

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, cuatro (04) de junio de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE	: MARTHA ELENA URIBE URIBE
DEMANDADO :	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-001-2019-00515-01
RADICADO INTERNO	: 107-21
DECISIÓN	: ADICIONA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 142

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el recurso de apelación, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con el **Decreto 806 de 2020**: “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la nulidad o ineficacia del traslado realizado del RPM al RAIS y se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al RPM administrado por Colpensiones, que tiene derecho a regresar a dicho régimen en Colpensiones y que dicha entidad debe reconocer la pensión de vejez si para la fecha de la sentencia ya cuenta con las semanas y la edad requerida. Como consecuencia de lo anterior se solicita se CONDENE a PROTECCION S.A a trasladar a Colpensiones, todos los valores y aportes realizados por la demandante en el RAIS sin ningún descuento por cuota de administración, y a COLPENSIONES a reactivar la afiliación en el RPM y a recibir los aportes trasladados por Protección S.A. De forma subsidiaria solicita se declare que PROTECCION S.A no cumplió con el deber de asesoría y buen consejo al momento del traslado previo análisis de los potenciales riesgos y se declare a título de indemnización de perjuicios que PROTECCION S.A debe reconocer como mesada pensional el valor equivalente a lo que hubiera recibido en el RPM, más los intereses moratorios, la indexación y las costas del proceso.

Como supuestos facticos manifestó que nació el 10 de octubre de 1965 y se afilió al ISS desde el 01 de noviembre de 1984, y cotizó hasta el 31 de marzo de 1992 un total de 433.57 semanas. Que se trasladó al RAIS a PROTECCION

S.A desde el 10 de noviembre de 1995 y ha permanecido allí desde dicha fecha. Que ha cotizado un total de 840.29 semanas al RAIS y efectuó 17.14 semanas en Colpensiones entre el 01 de agosto de 1997 al 30 de noviembre del mismo año. Que además tiene un total de 1.291 semanas cotizadas en toda su vida laboral. Que al momento del traslado Protección S.A no le brindó la debida información sobre las consecuencias del traslado. Que el 09 de agosto de 2012 cuando contaba con 46 años de edad solicitó al ISS el traslado de régimen y dicha entidad el 18 de septiembre de 2012 indicó que procedió a realizar la verificación y corrección pertinente del traslado de régimen y Protección S.A el 23 de noviembre de 2012 rechazó el traslado por la causal de "IMAGEN NO CORRESPONDE CON SOLICITUD". Que el 23 de diciembre de 2013 nuevamente solicitó a Colpensiones el traslado la cual fue negada por "afiliación ilegible". Que por todo lo mencionado Protección S.A no le brindo la debida asesoría ni cumplió con el deber del buen consejo ni al momento del traslado inicial ni antes de cumplir los 47 años de edad. Que además en simulación pensional realizada por Protección S.A el 23 de julio de 2019 indicó que para los 57 años de edad la mesada pensional sería de \$1.200.000. que además el 03 de julio de 2019 solicito la ineficacia del traslado tanto a Protección S.A como a Colpensiones siendo negada por esta última. Así mismo precisa que la mesada pensional en el RPM sería de \$2.464.960.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 26 de abril de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, DECLARO la ineficacia de la afiliación al RAIS que solicitó la demandante el día 10 de noviembre de 1995 a la AFP PROTECCIÓN S.A. ORDENO a COLPENSIONES, a tener a la demandante válidamente afiliada al RPM, y homologar las semanas cotizadas por ésta al RAIS, previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta. ORDENO a PROTECCIÓN S.A. trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, prima de reaseguros y cuotas de administración, estos últimos debidamente indexados. CONDENO en costas a PROTECCION S.A y fijó como agencias en derecho la suma de \$2.725.578. y se abstuvo de condenar en costas a Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de Protección S.A interpone recurso de apelación respecto de la orden de trasladar los porcentajes o cuotas de administración y las primas de reaseguro, precisando que no es procedente dicha devolución por tratarse de comisiones ya causadas durante la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante y los cuales fueron realizados por autorización legal conforme a una buena gestión de la entidad. Que ordenar dicha devolución implicaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante además de que se trasladarían los rendimientos generados fruto de la buena administración de la entidad por lo que la entidad tiene derecho a retener dicha suma como restitución mutua a su favor. Que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior ello implica que el contrato de afiliación nunca existió, que protección no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, así como que los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron. Frente al seguro previsional indica que el mismo fue girado a una aseguradora y dicha prima ya

fue pagada mes a mes a dicha entidad durante el tiempo de la afiliación y por lo tanto se encuentra imposibilitada para solicitar dicha devolución además de que la aseguradora es un tercero de buena fe. Que además sobre lo descontado para financiar las primas de los seguros previsionales opera el fenómeno de la prescripción al ser conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación de vejez. En el caso de confirmarse la condena para la devolución de los gastos de administración y seguros sería una condena en perjuicios para Protección el cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil que no fue materia del proceso ni fue probado. Que además de la inversión de la carga la prueba opera es con respecto a la ineficacia de la afiliación y no en cuanto a la demostración de los perjuicios.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Colpensiones presenta alegatos de conclusión manifestando que no se cumple el presupuesto del traslado antes de que le falten menos de 10 años para pensionarse, y que no es posible la declaratoria de la ineficacia ante la total inactividad de la parte demandante por mas de 25 años de afiliación en dicho régimen precisando además que dicha declaratoria implica un impacto económico para el RPM.

