



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintisiete (27) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: VICTOR LEÓN JARAMILLO ESTRADA
Demandados: ACP COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Radicado: 05001 31 05 013 2021 00338 01
Sentencia: S-105

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 a favor de Colpensiones, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín el día 2 de septiembre de 2022, puesto que la misma no fue recurrida por las partes.

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

VICTOR LEÓN JARAMILLO ESTRADA demandó a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado con PROTECCIÓN S.A., con la consecuente orden de trasladar todos los valores recibidos a COLPENSIONES, para que éste fondo público los reciba y autorice el regreso al RPM, sin solución de

continuidad. Pretende además se condene en costas a las demandadas.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 14 de febrero de 1959; que su afiliación al sistema general de seguridad social se hizo anterior a la vigencia de la ley 100 de 1993 y cuenta con 1862.57 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales 821.14 semanas fueron aportadas al ISS hoy Colpensiones y 1041.43 aportadas a la AFP PROTECCIÓN; que el día 1° de julio de 2000, fue trasladado al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., obedeciendo a la asesoría recibida, en el sentido de que se pensionaría antes de la edad que requería y con una mesada superior; que actualmente cuenta con un ingreso base de cotización reportado de \$2.617.851, siendo más beneficiosa la prestación en el RPM; y que solicitó a COLPENSIONES reactivar su afiliación, la cual fue negada por ser inviable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES dice que acepta la fecha de nacimiento, la afiliación del demandante al ISS y que la misma fue anterior a la vigencia de la ley 100 de 1993, aclara que el demandante no cuenta con 824.14 semanas cotizadas a COLPENSIONES y que según la historia laboral se observan 761.43 semanas cotizadas. Sobre los demás hechos, manifiesta que no le constan pues se trata de situaciones que se encuentran por fuera de su conocimiento y dominio. Se opuso además a las pretensiones por carecer de fundamentación fáctica y legal que el acto de afiliación se encuentra ajustado a derecho, es válido y ha surtido plenos efectos jurídicos. Y como excepciones propuso, falta de jurisdicción y competencia, carga dinámica de la prueba-particularidades del caso, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, devolución de

cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntariamente indexados, buena fe, prescripción, improcedencia de condena en costas, compensación.

Por su parte PROTECCIÓN S.A. acepta la fecha de nacimiento del demandante y el traslado de régimen, pero no le consta la fecha de afiliación al RPMPD y la solicitud de traslado presentada a COLPENSIONES; aclara que, frente al número de semanas cotizadas, el demandante cuenta 1922 semanas cotizadas al sistema; respecto a la asesoría brindada manifiesta que fue una asesoría integral, clara, comprensible y objetiva sobre el Régimen de Ahorro Individual resaltando sus características principales y diferenciadoras, indicándole que el monto de su prestación económica sería variable, ya que depende del monto de los aportes ahorrados a lo largo de su vida laboral y los rendimientos financieros que generaban los mismos, así como los rasgos diferenciados respecto al RPMPD, señalando con claridad la forma de construir la pensión en cada uno de ellos. Sobre la liquidación de la mesada pensional, manifiesta que no le consta ya que se trata de una liquidación efectuada en forma extrajudicial. Se opuso a las pretensiones por cuanto fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restituciones mutuas en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el 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

Mediante sentencia del 2 de septiembre de 2022, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín tomó las siguientes decisiones:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor **VÍCTOR LEÓN JARAMILLO ESTRADA** al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del **01/07/2000** exclusivamente por la afiliación del señor **VÍCTOR LEÓN JARAMILLO ESTRADA**, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados. En concordancia, se ordena además a **COLPENSIONES** a recibir tales sumas de dinero.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a activar la afiliación del señor **VÍCTOR LEÓN JARAMILLO ESTRADA**, al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: DECLARAR improbadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** Se fijan las agencias en derecho en la suma de **\$2.000.000.”**

Se conoce del asunto vía grado jurisdiccional de **Consulta** a favor de COLPENSIONES, conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. Se advierte que las partes no recurrieron la decisión de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legalmente concedido, la apoderada judicial de **Colpensiones** presentó alegatos de conclusión manifestando que, el traslado entre regímenes pensionales encontrándose el afiliado a diez años o menos de la edad mínima pensional, sólo se encuentra autorizado para los beneficiarios del régimen de transición, por lo que la declaratoria de ineficacia de traslado de un contingente de personas con características diferentes a las antes referidas, pone en peligro la

sostenibilidad financiera del sistema, a la par que pondría en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, razón por la cual solicita sea denegado el traslado del demandante. Y que en el evento tal de que se acceda a las pretensiones de la demanda, solicita que se ordene a PROTECCIÓN S.A., para que, realice la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante, sin descuento alguno, durante la permanencia en el RAIS.

