



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, once (11) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: JHON JAIRO OROZCO OSORIO
Demandados: ACP COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Radicado: 05001 31 05 017 2022 00179 01
Sentencia: S-119

AUTO

En atención a la escritura pública 3365 del 2 de 2019, en la que se otorga poder general para representar a la ACP COLPENSIONES a la sociedad MUÑOZ MEDINA ABOGADOS S.A.S., se le reconoce personería como apoderado judicial al Dr. SANTIAGO MUÑOZ MEDINA, T.P. 150.960 del C. S. de la Judicatura.

Se accede además a la sustitución de poder presentada por el referido apoderado, a favor de la Dra. YESENIA CANO URREGO portadora de la T.P. N° 271. 800 del C. S. de la Judicatura, a quien se le reconoce personería judicial para actuar en los mismos términos que el apoderado principal.

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 Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín el día 23 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

JHON JAIRO OROZCO OSORIO demandó a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se permita el traslado efectuado al RAIS al RPM, para que pueda obtener en un determinado momento el reconocimiento pensional, disponiéndose su retorno a COLPENSIONES, con la consecuente orden de trasladar todos los dineros recibidos por parte del fondo privado, como cotizaciones y bonos pensionales. Pretende además se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones, que se encuentra afiliado a la AFP PROTECCIÓN S.A. desde el 19 de marzo de 2002, y cuenta con 1.620 semanas cotizadas; que cuando decidió afiliarse al RAIS no fue informado de cómo funcionaba dicho régimen, es decir, no le explicaron cuales serían los beneficios, ventajas y desventajas, y muchas otras situaciones que nacerían luego de tomar dicha determinación; manifiesta que fue consciente que si continuaba afiliado al RAIS probablemente no pueda hacerse acreedor a la pensión por vejez, puesto que su saldo de cuenta de ahorro individual se encuentra en \$36.745.957 y para obtener el beneficio se necesita

un monto de aproximadamente \$250.000.000; y que el día 26 de abril de 2022 solicitó a COLPENSIONES reactivar su afiliación al RPMPD, solicitud que fue rechazada debido a su edad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, PROTECCIÓN S.A. acepta la edad del demandante, la fecha de afiliación a la AFP y las semanas cotizadas, sobre los demás hechos indica que no son ciertos y que al demandante se le brindó una asesoría objetiva e integral, donde se le pusieron de presente las características de ambos regímenes y las diferencias entre los mismos. Se opuso a las pretensiones de la demanda, toda vez que la afiliación al RAIS es plenamente válida y eficaz, ya que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones precedida de una asesoría suficiente y oportuna. 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.

Por su parte COLPENSIONES, acepta la respuesta negativa ante la solicitud de traslado de régimen elevada por el demandante, sobre los demás hechos indica que no le constan por tratarse de circunstancias en las que no tuvo ninguna participación y son ajenas a su conocimiento. Se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentación fáctica y legal. Como excepciones propuso improcedencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen realizado por el demandante, inexistencia de la obligación de reconocer intereses moratorios, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe de Colpensiones e imposibilidad de condena en costas, además solicita como petición especial que en caso de que la judicatura resuelva desfavorablemente, se haga la devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 23 de septiembre de 2022, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. y como consecuencia, **CONDENÓ** a este fondo privado a trasladar con destino a COLPENSIONES, los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo capital y sus rendimientos, gastos de administración y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima, debiendo ser de recibo por COLPENSIONES y reflejarlos como semanas en la historia laboral. Y no condenó a ninguna de las partes en costas.

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 del demandante presentó alegatos de conclusión solicitando se ratifique la decisión tomada por la Juez de primera instancia.

A su turno la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión manifestando que es imposible declarar la nulidad de la afiliación y traslado de aportes del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, ya que no se probó ni declaró un vicio en el consentimiento por parte de la demandante, en el momento en que decidió cambiar de Régimen Pensional y trasladarse al régimen de ahorro individual; que el demandante presentó su solicitud fuera del término legal establecido en el artículo 2º de la ley 797 de 2003; y que no es plausible imponerle a COLPENSIONES obligaciones y

soportes de información por escrito que no fueron previstos por el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado. Que, en caso de confirmarse la decisión, se deben devolver todos los conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

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. JHON JAIRO OROZCO OSORIO nació el 21 de febrero de 1962¹; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -ISS- y realizó cotizaciones allí desde el 22 de julio de 1982²; y **iii)** el 19 de marzo de 2002 suscribió formulario de afiliación³ 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

¹ Folio 101 de la demanda

² Folios 19 a 25 de la contestación de la demanda de Colpensiones

³ Folios 32 de la contestación de la demanda de Protección S.A.

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 1993⁴, 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 en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin*

⁴ Norma posteriormente actualizada por la ley 795 de 2003 “*ley por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero*”

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, no recuerda cuando fue que se trasladó a PROTECCIÓN S.A., toda vez que ha laborado en varias empresas temporales, y solo conoció que estaba afiliado a esta administradora privada, cuando se puso en la labor de averiguar sobre su pensión en COLPENSIONES, y le dijeron que estaba en este fondo privado;

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 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”.

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

Conceptos a trasladar

De otro lado, en cuanto a la decisión de la *a quo* de ordenar el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima, pero sin incluir lo relacionado con las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, tema que se revisa en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, basta con indicar que la Sala ha considerado en múltiples pronunciamientos que es factible ordenar a la AFP correspondiente, que proceda con el traslado a COLPENSIONES de todas las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de cada persona, teniendo en cuenta que no es ello más que una consecuencia natural de la ineficacia del traslado, en tanto el estado de cosas vuelve a su situación anterior, como si el acto 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.

(...)

En consecuencia, la decisión deberá ser **ADICIONADA** en el sentido de ordenarle a la AFP PROTECCIÓN S.A. que procedan con el traslado no solo de las cuotas de administración y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, sino también lo destinado a los porcentajes de primas de seguros previsionales, durante el tiempo que el señor JHON JAIRO OROZCO OSORIO estuvo vinculado a esta entidad.

Se advierte igualmente que la orden a PROTECCIÓN S.A. de trasladar los conceptos mencionados, es decir, las cuotas y/o gastos de administración, seguros previsionales y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, deben incluir la respectiva indexación según lo ha indicado la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y según fue solicitado por COLPENSIONES con los alegatos de conclusión, lo que además es procedente, pues como se dijo el proceso también se conoce en CONSULTA a favor de dicha entidad.

En ese aspecto, dicha Corporación 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 de primera instancia deberá ser **CONFIRMADA y ADICIONADA.**

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 Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, el día 23 de septiembre de 2022, pero la **ADICIONA** en el sentido de ordenarle a PROTECCIÓN S.A., que procedan a trasladar a la ACP COLPENSIONES, no solo las cuotas de administración y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, sino también ***los porcentajes de primas de los seguros previsionales***, es decir, todas aquellas sumas de dinero recibidas durante el tiempo que el señor JHON JAIRO OROZCO OSORIO estuvo vinculado a esta entidad, y también la **ADICIONA** en cuanto ordena a PROTECCIÓN S.A. que los conceptos de cuotas o gastos de administración, aportes para la garantía de pensión mínima y los

seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, deben incluir la respectiva ***indexación***.

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: **4d5db71651af8122cff52bc428986bc20a40fa5e35cf510d980b63e2d347d848**

Documento generado en 11/05/2023 03:08:06 PM

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