



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sala virtual

Demandante: JOSÉ BENJAMÍN HIDALGO BALLESTEROS
Demandados: ACP COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Radicado: 05001 31 05 019 2017 00769 01
Sentencia: S-165

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 dar trámite al recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, el día 5 de noviembre de 2020.

De acuerdo a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

PRETENSIONES

JOSÉ BENJAMÍN HIDALGO BALLESTEROS, demandó a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se DECLARE la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad,

por violación al deber objetivo de información, y para que, en consecuencia, se declare que permaneció afiliado sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media, ordenando a PROTECCIÓN S.A. que traslade a COLPENSIONES la totalidad de los dineros acumulados en la cuenta de ahorro individual. Pretende además se condene en costas a las demandadas y se reconozca a cargo de PROTECCIÓN S.A. la indemnización de perjuicios por el equivalente al valor del contrato de servicios profesionales suscrito.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 23 de marzo de 1955; que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 17 de agosto de 1982; que el 1 de octubre de 1997 comenzó a realizar cotización a PROTECCIÓN S.A. por el error en el que lo hizo incurrir un promotor de esa entidad; que en ese momento no se le suministró la información y asesoría necesaria para adoptar en debida forma esa decisión, ni le informaron de manera precisa los alcances de ese traslado; que tampoco le advirtieron acerca de las consecuencias legales y económicas que tendría con el cambio de régimen pensional; que en el año 2006 recibió una re asesoría en la que se le informó que lo más conveniente para él era permanecer en el Régimen de Ahorro Individual; y que una proyección actualizada de su situación pensional muestra como en el RAIS alcanzaría una mesada pensional de apenas \$1`640.900, mientras que de regresar a COLPENSIONES podría llegar a ser de \$2`834.991.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES acepta la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación al ISS desde 1982 y el posterior traslado a la AFP PROTECCIÓN S.A., indicando frente a los demás hechos que no le constan por tratarse de situaciones ajenas a su conocimiento. En cuanto a las pretensiones, señala que solo se opone a una eventual

condena en costas y que, de declararse la nulidad de traslado de régimen, éste deberá hacerse con todos los frutos y rendimientos existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante. Como excepciones propuso prescripción, inexistencia de vicio en el consentimiento, imposibilidad de condena en costas y compensación.

PROTECCIÓN S.A. a su turno, se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación del demandante a esa entidad obedeció a una decisión libre y voluntaria, por lo que nos encontramos ante un acto jurídico existente, válido y exento de vicios del consentimiento. Frente a los hechos acepta solamente lo relacionado con la fecha de nacimiento del demandante y la afiliación a esa entidad, negando los demás especialmente por haber cumplido con el deber de información acerca de sus condiciones personales y de las variables que inciden en el reconocimiento de la pensión en ese régimen. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, reconocimiento de restituciones mutuas e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y la prima del seguro previsional.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 5 de noviembre de 2020, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín ABSOLVIÓ a las entidades demandadas de las pretensiones formuladas en su contra por el demandante, al considerar que en su caso sí hubo un asesoramiento y que la información fue comprensible. Además, le ordenó el pago de las costas del proceso a favor de PROTECCIÓN S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$300.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, la parte actora interpuso recurso de apelación indicando que la información que los fondos deben dar a sus

posibles afiliados antes de suscribir el formulario de traslado de régimen, no es de cualquier tipo, así lo ha precisado la amplia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En el presente caso, si bien es cierto el demandante en su interrogatorio admite alguna asesoría que se le dio por parte del fondo privado, se tergiversa o mal interpreta la información entregada en su declaración. El demandante manifiesta que se le dijo que se podía pensionar antes de la edad establecida en la norma o que su pensión en el RAIS dependía del capital, pero también es claro que la información que se le dio por parte del fondo no se ajustaba a la realidad. Como él mismo lo dice, las expectativas que se le generaron, como trabajador independiente que era, fueron demasiado amplias respecto a la realidad, lo que comporta una información sesgada.