Y en caso de que se confirme la sentencia solicita trasladar todo concepto que repose en la cuenta de ahorro individual del afiliado. Conforme a las sentencias SL 4964, 2018, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1689 de 2019, 1452 de 2019, ordenar el traslado de las Cuotas de administración INDEXADAS, gastos de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, para que se garantice el financiamiento de la futura pensión en tanto tales conceptos no se pueden compensar con los rendimientos financieros, porque no hacen parte del fondo sino del demandante y entrarían hacer parte del fondo de naturaleza pública, dichos pagos se deben hacer de manera indexada como una sanción al fondo privado como castigo a los actos y omisiones que generaron la ineficacia.

La apoderada de la parte demandante presenta alegatos solicitando se confirme la sentencia de primera instancia bajo los mismos argumentos expuestos en la demanda relacionado con la falta de información.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar los gastos de administración, los seguros previsionales, y si a estos últimos puede aplicarse la prescripción. Así mismo en consulta a favor de Colpensiones deberá determinarse si hay lugar a devolver lo deducido para el fondo de garantía de pensión mínima, y si los gastos de administración y seguros deben ser devueltos de forma indexada.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante nació el 10 de octubre de 1965, y que estuvo afiliada en el ISS desde el 14 de febrero de 1985, y se trasladó a la AFP PROTECCION S.A a partir del 10 de noviembre de 1995.

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, pues esta indicó que se afilió a PROTECCION en el año 1995 cuando le llegó un asesor a una oficina donde estaba de asesora en la parte administrativa y de personal en la empresa acta consultores S.A, y se afilió porque era la que más sonaba y porque pertenecía al grupo antioqueño. Que no recuerda si tiene otras cotizaciones en cajas de previsión social diferentes al ISS. Que se vinculó en la alcaldía de Itagüí desde el 88, y trabajó en Edatel entre el 92 al 93. Que al momento del traslado no le informaron nada del bono pensional. Que no le informaron acerca de que le debían sacar un porcentaje para la administración de la cuenta, y que tampoco le hablaron de la posibilidad de retractarse. Que tampoco le hablaron de la heredabilidad de los aportes.

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

1. De la ineficacia del traslado

Se tiene que el derecho a la seguridad social es irrenunciable conforme el artículo 48 y 53 de la CP, por ello cualquier pretensión de cambio en las condiciones de este derecho pensional debe ser tomado de manera autónoma y consiente con una comprensión volitiva tal que no quede duda que la información entregada por la entidad para que, con la libertad e información, la persona pueda decidir si se cambia de régimen o no.

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria** por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”,* y si nos remitimos al art 271 de la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que *“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...”* no solo a la multa sino que dice en forma expresa *“... La afiliación respectiva **quedará sin efecto** y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*, o sea que se refiere a una ineficacia.

Desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados**- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora ...**”. (Resalto fuera del texto)

“OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.” (Resalto fuera del texto)

Este deber profesional que existe desde 1994, ese de información que permita al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la prueba correspondería a la entidad demandada**, y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL 12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

“...A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos pensionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;...”

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aún operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877 y 4811 de 2020, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PROTECCION S.A., no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de trasladarse de Colpensiones, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni

de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se genera que se haya violentado el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad PROTECCION S.A. aporte, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral e historia laboral válida para bono, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al RAIS, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado; y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por la demandante, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

2. De los efectos de la ineficacia

Respecto a la devolución de la **cuotas o gastos de administración debidamente indexadas** hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 y 1689 de 2019, y teniendo en cuenta que : 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, por ello, las restituciones mutuas se dan por efectos de la nulidad del contrato y no de la ineficacia 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte accionante en esta, en tanto que la cuota de manejo es administrada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 cuando señala, que la ineficacia genera que las cosas vuelven al estado en que se encontraban, y el Fondo de Pensiones debía devolver “los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a

destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

Suma que debe ser debidamente indexada al momento del pago conforme a la sentencia SL 1689 de 2019.

- **Las sumas adicionales de la aseguradora** tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, hay lugar a devolverlas **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 17595 de 2017 y SL 4989 de 2018, en donde se rememoró la sentencia 31989 de 2008 en la cual se dijo: *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema ..., sumas adicionales de la aseguradora,.”*

En virtud de lo anterior la sentencia de primera instancia debe ser ADICIONADA en este punto en particular ORDENANDO a PORVENIR a realizar la devolución de las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, por el tiempo que la demandante realizó aportes a dicho fondo, pero ambas debidamente indexadas.

- Frente al **porcentaje de garantía de pensión mínima**, considera la Sala que **debe ser devuelto** a Colpensiones, a teniendo en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a la AFP PROTECCION S.A, en tanto que la cuota de manejo es administrada directamente por el fondo de pensiones y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, cada administradora del RAIS deberá mantener en una cuenta separada los recursos que por concepto de “garantía de pensión mínima” recaude de sus afiliados, por lo que se debe realizar la devolución de dichos porcentajes a Colpensiones, debiendo ADICIONARSE la sentencia en dicho sentido.

2.1. En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN** de las cuotas de administración y seguros, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCION S.A en la suma de **\$908.526** por no haber salido avante el recurso de apelación interpuesto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín ORDENANDO a PROTECCION S.A a realizar la devolución de las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-001-2019-00515-01
Radicado Interno 107-21

Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, por el tiempo que la demandante realizó aportes a dicho fondo, pero ambas debidamente indexadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el entendido de que se ordena a PROTECCION S.A para que traslade con destino a COLPENSIONES los porcentajes deducidos para el fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de PROTECCION S.A en la suma de **\$908.526** por no haber salido avante el recurso de apelación interpuesto.

Las anteriores decisiones se notifican en ESTADOS

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
- SALA LABORAL - HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por estados N ° 098 del 08 de junio de 2021

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100>