



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

**Medellín, veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés
(2023)**

Demandante: ELIZABETH SALAZAR MARÍN
Demandados: ACP COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Radicado: 05001 31 05 016 2020 00298 01
Sentencia: S-035

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en éste acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la AFP PROTECCIÓN S.A., al igual que el grado jurisdiccional de Consulta concedido a favor de COLPENSIONES, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín el día 7 de febrero de 2022.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

PRETENSIONES:

ELIZABETH SALAZAR MARÍN demandó a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, disponiéndose su retorno a COLPENSIONES sin solución de

continuidad, con la consecuente orden de trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y todos los conceptos recibidos. Pretende además el reconocimiento de la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios o en subsidio la indexación y las costas del proceso.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 6 de mayo de 1963; que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde 1983 cuando ingresó a laborar a la organización denominada "*frente de investigaciones*"; que en el mes de mayo de 1995 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. luego de que una asesora de esa entidad se presentara a su lugar de trabajo y le indicara que esa era su mejor alternativa ante el inminente cierre del ISS; que en ese momento no recibió una información completa sobre las condiciones del reconocimiento pensional, ni mucho menos los riesgos financieros que se asumirían; que en toda su vida laboral tiene acreditadas 1727.86 semanas de cotización; y que su solicitud de retorno al RPM ha sido negada por las entidades demandadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, PROTECCIÓN S.A. acepta la fecha de nacimiento de la demandante y su afiliación a esa entidad, advirtiendo que ese hecho ocurrió el 11 de mayo de 1995. Explica también que en ese momento la orientó en debida forma suministrándole una asesoría objetiva, íntegra, clara y responsable sobre las características y diferencias de cada régimen, así como las consecuencias del traslado. Se opuso a las pretensiones agregando que nos encontramos frente a un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones

e inexistencia de la obligación de devolver la cuota de administración y el seguro previsional.

COLPENSIONES acepta la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación a esa entidad y el posterior traslado al Régimen de Ahorro Individual, indicando frente a los demás hechos que no le constan por tratarse de situaciones ajenas a su conocimiento. Se opuso a las pretensiones en tanto la ineficacia de traslado pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema. Como excepciones propuso aspectos legales y financieros que impiden el retorno al RPM, improcedencia del traslado de régimen pensional cuando quien demanda se encuentra pensionado, inexistencia de la obligación de reconocer y pagar pensión de vejez, inexistencia de la obligación de reconocer y pagar intereses moratorios, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, prescripción e imposibilidad de condena en costas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 7 de febrero de 2022, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, i) DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., a quien le ORDENÓ trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, como cotizaciones completas, rendimientos financieros, cuotas de administración, porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima y seguros previsionales; ii) ORDENÓ a COLPENSIONES recibir las anteriores sumas, reactivar la afiliación al RPMPD sin solución de continuidad y validar su equivalencia en semanas de cotización; iii) ORDENÓ a COLPENSIONES que una vez reciba los anteriores valores proceda con el estudio de la solicitud de pensión de vejez y su eventual reconocimiento; y iv) CONDENÓ en costas a PROTECCIÓN S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$2`000.000.

DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la demandante presentó recurso de apelación en cuanto a la solicitud de reconocimiento pensión de vejez. En el expediente está acreditado que cumplió los 57 años de edad desde el 6 de mayo de 2020 y el último aporte registrado al sistema corresponde al mes de agosto de 2020 según la historia laboral que tiene fecha de corte enero de 2021. Con ello no se vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema ya que PROTECCIÓN S.A. tiene que devolver todas las cotizaciones recibidas y previo a la presentación de la demanda se ha presentado la respectiva reclamación administrativa a la entidad, lo que faculta a la jurisdicción para ese reconocimiento, sin estar supeditada a 4 meses luego de que reciba los aportes como si fuera un trámite administrativo. Solicita igualmente la indexación de las mesadas que se lleguen a reconocer a fin de que no reciba el retroactivo pensional de manera deficitaria.

De otro lado, el apoderado de PROTECCIÓN S.A. cuestiona la orden de trasladar los gastos de administración. En primer lugar, las comisiones de administración y primas de seguros previsionales, son descuentos autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, lo que en su momento se realizó con base en esa autorización normativa. Además, fueron deducciones realizadas para una buena gestión de los recursos de la demandante, lo que se puede evidenciar en los excelentes rendimientos financieros generados en su cuenta de ahorro individual. Si lo que se busca con la declaratoria de ineficacia es que todo retorne a su estado anterior, entonces la afiliación no hubiera existido, pero tampoco se habrían cobrado las cuotas de administración y mucho menos generado los rendimientos financieros que hoy existen y que en muchos casos superan el 200% de lo aportado. De otro lado, son dineros ya causados que cumplieron su finalidad legal, como la prima de seguros previsionales respecto de los riesgos de invalidez y sobrevivencia, además de que son conceptos

frente a los cuales opera la prescripción trienal por ser de tracto sucesivo.

Conoce igualmente la Sala del asunto por **Consulta** a favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

En el término concedido a las partes para alegar de conclusión, el apoderado de COLPENSIONES se pronunció solicitando revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar absolver a la entidad de todas las pretensiones de la demanda, indicando que se mantenerse la decisión, es necesario que se ordene la devolución de todas las cotizaciones realizadas por la demandante al fondo privado.