No puede desconocerse que si bien es cierto la afiliación inicial es importante, en el caso del demandante también para él fue claro y contundente cuando menciona las razones para cambiar de fondo diciendo que el ISS se iba a acabar y se iba a quedar sin pensión. La obligación del fondo pensional era desvirtuar las versiones que para ese momento se estaban dando, y la liquidación del ISS ocurrió apenas en el año 2012 cuando esa afiliación se había producido desde 1997. PROTECCIÓN S.A. ha incumplido con la obligación de información según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL 4964 de 2018, ya que no le suministró una correcta asesoría según lo consagra el decreto 663 de 1993, esto es, desde el nacimiento mismo de los fondos privados, sumado al decreto 720 de 1994 por lo que sí existía desde aquel momento esa obligación de información a los posibles afiliados, sin que sea suficiente la suscripción del simple formulario de vinculación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término del traslado de que trata el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó sus alegatos

de conclusión indicando que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga. Sostiene que la afiliación efectuada por el demandante al RAIS goza de plena validez, pues en el momento en el que decidió trasladarse de régimen, estaba aceptando las condiciones pensionales allí establecidas y lo que se avizora es una inconformidad con la mesada pensional y por eso ahora alega una supuesta falta de información que en todo caso le incumbe a la parte que afirma demostrar los hechos que sustentan su demanda, lo cual se pudo verificar en el interrogatorio practicado que no fue así, por lo que concluye que no es posible, ni jurídicamente válido, acceder a las pretensiones del accionante por lo que se debe exonerar a COLPENSIONES de toda responsabilidad.

CONSIDERACIONES:

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado plenamente acreditados, se tiene: (i) el señor JOSÉ BENJAMÍN HIDALGO BALLESTEROS nació el 23 de marzo de 1955 (fl. 14); (ii) estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES realizando cotizaciones desde el 17 de agosto de 1982, acumulando en esa entidad un total de 297.71 semanas de cotización (fl. 28); y (iii) se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, representado en este caso por la AFP PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad el 1 de noviembre de 1997, según formulario de vinculación diligenciado el 24 de septiembre de ese mismo año, (fl. 135).

Ahora, según viene de verse, el demandante pretende se declare ineficaz su traslado al RAIS administrado en este caso por PROTECCIÓN S.A. y consecuencialmente se declare que su afiliación válida es la que corresponde a COLPENSIONES, con apoyo en que recibió un asesoramiento insuficiente e inadecuado por parte de los promotores del fondo privado, dado que, al momento de tramitar el traslado, no se tuvo en cuenta su situación particular, lo que ocasionó que abandonara un régimen que claramente le era más favorable.

Al respecto, importa reiterar, tal y como ha sido dicho en múltiples providencias en las cuales se ha dirimido el tema de la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que la jurisprudencia laboral ha sido consistente, reiterada y uniforme desde el año 2008, en señalar que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, amplio y suficiente, es un deber exigible desde su creación.

Así lo señaló desde las sentencias 31.989 y 31.314 ambas del 9 de septiembre de 2008, cuyas consideraciones se han venido reiterando con el transcurso del tiempo, y en el año 2019 la tesis fue consolidada y perfeccionada, como puede verse en las sentencias SL 1421, SL 1452, SL 1688 y SL 1689, todas, se repite del 2019. Como sentencia-hito sobre el tema, cabe destacar lo que se dijo en aquella primera providencia, 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."

Ya en la sentencia SL 1452-2019, Rad. 68852 del 3 de abril de 2019, la Corte Suprema de Justicia robusteció el criterio que apunta a considerar, como ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado, los siguientes: (i) el juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico; (ii) que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente, pues se requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado; (iii) que 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 art. 1604 del Código Civil, según el cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo; y (iv) que no es necesario estar ad portas de causar el derecho o tener un derecho consolidado para que se produzca la ineficacia del traslado.

