



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

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

Demandante: JAVIER ALONSO MARTÍNEZ MARTÍNEZ
Demandados: ACP COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Radicado: 05001 31 05 011 2019 00578 01
Sentencia: S-219

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 recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín el día 24 de febrero de 2023.

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:

JAVIER ALONSO MARTÍNEZ MARTÍNEZ demandó a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia de traslado realizada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al

Régimen de ahorro individual. Como consecuencia se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes, rendimientos y cuotas de administración sin solución de continuidad a COLPENSIONES. Pretende se condene en costas a las demandadas.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones que nació el 1º de marzo de 1961; que se vinculó al sistema general de pensiones el 29 de enero de 1979 a través del ISS hoy COLPENSIONES; que en 1994 se trasladó a PROTECCION S.A. convencido por una asesora del fondo, en donde se le expuso que el ISS estaba en crisis y se iba a acabar, que perdería su pensión y que en el RAIS tendría una mejor pensión; que esa asesoría no duró más de 20 minutos y que fue de forma individual; que para momentos del traslado no recibió información suficiente y adecuada sobre las implicaciones de dicho traslado; que a la expedición del Decreto 3800 de 2003 tampoco recibió ningún tipo de información; que nunca ha tenido ningún tipo de acompañamiento durante su afiliación; y que solicitó ante Colpensiones y Protección S.A. el traslado, los cuales fueron negados por estar inmerso en la prohibición legal de faltarle menos de 10 años para pensionarse.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, COLPENSIONES acepta la fecha de nacimiento del demandante, su vinculación al sistema general de pensiones; y la solicitud de traslado radicada ante Colpensiones, la cual fue negada, sobre los demás hechos indica que no le constan por tratarse de situaciones ajenas a su conocimiento. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación de traslado de régimen, prescripción de la acción de nulidad del acto jurídico, prescripción, buena fe, sostenibilidad del sistema financiero, presunción de legalidad de los actos administrativos, improcedencia de condena en costas, y declaración de otras excepciones.

PROTECCIÓN S.A. en su contestación expone que, es cierta la fecha de nacimiento del demandante; que es cierta su afiliación a PROTECCIÓN S.A. la cual fue el 28/10/1994; que no es cierto que se le haya dicho que el ISS se iba a terminar y que perdería su pensión; que es cierto que la asesoría fue realizada de forma individual; que no es cierto que por parte del asesor la administradora no se le haya brindado al demandante una asesoría, ya que ésta si se efectuó siendo de forma integral, clara y objetiva sobre las características del RAIS, como de su derecho de retracto; manifiesta que es cierta la solicitud de traslado, la cual fue negada; y que no le constan los demás hechos que no van dirigidos en su contra por no tener injerencia en ellos. Se opuso a las pretensiones de la demanda, ya que se está ante un acto totalmente existente. 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, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguros previsionales cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 24 de febrero de 2023, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la vinculación al RAIS del demandante por la administradora de pensiones PROTECCIÓN S.A.; **ORDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes como cotizaciones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje a la garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, la prima de reaseguro de Fogafín que se hubiere causado y los aportes al fondo de solidaridad pensional; **ORDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. a indexar los dineros a devolver por gastos de administración, primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, fondo de garantía de pensión mínima, reaseguro Fogafín y aportes al fondo de solidaridad pensional, sin aplicar equivalencia alguna e igualmente orden los conceptos aparezca

