



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: GLORIA CECILIA VÁSQUEZ MIRA
Demandados: ACP COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Radicado: 05001 31 05 011 2018 00478 01
Sentencia: S-080

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 las entidades codemandadas, al igual que dar trámite al grado jurisdiccional de Consulta concedido a favor de COLPENSIONES en lo no recurrido, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín el día 30 de agosto 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

GLORIA CECILIA VÁSQUEZ MIRA demandó a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia o nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

por no habersele proporcionado una información completa y comprensible, disponiéndose su retorno a COLPENSIONES sin solución de continuidad, con la consecuente orden de trasladar todos los aportes recibidos. Pretende además el pago de los perjuicios causados por los gastos en que tuvo que incurrir para generar el retorno a COLPENSIONES como gastos de honorarios y transporte y los perjuicios morales, además de las costas del proceso.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 2 de junio de 1962; que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 13 de enero de 1981; que el 1 de septiembre de 1995 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A.; que en ningún momento recibió una asesoría personalizada, técnica, mínima y suficiente sobre las características del RAIS y las condiciones para alcanzar una pensión de vejez en ese régimen; que tampoco le explicaron en qué consistía el fondo de garantía de pensión mínima o qué sucedería con los aportes hasta ese entonces realizados al ISS; que actualmente cuenta con más de 1874 semanas de cotización; y que su solicitud de traslado a COLPENSIONES ha sido negada por las entidades demandadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES acepta la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a esa entidad y el posterior traslado a la AFP PROTECCIÓN S.A., indicando frente a los demás hechos que no le constan por tratarse de situaciones ajenas a su conocimiento. Se opuso además a las pretensiones toda vez que la decisión de traslado de régimen nació de un acto de voluntad libre y espontáneo de la demandante. Como excepciones propuso improcedencia de declarar ineficaz o nula la afiliación al RAIS, prevalencia de la autonomía de la voluntad, prescripción e improcedencia de condena en costas.

PROTECCIÓN S.A. acepta igualmente la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación previa al ISS y el posterior traslado a esa entidad, advirtiendo que ese hecho ocurrió con la suscripción del formulario de 30 de julio de 1995. Señala, además, que los asesores con que cuenta la entidad son capacitados permanentemente y cuentan con el conocimiento técnico y lealtad moral suficiente para orientar a los posibles afiliados sobre todas las condiciones propias del régimen. Se opuso además a las pretensiones toda vez que nos encontramos frente a un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro previsional.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 30 de agosto de 2022, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., a la que le ordenó trasladar al RPMPD todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación, con los rendimientos que se hubieren causado y lo recibido por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje de garantía de pensión mínima, con la respectiva indexación. Finalmente CONDENÓ en costas a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, fijando como agencias en derecho la suma de \$1'500.000 y \$500.000 respectivamente.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, la apoderada de PROTECCIÓN S.A. presentó recurso de apelación indicando que difiere en lo relacionado

al traslado de las comisiones de administración y seguros previsionales de manera indexada; la deducción de la cuenta de ahorro individual de la demandante por esos conceptos se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, aplicable y vigente y se trata de comisiones pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual; es importante tener en cuenta que han sido descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración. Solicita que no sea obligada a devolver el valor del seguro previsional toda vez que mes a mes se descontó y se pagó a una aseguradora en caso de que hubiese existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia y ésta pagara una suma adicional que financiara la pensión por ese concepto, siendo así, la AFP se encuentra imposibilitada para recobrar ese dinero a la aseguradora y enviarlo a COLPENSIONES.

A su turno, la apoderada de COLPENSIONES insiste en que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2º de la ley 797 de 2003 como quiera que en la actualidad cuenta con 60 años de edad, es decir que ya cumplió la edad requerida para acceder a la pensión de vejez y tenía la posibilidad de trasladarse de régimen solo hasta los 47 años encontrándose así agotada dicha oportunidad. Respecto del traslado, reitera que la demandante por voluntad propia decidió trasladarse al RAIS sin que se demostrara a la fecha la existencia de algún vicio para la nulidad de dicho traslado por lo que debe permanecer incólume su afiliación a PROTECCIÓN S.A.