En la misma providencia, se analizaron los diferentes estadios de la evolución normativa respecto de esta exigencia, cada uno de ellos con regulaciones propias que apuntan a la misma finalidad en cuanto a la garantía para el afiliado de su derecho a una debida información, bien al momento de elegir el régimen pensional, ora cuando opte por trasladarse de régimen. Exigencias que se tornan cada vez más rigurosas, así:

1. Partiendo de una primera fase, compuesta por aquellas disposiciones que se derivaron de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 literal b), 271 y 272, así como el decreto 663 de 1993, momento para el cual, el alcance mínimo del deber de información incluía la ilustración de "*las características, condiciones, acceso,*

efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”

2. Vino luego una segunda etapa a partir de la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010, caracterizado porque obligó al análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y de los pormenores de los regímenes pensionales, Y
3. Un tercer periodo que viene dado desde la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015, el cual lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

A juicio de la Sala, al contrario de lo argumentado en la sentencia de primera instancia, en el presente caso no es posible concluir que al demandante se le hubieran dado a conocer todas las consecuencias que la decisión del traslado acarrearía en su futuro pensional.

De sus declaraciones se advierten simplemente afirmaciones genéricas y estereotipadas como que el ISS iba camino a acabarse, o que para él resultaría más favorable trasladarse que no hacerlo, o algunas más concretas como que tendría una cuenta de ahorro individual que iba a generar rendimientos de acuerdo a las condiciones del mercado, o que podría pensionarse de manera anticipada siempre y cuando el capital acumulado fuera suficiente; sin embargo, ni siquiera ello implica que la entidad le haya suministrado una información precisa y suficiente, y mucho menos completamente veraz respecto de su situación concreta, personal o subjetiva.

Téngase en cuenta que en su interrogatorio el demandante afirma, además, que de permanecer en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES su plata acumulada hasta ese entonces se iba a perder, que nada distinto le explicaron ya que la información fue “muy

poquita" y que su principal motivación para trasladarse era la situación del ISS.

Significa lo anterior, que si bien el demandante contaba con cierta ilustración acerca de las condiciones en que se adquiere una pensión en el RAIS, no se logró acreditar que la entidad hubiera informado en detalle muchas otras situaciones igualmente importantes como por ejemplo y con claridad, las ventajas y desventajas en uno u otro régimen, la posibilidad de retractor que tenía, el funcionamiento e importancia de los bonos pensionales, las modalidades de pensión, los requisitos para una pensión anticipada y mucho menos le entregaron documentación alguna relacionada con la información suministrada.

Se insiste, otra cosa sería que el fondo hubiera acreditado que en su momento realizó un análisis completo de las condiciones concretas del afiliado, teniendo en cuenta aspectos como la conformación de su grupo familiar y las cotizaciones hasta ese momento realizadas; o que se le hubiera explicado bajo qué circunstancias se genera el reconocimiento de la pensión en uno u otro régimen y, se insiste, tanto las ventajas como las desventajas de ambos regímenes, para que, con un panorama completo, detallado, claro y suficiente, pudiera tomar una decisión a conciencia, hecho que según las pruebas del proceso, no ocurrió.

Téngase en cuenta igualmente, que la decisión del traslado de régimen supone un asunto complejo, cuyo alcance y comprensión se halla, ordinariamente, fuera del conocimiento del ciudadano común; que puede requerir de un espacio analítico y comparativo en el tiempo; que reviste de una importancia vital en cuanto atañe al sostenimiento congruo a futuro del afiliado y que no puede ser asumido de manera general, sino que cada caso es especial.

Todo lo anterior permite dar aplicación al art. 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”*.

A juicio de la Sala y a modo de conclusión, es posible considerar que era obligación del fondo privado demostrar que en aquel instante en que se produjo el traslado del Sr. JOSÉ BENJAMÍN HIDALGO BALLESTEROS, entregó toda la información necesaria para adoptar una decisión informada y evidentemente en este caso ello no ocurrió.