CONSIDERACIONES:

Se procede a conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, toda vez que las partes no recurrieron la decisión de primera instancia.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado acreditados, se encuentran los siguientes: *i)* el Sr. VICTOR LEÓN JARAMILLO ESTRADA nació el 14 de febrero de 1959; *ii)* se afilió por primera vez al sistema pensional en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -ISS- y realizó cotizaciones a partir del 04 de noviembre de 1981; y *iii)* el 15 de mayo del año 2000 suscribió formulario de afiliación o traslado ante la AFP PROTECCIÓN S.A. entidad a la cual se encuentra actualmente vinculado.

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 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*

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

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. 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 del afiliado, 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 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 el actor, no se vislumbra confesión alguna respecto del cumplimiento a ese deber de información, manifiesta simplemente el demandante sobre las

circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado de régimen que, se trasladó a PROTECCIÓN S.A., cuando se encontraba laborando en la compañía y fue citado por unos asesores del fondo privado a una reunión que duró entre 20 y media hora, en donde se le manifestó que a él le favorecía pasarse de fondo y que obtendría muchas garantías, mejor pensión, que el bono pensional pasaría como una herencia, y que el ISS iba a desaparecer; que nunca se le explicó que debía reunir un capital en su cuenta de ahorro individual como tampoco de rendimientos; que cuando él tenía 50 años, le dijeron que podía trasladarse, y que le convenía más pasarse para COLPENSIONES, lo cual realizó pero nunca radicaron el documento de traslado, y cuando le fue devuelto dicho documento ya no podía trasladarse; y que desea regresar a COLPENSIONES, por la forma en que se le mejora la pensión.

De lo anterior no se deriva –entonces- 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”*.

Ahora bien; tampoco es de recibo el argumento de COLPENSIONES en los alegatos de conclusión en cuanto solicita considerar las implicaciones económicas que se pueden llegar a generar con decisiones como ésta, especialmente por existir una eventual

afectación a la sostenibilidad financiera del sistema más cuando no participó en el acto de traslado, siendo un derecho que ejerció el demandante en su momento y permitido según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

El principio de sostenibilidad financiera de las pensiones, entronizado en el Acto Legislativo 01 de 2005, está orientado a lograr el aseguramiento de su propia subsistencia. Esto es, se impone la garantía de que se pueda contar con los recursos necesarios para reconocer y pagar las diversas prestaciones a los afiliados al sistema, presuponiendo la limitación de los recursos disponibles, y que, por ello mismo, deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población, buscando la efectividad de los derechos y la eficacia y solidaridad del sistema. Y para esto es indispensable asegurar el pago efectivo de las cotizaciones, aunado al concurso del Estado cuando ello sea requerido, de tal modo que el sistema sea viable para el pago de las pensiones de los actuales y futuros pensionados.

En casos como el presente, el regreso del demandante al RPM no implica que necesariamente vaya a haber una afectación al sistema, pues a dicho fondo le llegan los dineros que el demandante alcanzó a acumular en el Régimen de Ahorro Individual junto con los rendimientos financieros y todos aquellos conceptos recibidos por administración de los recursos, seguros y garantía de pensión mínima como más adelante se verá, sin que esté probado en el proceso que no sea posible financiar la pensión a la que pueda llegar a acceder.

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, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en 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”.

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

Conceptos a trasladar

De otro lado, en cuanto a ordenar también la devolución de las cuotas de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y demás conceptos tema tratado por el apoderado judicial de COLPENSIONES en los alegatos de conclusión, 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 vuelven a su estado anterior, como si el traslado nunca hubiera existido.

Criterio que ha adoptado acogiendo lo que en tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la SCL de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como las ya citadas, pero con mayor énfasis en otras como la SL 4964 de 2018 o la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667, rememorada más recientemente en las sentencias SL 5595 de 2021 y SL 1637 del 11 de mayo de 2022, en las que dijo expresamente 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 el 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."

Se advierte igualmente 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, deben 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.

En ese aspecto, debe advertirse que dicha Corporación sí ha ordenado tal indexación y lo ha hecho 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."

En consecuencia, la decisión deberá ser **CONFIRMADA** en todas sus partes.

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 Trece Laboral del Circuito de Medellín, el día 2 de septiembre 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

Código de verificación: **254f804cfd1c05f5203f0784017384ca3989df7b1048fa05fc6f993ebba9a090**

Documento generado en 27/04/2023 02:46:41 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>