



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veinte (20) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: DORA PATRICIA HOLGUÍN GIRALDO
Demandados: ACP COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Radicado: 05001 31 05 001 2021 00047 01
Sentencia: S-281

AUTO

En atención a la escritura pública 3374 del 2 de septiembre de 2019 allegada al expediente, en la que se otorga poder general para representar a la ACP COLPENSIONES a la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERÍA S.A.S., se le reconoce personería como apoderada judicial a la Dra. ELIANA MORENO PEDROZA. Se accede además a la sustitución de poder presentada por la referida apoderada, a favor del Dr. DARÍO MAURICIO TOBÓN CHAMORRO, portador de la T.P. N° 271.442 del C. S. de la Judicatura, a quien se le reconoce personería judicial para actuar en los mismos términos que a la apoderada 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 Primero Laboral del Circuito de Medellín el día 24 de abril 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:

DORA PATRICIA HOLGUÍN GIRALDO demandó a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la nulidad o ineficacia del traslado o afiliación al Régimen de Ahorro Individual, dejándola sin efecto, declarando válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al RPM, asistiéndole el derecho de regresar al fondo público. Igualmente, que se declare que nunca obtuvo reasesoría antes de cumplir los 47 años de edad, por lo que debería ser COLPENSIONES quien reconozca la pensión de vejez si cumple con los requisitos a la fecha de proferir la sentencia.

Como consecuencia, pide se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes, incluidos rendimientos sin descuento por cuotas de administración, debiendo COLPENSIONES reactivar la afiliación, recibir los aportes trasladados y reconocer pensión de vejez si cumple con los requisitos al proferirse la sentencia de fondo, junto con los intereses de mora o en subsidio la indexación. Finalmente se condene a las demandadas a las costas del proceso.

De forma subsidiaria solicita se declare que por no brindarle PROTECCIÓN S.A. asesoría y buen consejo al momento del traslado, debe reconocer a título de indemnización de perjuicios como mesada pensional, el valor equivalente de lo que hubiese recibido si estuviera en el RPM, junto con los intereses de mora sobre cada una de las mesadas pensionales o en subsidio la indexación.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones que, nació el 22 de febrero de 1966; que fue afiliada al ISS hoy Colpensiones haciendo aportes entre octubre de 1985 y mayo de 1994 para un total de 330.71 semanas cotizadas; que se trasladó del RPM al RAIS a COLMENA S.A. hoy PROTECCION S.A. el 6 de mayo de 1994, cuando laboraba como secretaria de Cesantías y Pensiones COLMENA S.A.; que ha cotizado un total de 1.167,43 semanas en el RAIS, y en toda su vida laboral 1.498,14 semanas; que al momento del traslado no se le brindó información adicional de las condiciones del régimen, ni de las ventajas y desventajas de cada régimen; tampoco le brindó una reasesoría; que solicitó ante la AFP simulación pensional donde se le indicó que a los 57 años, sería su pensión con base en garantía de pensión mínima; que ante la misma entidad solicitó la nulidad o ineficacia de la afiliación, exponiéndosele que la asesoría no se extendió a ningún otro documento distinto al formulario de afiliación; que radicó reclamación ante Colpensiones en octubre de 2020, la cual fue negada; y finalmente indica que la mesada que recibiría en Colpensiones sería de \$2.161.712

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, COLPENSIONES manifiesta que es cierta la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS y el número de semanas ahí cotizadas; que también es cierta la reclamación administrativa a esta entidad, la cual fue negada; y frente a los demás hechos manifestó que no le constan toda vez que le corresponden a PROTECCIÓN S.A. negar o afirmar lo indicado en estos. Se opuso a todas las pretensiones, por carecer de fundamentación fáctica o jurídica. Como excepciones propuso inexistencia de nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, improcedencia de la afiliación, ausencia de requisitos para trasladarse del RAIS al RPM, imposibilidad de responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, indebida aplicación del

artículo 1604 del Código Civil, desconocimiento del precedente judicial, devolución de aportes y cuotas de administración debidamente indexados, prescripción, compensación, imposibilidad de condena en costas y buena fe.

PROTECCIÓN S.A. indicó que es cierta la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado del RPM a la administradora COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el número de semanas cotizadas en el RAIS, sin embargo, aclara que a la fecha la actora cuenta con 1214.57 semanas en el RAIS y que el total de semanas en su vida laboral son 1545.28 semanas; expresa que también es cierta la proyección pensional hecha por la AFP privada y la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación; que no es cierto que no se le haya explicado a la demandante las características del RAIS pues los asesores son personas capacitadas que cuentan con el conocimiento técnico para orientar a los posibles afiliados sobre las condiciones del régimen, por lo que se le brindó una asesoría clara y completa; y respecto a los demás hechos manifestó que no le constan por tratarse de situación con otras administradoras sobre los cuales no tiene ninguna injerencia. Se opuso a todas las pretensiones, toda vez que se está frente a un acto existente, válidos y exento de vicios del consentimiento. Como excepciones propuso la inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, inexistencia de devolver seguro previsional y comisión de administración.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 24 de abril de 2023, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS el 6º de mayo del 1994 a COLMENA S.A. hoy PORVENIR S.A., por falta al deber de información; **ORDENÓ** a COLPENSIONES que previa el recibo del correspondiente saldo de la cuenta de ahorro individual, la tenga válidamente afiliada al RPM y

homologar las semanas cotizadas al RAIS; **ORDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar el saldo total existente de la cuenta de ahorro de la demandante a Colpensiones, junto con sus rendimientos, cuotas de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres conceptos debidamente indexados y discriminados; **CONDENÓ** en costas a la sociedad a PROTECCIÓN S.A.; y se **ABSTUVO** de condenar en costas a COLPENSIONES.