Así las cosas, se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se declarará la ineficacia del traslado efectuado por el señor JOSÉ BENJAMÍN HIDALGO BALLESTEROS del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado en este caso por PROTECCIÓN S.A., el día 24 de septiembre de 1997. Así mismo, se ordenará a PROTECCIÓN S.A. que proceda a trasladar a COLPENSIONES el valor de los aportes recibidos por la afiliación, incluyendo rendimientos financieros y sin descontar valor alguno por concepto de gastos de administración, comisiones, garantía de pensión mínima y cuotas de seguros y reaseguros.

Adicionalmente, se ordena a COLPENSIONES reactivar la afiliación del demandante y recibir las anteriores sumas sin que exista solución de continuidad en la afiliación, teniendo en cuenta que no es ello más que un efecto 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 se ha adoptado acogiendo lo que en tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en la sentencia SL 4964 del 14 de noviembre de 2018, rad. 54814, remitiéndose a la sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que precisó lo siguiente:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. “

Postura corroborada además en la sentencia 68838 de mayo 8 de 2019 que remite a las sentencias SL 31989 de 2008; SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 y SL 1421 de 2019.

Indemnización de perjuicios.

Finalmente, se evidencia que la parte actora también solicita con la presente demanda, además de la declaratoria de ineficacia de traslado, los supuestos perjuicios que PROTECCIÓN S.A. le ocasionó con el traslado realizado al RAIS.

Sin embargo, se trata de una pretensión que no está llamada a prosperar según el criterio que en tal sentido ha mantenido de manera uniforme este Tribunal a través de sus distintas salas de decisión. El hecho de que haya sido necesario contratar y pagar unos honorarios profesionales a un apoderado judicial para obtener esa declaratoria de ineficacia y poder retornar a COLPENSIONES, no es una obligación que deba imponérsele en este caso a PROTECCIÓN S.A., en tanto la decisión adoptada en esta instancia conlleva el pago, a cargo de dicha entidad, de las costas procesales, concepto dentro del cual van incluidas las agencias en derecho y que se reconocen

precisamente como una forma de resarcir los gastos que la parte tuvo que afrontar para el pago de los honorarios de su abogado.

Indemnización por perjuicios que de todas maneras solo procede cuando se encuentran debidamente acreditados en el juicio. Dicho de otro modo, se trata de una pretensión que no tiene ningún respaldo fáctico, ni mucho menos probatorio que le permita a la Sala tener claridad acerca de la existencia de ese perjuicio, por lo que no hay lugar a su reconocimiento.

Sin costas en esta instancia. En primera instancia estarán a cargo de PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante.

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:

REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado **19** Laboral del Circuito de Medellín, el día 5 de noviembre de 2020, y en su lugar dispone: **1) DECLARAR** la ineficacia del traslado del señor JOSÉ BENJAMÍN HIDALGO BALLESTEROS del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado a PROTECCIÓN S.A. el 24 de septiembre de 1997; **2) ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A., que proceda a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el valor de los aportes recibidos por la afiliación del demandante, así como los rendimientos financieros y sin descontar suma alguna por cuotas de administración, porcentajes de seguros y reaseguros, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima; **3) ORDENA** a COLPENSIONES recibir las anteriores sumas, incluirlas en la historia laboral como semanas cotizadas y reactivar la afiliación del

demandante a esa entidad; **4)** En lo demás, se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia. En primera instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante.

Lo resuelto se notifica por ESTADOS en los términos del artículo 295 del Código General del Proceso, tal y como había sido anunciado al momento de dar traslado para alegar.

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

Que la presente providencia se notificó por estados N° 132
del 29 de julio de 2021

Consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>

Firmado Por:

JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ

MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

JAIME ALBERTO ARISTIZABAL GOMEZ

MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

FRANCISCO ARANGO TORRES

MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

Código de verificación: **5b9631b0a531f6187e5e435941cc0f9e9b31472372964ef57c3da7ef57ea6217**

Documento generado en 28/07/2021 01:37:29 PM