



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

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

Demandante: BEATRIZ AMPARO BUITRAGO GÓMEZ
Demandados: ACP COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Radicado: 05001 31 05 001 2021 00106 01
Sentencia: S-216

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 este acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver el **grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la ACP COLPENSIONES** con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín el día 15 de febrero de 2023, 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

BEATRIZ AMPARO BUITRAGO GÓMEZ demandó a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S.A., pretendiendo se declare la ineficacia o nulidad, o en subsidio la inexistencia, del traslado al Régimen de Ahorro Individual –

RAIS- administrado por PROTECCIÓN S.A., entendiéndose que siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media y sin solución de continuidad. Como consecuencia, solicita se ordene a PROTECCIÓN S.A. la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales por conceptos de aportes obligatorios y rendimientos, para que esta entidad reactive la afiliación, reciba los aportes y rendimientos devueltos, para que actualice y corrija la historia laboral; asimismo se condene a PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios causados estimados en 200 salarios mínimos. Pretende, por último, se conde al pago de costas y agencias en derecho.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 22 de febrero de 1969, ha laborado en distintas entidades de derecho público y privado y que se afilió al RPMPD que administraba el Instituto de Seguros Sociales –ISS- hoy Colpensiones el 19 de enero de 1994. Que en octubre de 1994, por no recibir información técnica y adecuada, se trasladó a PROTECCIÓN S.A. y sin el tiempo de permanencia requerido; que los asesores del fondo privado no contaban con formación profesional para suministrar una información adecuada, sin poderle advertir de los riesgos del traslado ni de las características de este régimen; que tan solo se le informó que el RPM desaparecería y que tendría un mejor monto pensional; que por la omisión en la información perdió el derecho a una mejor pensión; que su decisión de traslado no fue voluntaria, por lo que esta vicia de nulidad objetiva; que solicitó ante el fondo privado proyección pensional en la que se evidencia una diferencia de un régimen y otro. Agrega que presentó solicitud de nulidad de afiliación ante PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES las cuales fueron negadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES dice que es cierta la fecha de nacimiento de la afiliada; que si bien es cierto que en la historia laboral se avizora una afiliación de fecha 24 de enero de 1994, lo cierto es que aparece con cero semanas cotizadas; que es cierta la solicitud de nulidad efectuada a Colpensiones y que la misma fue negada; y que es parcialmente cierta la disparidad de cifras de la proyección pensional. Sobre los demás hechos manifiesta que no le constan, toda vez que son situaciones ajenas a Colpensiones las cuales deberán ser desmentidas o corroborarlas. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento que la accionante realizó válidamente su traslado al RAIS. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación, prescripción e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte PROTECCIÓN S.A. al contestar, niega la fecha de nacimiento de la demandante, que PROTECCIÓN haya faltado a su deber de diligencia, o que no haya suministrado una oportuna y suficiente información. Admite como cierto que lo asesores visitaban distintas empresas con el fin de promocionar la administradora, pero dando información clara y comprensible, indicando además que son personas capacitadas a fin de que al momento de la asesoría pudieran suministrar toda la información; que no es cierto que a la demandante no se le haya explicado con claridad todas las características del RAIS y como se construye la pensión, siendo informada de manera objetiva e integral sobre el RAIS; que se le explicó sobre el bono pensional, así como el derecho de retracto; que es cierta la solicitud de nulidad de traslado, la cual fue negada, y que no le constan los demás hechos por tratarse de situaciones ajenas a esta entidad. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Como excepciones propuso la inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguro previsional cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 15 de febrero de 2023, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, 1) **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS el 10 de octubre de 1994, concretamente a PROTECCIÓN S.A.; 2) **ORDENÓ** a COLPENSIONES tener a la demandante válidamente afiliada al RPM y homologar las semanas cotizadas al RAIS; 3) **ORDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar el saldo total existente de la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES, incluidos porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, estos tres conceptos debidamente indexados desde el momento que se descontaron; 4) **CONDENÓ** en costas a PROTECCIÓN S.A.; 5) se **ABSTUVO** de condenar en costas a COLPENSIONES; y 6) **ABSOLVIÓ** a PROTECCIÓN S.A. de la pretensión de indemnización de perjuicios.