Por su parte, el apoderado de la demandante solicita se confirme en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, pero que se revoque en cuanto el Juez se abstuvo de proferir una decisión en concreto respecto de la pensión de vejez a la que tiene derecho.

C O N S I D E R A C I O N E S :

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por la AFP PROTECCIÓN S.A. en contra de la sentencia de primera instancia, e igualmente conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado plenamente acreditados, se tiene que: *i)* ELIZABETH SALAZAR MARÍN nació el 6 de mayo de 1963; *ii)* se afilió por primera vez al sistema pensional ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones el 11 de marzo de 1983, acumulando en esa

entidad un total de 485.43 semanas de cotización; y *iii)* el 11 de mayo de 1995 suscribió el respectivo formulario a la AFP PROTECCIÓN S.A.

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 por el ISS, al Fondo privado de ahorro individual, fundada en una insuficiente información por parte de esta última entidad en cuanto a las consecuencias reales de dicha determinación, 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 que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claro y objetivo, escoger las mejores opciones del mercado.*

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

Por su parte, la Ley 100 de 1993 también intervino el punto, pues en su artículo 273 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 9 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. N° 31.989 de 2008:

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias

de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."

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 del afiliado (a), con explicación de las ventajas y

desventajas de la reubicación entre regímenes y su incidencia en su caso particular, de tal manera que aquel pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas. Esto es, el Fondo privado incumplió su deber de información, al no suministrar, de modo claro y preciso, las características, consecuencias y efectos del cambio de régimen.

Lo anterior permite dar aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de que cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social como lo son las AFP, *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”*.

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

Conceptos a devolver.

De otro lado, en cuanto a 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, basta con indicar que, siguiendo aquellos mismos pronunciamientos de la jurisprudencia laboral, esta Sala ha considerado que es factible ordenar a las AFP correspondientes, 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 en cuanto se le ordenó a PROTECCIÓN S.A. que proceda con la devolución de los conceptos descontados por cuotas de administración, incluyendo las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, es decir, todas aquellas sumas de dinero recibidas durante el tiempo que la señora ELIZABETH SALAZAR MARÍN estuvo vinculado a esa entidad, pero advirtiendo que no es exigible condicionamiento alguno en cuanto a equivalencias se refiere. Además, tampoco resulta 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)."

Incluso, 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.

Pensión de vejez.

En cuanto a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, tema en el que se insiste a través del recurso de apelación planteado por la parte actora, debe decirse que no existe duda en cuanto que, según lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la demandante acredita en la actualidad, y aun desde el fallo de primera instancia, la totalidad de los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez, pues teniendo en cuenta que nació el 6 de mayo de 1963, significa que los 57 años de edad los tiene acreditados desde el mismo día y mes del año 2020.

De otro lado, de acuerdo al reporte de cotizaciones que fuera aportado por la codemandada (PROTECCIÓN S.A.), actualizado hasta el mes de enero de 2021, se evidencia que la actora acreditaba, para

ese entonces, un total de 1738.57 semanas cotizadas en toda su vida laboral, las que sin duda resultan superiores a las 1.300 exigidas en aquella disposición legal, por lo que se dan todas las condiciones para el reconocimiento de la pensión de vejez que se reclama, incluyendo el hecho de haber solicitado a la entidad la referida prestación según se aprecia en los documentos visibles en las páginas 66 y 67 del archivo *03DemandaYAnexos* del expediente virtual, lo que además habilitaba al Juez de primera instancia para adoptar una decisión de fondo.

Otra cosa es que el disfrute de la pensión no pueda ser ordenado desde el cumplimiento de los requisitos mínimos legales exigidos, pues de todas maneras frente a este tema aplica la necesidad ineludible de acreditar la desafiliación del sistema, lo que tiene su fundamento en los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990 que hacen referencia a la causación y disfrute de la pensión de vejez, sumado al hecho de que esas cotizaciones que se vienen realizando pueden tener incidencia en el valor final de la prestación que se va a reconocer, en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior debido a que si bien se informa que las cotizaciones han cesado, la propia demandante informó en su interrogatorio de parte que continúa vinculada laboralmente: *"Yo trabajo como empleada en la Clínica Las Américas"*, por lo que no se tiene certeza acerca de la suspensión de los aportes al sistema, de modo que le corresponderá a COLPENSIONES, cuando tenga los dineros de la cuenta individual que la demandante posee en PROTECCIÓN S.A. y la información completa de los aportes efectuados, liquidar y comenzar a pagar la prestación una vez se acredite el retiro con fundamento en lo establecido en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 10 de la Ley 797 de 2003.

En este puntual aspecto será revocada la decisión.

No son más los temas a resolver.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1`160.000.

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 Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín el día 7 de febrero de 2022, pero la **REVOCA** en cuanto ABSOLVIÓ a COLPENSIONES del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, para en su lugar condenarla por dicho concepto en los términos de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, cuyo disfrute queda condicionado al momento en que reciba los dineros provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A. y se acredite el retiro del sistema.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1`160.000.

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellín - 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: **3163b21d0d135736cad258d5f69baba858daa2049926a18e3954be03e76ca045**

Documento generado en 23/02/2023 03:53:13 PM

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