De confirmarse la declaratoria de ineficacia del traslado, solicita se mantenga igualmente lo relacionado con la devolución de cuotas de administración, seguros previsionales y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, con la debida indexación.

Finalmente, solicita no ser condenada en costas por no haber tenido participación o incidencia alguna en la decisión de traslado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legalmente concedido, COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión a través de los cuales reitera lo dicho en la contestación a la demanda y en el recurso de apelación.

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

Corresponderá en esta instancia, además de resolver los temas propuestos por los apoderados de las entidades demandadas en sus recursos de apelación, conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES en los temas no recurridos, con el objeto de salvaguardar sus intereses, lo que implica revisar la legalidad de la sentencia de primera instancia mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación de la señora GLORIA CECILIA VÁSQUEZ MIRA realizada al RAIS, así como las ordenes 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 tiene que: **i)** GLORIA CECILIA VÁSQUEZ MIRA nació el 2 de junio de 1962; **ii)** estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y realizando aportes desde el 1 de febrero de 1983, completando en esa entidad un total de 646 semanas de cotización; y **iii)** el 30 de julio de 1995 se vinculó a la AFP PROTECCIÓN S.A., entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

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 las 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.*

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*

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

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 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, sin que tampoco sea de recibo el argumento relacionado con la imposibilidad en el traslado de régimen con fundamento en el art. 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 13 de la Ley 100 del 1993, tema frete al cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según sentencias como la SL 655 y SL 1022 del 23 de marzo de 2022, ha considerado que es un despropósito *“... centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Porvenir S.A. en el año 1999”*.

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, advirtiendo que la orden a PROTECCIÓN S.A. de trasladar los conceptos mencionados, es decir, las cuotas de administración, seguros previsionales y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, contrario a lo dicho por la recurrente, debe incluir la respectiva indexación tal y como fue ordenado en primera instancia, pues así lo ha entendido igualmente la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; además de que la indexación no comporta una sanción en su contra sino la mera actualización del poder adquisitivo de la moneda.

En ese aspecto se ha pronunciado dicha Corporación en sentencias como las ya citadas, pero de forma más clara y reciente en la sentencia SL 3349 del 28 de julio de 2021, rad. 88826 en la que concluyó, entre otras cosas, que uno de los efectos de la declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen pensional, es que *“... todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, esto es, que mantendrán su poder adquisitivo inicial, por lo que se deben indexar.”*

Condena en costas.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la condena en costas impuesta a cargo de COLPENSIONES, basta con señalar que el artículo 365 del Código General del Proceso ratificó el criterio objetivo en cuanto ordena que en los procesos y en las actuaciones posteriores en que haya controversia, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto, entre otros casos.

Pero, en estos casos, la condena a COLPENSIONES a recibir el valor de los aportes realizados a la AFP del RAIS y a reactivar la afiliación del demandante, es solo la consecuencia lógica de la orden previamente impartida en este proceso en el sentido de declarar la ineficacia de esa afiliación al RAIS, de manera que bien puede decirse que, sin esta orden, aquellas condenas no se hubieran producido. Dicho de otro modo, era inexigible otra conducta para COLPENSIONES antes de que la presente declaratoria de ineficacia del traslado se hubiere proferido, pues esta entidad no es autoridad judicial como para resolver, antes del proceso, la reclamación del demandante.

En consecuencia, la decisión deberá ser CONFIRMADA y REVOCADA.

Costas en esta instancia por haber resultado vencida en el recurso, a cargo de PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante, 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 Once Laboral del Circuito de Medellín, el día 30 de agosto de 2022, pero la **REVOCA** exclusivamente en cuanto condenó en costas a COLPENSIONES, para en su lugar absolverla por este concepto.

Costas en esta instancia por haber resultado vencida en el recurso, a cargo de PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante, 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 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: **0bcd72503c0430318567fbcc55f5808acc926722383e7cd23c679b93f46e2ff4**

Documento generado en 31/03/2023 03:11:36 PM

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