamente capaces, no lo es menos que se presentaba una relación asimétrica en el sentido de que los Fondos privados como agentes del sector financiero de la economía, tenían, desde su creación, el deber legal de suministrarle al afiliado una explicación completa pero concreta, hecha a la medida de la situación particular del interesado, de la consecuencias del traslado y con la esencial finalidad de que este pudiese tomar una decisión informada sobre un aspecto ligado a su proyecto de vida futura.

En efecto, desde la expedición del Decreto 663 de 1993¹, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el que en su Capítulo VIII incluye a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, dispuso dicha obligación en los siguientes términos:

*“Art 97. **Información a los usuarios.** Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones*

¹ Norma posteriormente actualizada por la Ley 795 de 2003 “*ley por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero*”

que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claro y objetivo, escoger las mejores opciones del mercado.

Por su parte, la Ley 100 de 1993 también intervino el punto, pues en su artículo 271 estableció:

*“Art. 271. **Sanciones para el Empleador.** El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor en cada caso y por cada afiliado a una multa, impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*

Así mismo, importa señalar al respecto, que la jurisprudencia laboral ha sido consistente, reiterada, pacífica y uniforme desde el año 2008, en señalar que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es un deber exigible desde su creación, advirtiendo, además, que en este tipo de casos la carga de la prueba recae sobre los fondos privados, especialmente por plantearse una afirmación indefinida como lo es el hecho que la persona afiliada no ha recibido la suficiente información, lo que solo puede ser desvirtuado con la prueba positiva por la cual se acredite que tal obligación sí se cumplió.

Tesis que se introdujo desde las sentencias 31.989 y 31.314, ambas del 09 de septiembre de 2008, por cuenta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyas consideraciones se han venido renovando y reiterando con el transcurso de los años a través de múltiples pronunciamientos. Cabe destacar lo que se dijo en aquellas primeras providencias, así, en la Rad. No. 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.”

Del desarrollo jurisprudencial posterior se evidencian algunos ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado y que se resumen en lo siguiente:

- i)* El juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico;
- ii)* El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente, pues ello no demuestra por si solo que se hubiere brindado una información idónea, y se requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado;
- iii)* 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)* No es necesario ser beneficiario del régimen de transición o estar próximo a causar el derecho para que se produzca la ineficacia del traslado.

En el presente caso, no se observan pruebas fehacientes que permitan tener por acreditado que el fondo privado brindó, en el momento del traslado, una información integral de las condiciones subjetivas de la afiliada, con explicación de las ventajas y desventajas de la reubicación entre regímenes y su incidencia en su caso particular, de tal manera que aquella pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas. Esto es, el fondo privado incumplió con su deber de información, al no suministrar, de modo claro y preciso, las características, consecuencias y efectos del cambio de régimen.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte actora, respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio su afiliación al Régimen de Ahorro Individual a través de PROTECCIÓN S. A., en el año 1998, simplemente expresó que en dicha oportunidad les realizaron el traslado de régimen de manera masiva por parte del empleador que en su momento era el ICBF, que no recuerda haber visto a algún asesor del fondo privado, sino que fue un funcionario de ICBF quien simplemente afilió a los empleados a dicho fondo y que procedió a firmar tal formulario porque confió en que su empleador le estaba brindando la información que se adecuaba más a sus necesidades. Que nunca le ofrecieron reasesoría previo al cumplimiento de los 47 años y que solo hasta que ya había superado esta edad fue que se percató acerca del error al que fue inducida pues su mesada pensional es ostensiblemente más favorable si su pensión es reconocida por Colpensiones. De lo anterior no se deriva que aparezca clara la prueba de un reconocimiento de que los promotores del Fondo privado hubieren informado en detalle las diferencias jurídico-financieras de los sistemas pensionales, con expresión de sus características propias, así como las repercusiones que una decisión de semejante calado podría traerle al afiliado al momento de hacer efectiva la prestación.

Lo anterior permite dar aplicación al citado 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.

Conceptos a devolver.

De otro lado, en cuanto a la decisión de ordenar también la devolución de dineros distintos a los aportes obligatorios, tales como cuotas de administración, seguros previsionales, porcentaje de garantía de pensión mínima u otros conceptos, tema que se analiza en virtud del grado de Consulta concedido a favor de COLPENSIONES, basta con indicar que, siguiendo aquellos mismos pronunciamientos de la jurisprudencia laboral, esta Sala ha considerado que es factible ordenar a la AFP correspondiente, la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas recibidas con ocasión de la afiliación fallida, teniendo en cuenta que no es ello más que una consecuencia natural de la ineficacia del traslado, en tanto las cosas vuelve a su estado anterior, como si el traslado nunca hubiera existido.

En tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la SL4964-2018, SL2877-2020, SL5595-2021 o SL1637-2022, 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 la 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."

Con base en lo anterior, la decisión de primera instancia será confirmada, sin que resulte procedente la declaratoria de prescripción toda vez que no se cumplen las condiciones para tal efecto según ha sido tratado en múltiples providencias como por ejemplo en la sentencia SL 2058 del 4 de mayo de 2022, rad. 89282:

"En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021)."

Además, tampoco puede hablarse de prescripción de los dineros descontados por concepto de cuotas de administración, seguros y reaseguros y fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que cualquier obligación que surja a cargo de la respectiva AFP, como ciertamente lo es la de restituir estos conceptos, se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la

ejecutoria de la sentencia, sumado al hecho de que tales conceptos están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación, y en consecuencia, al estar ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidas a la prescripción.

En consecuencia, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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 Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, el día 13 de julio de 2022.

Sin costas en esta instancia.

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez

Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior 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: **08366c42300ca484c6949e85e21e0132873dca1142fe7e44e7aff9a070cd268f**

Documento generado en 26/01/2023 01:12:46 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>