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 del traslado concedido a las partes, COLPENSIONES en sus alegatos expuso que se debe modificar la sentencia de primera instancia, toda vez que la actora suscribió el traslado de manera voluntaria y solo hasta ahora pretende devolverse para Colpensiones debido a que le es más favorable para su pensión el RPM; que además teniendo en cuenta el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, esta se enmarca dentro de la prohibición legal; que además se debe tener en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema pensional; y que en caso de confirmarse la sentencia se ordene devolver todos los conceptos debidamente indexados.

Por otro lado, la parte demandante señaló que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que, a la demandante al momento de efectuar el traslado inicial de régimen pensional, no le brindaron una asesoría clara, completa y eficiente, la cual le permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones que en su futuro pensional acarrearía dicho traslado, por lo cual, ante la falta de esa

asesoría e información, no puede hablarse que el traslado de régimen pensional se dio de manera libre y voluntaria, así las cosas, al no ser libre y voluntaria la decisión por el desconocimiento de las consecuencias que este le ocasionaría, el mismo se torna ineficaz, tal y como lo indica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 271 del mismo texto normativo, y además trajo a colación sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

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)** la Sra. DORA PATRICIA HOLGUÍN GIRALDO nació el 22 de febrero de 1966; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional régimen de prima media en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -ISS- y realizó cotizaciones allí desde el 25 de octubre de 1985¹ con un total de 330,71 semanas; **iii)** y que el 6 de mayo de 1994² suscribió formulario de vinculación ante la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A, entidad en la que se encuentra actualmente afiliada.

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

¹ Folios 47 a 48 de la Contestación de la demanda de Colpensiones.

² Folio 22 de la demanda y 46 de la Contestación de la demanda de Protección S.A.

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 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 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*

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

podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador."

Así mismo, importa señalar al respecto, que la jurisprudencia laboral ha sido consistente, reiterada, pacífica y uniforme desde el año 2008, en señalar que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es un deber exigible desde su creación, advirtiendo, además, que en este tipo de casos la carga de la prueba recae sobre los fondos privados, especialmente por plantearse una afirmación indefinida como lo es el hecho que la persona afiliada no ha recibido la suficiente información, lo que solo puede ser desvirtuado con la prueba positiva por la cual se acredite que tal obligación sí se cumplió.

Tesis que se introdujo desde las sentencias 31.989 y 31.314, ambas del 9 de septiembre de 2008, por cuenta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyas consideraciones se han venido renovando y reiterando con el transcurso de los años a través de múltiples pronunciamientos. Cabe destacar lo que se dijo en aquellas primeras providencias, así, en la Rad. N° 31.989 de 2008:

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y

aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."

Del desarrollo jurisprudencial posterior se evidencian algunos ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado y que se resumen en lo siguiente:

- (i) El juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico;
- (ii) El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente, pues ello no demuestra por si solo que se hubiere brindado una información idónea, y se requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado;
- (iii) Le incumbe a la respectiva AFP del RAIS, por inversión de la carga de la prueba, demostrar que en el momento del traslado le suministró al afiliado (a) la información suficiente y completa sobre las consecuencias de tal decisión, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, según el cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo; y
- (iv) No es necesario ser beneficiario del régimen de transición o estar próximo a causar el derecho para que se produzca la ineficacia del traslado.

En el presente caso, no se observan pruebas fehacientes que permitan tener por acreditado que el fondo privado brindó, en el momento del traslado, una información integral de las condiciones subjetivas 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 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 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, cuando entró a trabajar como secretaria a Pensiones y Cesantías COLMENA S.A. la gerente regional de la sede de Manizales, al momento del firmar el contrato laboral le manifestó que debía afiliarse a COLMENA S.A.; que no recibió capacitación del nuevo régimen de seguridad social; que no tenía conocimiento de las implicaciones o condiciones de cómo era la pensión en el RAIS, como tampoco se le dio información sobre el bono pensional, ni del derecho de retracto y la prohibición legal de los 10 años o menos para adquirir la pensión; y que no conocía la importancia de los beneficiarios.

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 a la afiliada 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”*.

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 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 dada 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."*

En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia íntegramente.

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 el día 24 de abril 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: **ad80cdacfd4204aaf11de2d46c7d4d507d9ed2591435226ce987ea2ab2914e0c**
Documento generado en 20/10/2023 03:50:49 PM

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