Dado que no se presentó recurso alguno en contra de la anterior decisión, 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.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

COLPENSIONES, en los alegatos de conclusión, solicita se revoque íntegramente la decisión de primera instancia, ordenando la permanencia de la actora en el RAIS y que a título de perjuicios se le ordene al fondo privado que al cumplir los requisitos para la pensión se la reconozca en los términos que hubiera sido en Colpensiones; que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, modificadorio entre otros, del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que no debe pasarse por alto que en este tipo de procesos, el afiliado presente una actitud 100% pasiva respecto a su dinero, pues no es admisible que frente a un derecho tan trascendental

como es la pensión que muchos años después pretende informarse al respecto, siendo estas actitudes omisivas. Por otro lado, expone que el impacto monetario que acarrea el traslado no puede ser causa que lleve a decretar la ineficacia, ya que la disparidad de cifras no es habilitante para que prospere la demanda de nulidad o de ineficacia. Y que, si se considera que se debe confirmar la sentencia, se debe trasladar todo concepto que reposen en la cuenta de ahorro del afiliado, debidamente indexados.

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

Entre los hechos que a esta altura del proceso están acreditados, se encuentran los siguientes: *i)* la Sra. BEATRIZ AMPARO BUITRAGO GÓMEZ nació el 22 de febrero de 1969; *ii)* se afilió al régimen de prima media en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –ISS– el 19 de enero de 1994¹; *iii)* y el 10 de octubre de 1994, suscribió formulario de vinculación ante PROTECCIÓN S.A.², entidad en la que se encuentra actualmente afiliada.

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,

¹ Folio 2 de las pruebas de la demanda

² Folio 3 de las pruebas de la demanda

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 1993³, 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 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.”*

³ Norma posteriormente actualizada por la ley 795 de 2003 *“ley por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero”*

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

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, no se vislumbra confesión alguna respecto del cumplimiento a ese deber de información, manifiesta simplemente la demandante sobre las

circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado de régimen que en 1994 a su lugar de trabajo -Banco Industrial Colombiano- los visitaron unos asesores de PROTECCIÓN S.A., entidad que era parte del grupo empresarial, los cuales les ofrecieron el traslado con la justificación de que el ISS iba a desaparecer y su mejor opción era pasarse a este fondo privado; que la asesoría fue grupal y firmó el formulario el cual estaba pre diligenciado; que en ese momento no le explicaron sobre el bono pensional, ni como se construía la pensión en dicho fondo; que no se le manifestó nada sobre el derecho de retracto; que la información brindada fue carácter general; y que no conocía las características de ninguno de los regímenes antes de su afiliación.

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 a la afiliada al momento de hacer efectiva la prestación.

Lo dicho 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; la Sala no comparte relacionado con la imposibilidad en el traslado de régimen con fundamento en el artículo 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 **CONFIRMADA** la decisión adoptada en primera instancia.

Conceptos a trasladar

De otro lado, en cuanto a la decisión de ordenar también la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y demás conceptos, basta con indicar que la Sala ha considerado en múltiples pronunciamientos, que es factible ordenar a la AFP correspondiente, que proceda con la devolución 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 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, la Alta Corporación ha manifestado que sí es procedente y lo ha hecho en sentencias como las ya citadas, pero de forma más clara en las sentencias SL 3349-2021, SL359-2021 y SL3394-2022, en las 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."

Con base en lo anterior, la decisión de primera instancia será **CONFIRMADA.**

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 Primero Laboral del Circuito de Medellín, 15 de febrero de 2023.

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: **8216b6aed4306520073746a053b5d5067f8385223b575a8c9afdb7400e383fd6**

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