discriminados por la AFP con sus respectivos rendimientos valores junto por el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información que lo justifiquen; **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir estos aportes y reactivar la afiliación sin solución de continuidad; **CONDENÓ** en costas a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES; y **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación parcial frente a las costas, manifestando que la entidad es llamada para reconocer en el futuro las pensiones de las personas que se trasladan en la ineficacia, por lo que se realiza con el fin de salvaguardar los derechos sociales del demandante, es por esto que imponer unas costas en contra de Colpensiones, llevaría un detrimento patrimonial a la entidad, pues la condena en costas es argumentado por el juez en base al artículo 365 CGP, sin embargo, se debe tener en cuenta que la contestación es con el fin de salvaguardar el derecho a la defensa a Colpensiones. Es así que como se ha reiterado en varias sentencias del TSM Sala Laboral, las costas han venido siendo revocadas porque Colpensiones no es la principal entidad que dio la información, sino que fueron los fondos privados en los cuales recae la carga de prueba.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Dentro del término del traslado concedido a las partes, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión a través de los cuales expuso que la entidad es un tercero ajeno que no participó en la celebración del contrato de vinculación del demandante; que la voluntad del actor de emigrar a otro régimen fue un derecho que ejerció al momento de la afiliación, y el no poderse trasladar faltándole 10 años o menos para adquirir su pensión es una restricción razonable, toda vez

que en Colpensiones no ha establecido un capital para el reconocimiento y pago de la pensión en el futuro; que debe tenerse en cuenta la carga dinámica de la prueba, en donde se debe indagar en cada caso en particular las razones para trasladarse de los afiliados, ya que COLPENSIONES a tenido afectación en estas ineficacias; que se debe observar si existía o no obligaciones reciprocas conforme al contrato de afiliación, cuestionándose la manifestación de la voluntad de las partes al firmar el formulario. Manifiesta que se deben tener en cuenta las distintas etapas que han surgido del deber de información, y que si PROTECCIÓN S.A no brindó la correcta información, es esta la llamada a que le reconozca la prestación al demandante. Finalmente solicita se revoque la condena en costas por ser un tercero de buena fe, y si la decisión es confirmar la sentencia, se debe trasladar todas las cotizaciones, bonos, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, rendimientos, y todo debidamente indexado, para que no se afecte la sostenibilidad financiera.

CONSIDERACIONES:

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES 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)** JAVIER ALONSO MARTÍNEZ MARTÍNEZ nació el 1º de marzo de 1961; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, cotizando allí desde el 30 de octubre de 1985, acumulando 339,00 semanas; **iii)** y que el 28 de octubre de 1994¹ suscribió el respectivo formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. entidad en la que se encuentra actualmente vinculado.

¹ Folio 35 de la contestación de 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 1993², 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:

² Norma posteriormente actualizada por la ley 795 de 2003 “*ley por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero*”

*"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, 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.

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 afilió a la AFP PROTECCIÓN S.A. por intermedio de una asesora de esta sociedad quien le indicó que el ISS se iba a acabar por la entrada en vigencia de la Ley 100, y que por tal razón, debía afiliarse a un fondo privado en donde tendría una mejor pensión a futuro; expresa que durante todo el tiempo en que ha estado afiliado a PROTECCIÓN S.A. no se le ha brindado información sobre aportes voluntarios que fue algo que leyó en la prensa, mas no se lo informaron en el traslado, así como tampoco la heredabilidad de sus aportes; y que al momento del traslado no le informó que pasaría con las semanas que había cotizado en el ISS.

De lo antepuesto no se deriva 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 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”.

Debe indicarse además, que 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, no puede salir avante, toda vez que frete a este tema 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

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, dicha Corporación ha ordenado tal indexación 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.”

Condena en costas

Finalmente, el tema que cuestiona el apoderado de COLPENSIONES a través de su recurso de apelación, el cual tiene que ver con la condena en costas a 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, no siendo procedente la condena en costas, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia en tal sentido.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia deberá ser **CONFIRMADA y REVOCADA.**

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 Once Laboral del Circuito de Medellín, el día 24 de febrero de 2023, pero la **REVOCA** exclusivamente en cuanto condenó en costas a COLPENSIONES, para en su lugar absolverla por este concepto.

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: **93ff48f6ceacd8bc9441531858eeaaec7567f81bd70841eac10e31cd56dd0903**

Documento generado en 11/08/2023 01:48:33 PM

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