

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**RAD: 17001-3105-001-2019-00034-02 (16172)
DEMANDANTE: RAFAEL MEJÍA ESTRADA
DEMANDADO: COLPENSIONES
PROTECCIÓN S.A.**

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA DORIAN ÁLVAREZ

MANIZALES, VEINTITRÉS (23) DE JULIO DE DOS MIL VEINTE (2020)

En la fecha, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 16 de junio de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Manizales, Caldas, así como el grado jurisdiccional de consulta frente a la mencionada providencia, en favor de esta última entidad, en relación con las condenas adversas a sus intereses, que no fueron objeto de alzada, previa deliberación de los Magistrados que la integran y de conformidad con el acta de discusión Nro. 069, acordaron la siguiente providencia:

1. Antecedentes relevantes

El señor Rafael Mejía Estrada presentó demanda ordinaria de seguridad social, pretendiendo que se declare la “anulación por ineficacia” de su afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad; en consecuencia, deprecia que se ordene su traslado y afiliación a COLPENSIONES; que se ordene a PROTECCIÓN S.A. la devolución al régimen de prima media de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos que se hubieran causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, gastos de administración o cualquier otro y; que en caso de haberse otorgado pensión por parte de PORVENIR S.A., previo a dictar sentencia, se le condenen a seguir pagando la misma hasta que se realice el traslado (folios 237 y 238, C2).

Como fundamentos de sus pretensiones afirma que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 1 de octubre de 1987; que como consecuencia de la publicidad y la gestión realizada por los fondos privados de pensiones se trasladó del régimen pensional en el que se encontraba desde el 1 de enero de 1995, a Davivir Pensiones y Cesantías, actualmente PROTECCIÓN S.A.; que el mencionado fondo pensional, al momento de su afiliación y traslado, solamente se limitó a llenar un formato preestablecido sin brindarle información completa, veraz, adecuada, suficiente, cierta y objetivamente verificable que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen y comprender los beneficios o consecuencias negativas que ello le acarrearía; aseveró, que el fondo demandado no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión en ambos regímenes, ni le informó qué edad debía cotizar o el capital que debía ahorrar, y demás datos necesarios para proyectar la mesada pensional; que los fondos privados publicaron información que faltaba a la verdad u ocultaron la misma.

Añadió, que solicitó a la AFP demandada copia de los documentos que entregó al haber tomado la decisión, pero no le dieron respuesta; que solicitó a COLPENSIONES anular el traslado y a PROTECCIÓN S.A. anular la afiliación, pero ambas rechazaron su solicitud; indicó, que en el evento de haber seguido cotizando al régimen de prima media, tendría derecho a una pensión aproximada de \$6.098.430, mientras que en el régimen de ahorro individual tendría derecho a una de \$1.585.010 (folios 234 a 237 ibídem).

1.1. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento (oficio sin enumeración, visible entre folios 277 y 278 ib.).

1.2. Contestación de PROTECCIÓN S.A.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, tras estimar principalmente que al demandante no se le impuso la selección del régimen de ahorro individual; que no se le impidió trasladarse al régimen de prima media, pero no lo hizo de forma oportuna; que la asesoría brindada de parte de PROTECCIÓN S.A. fue acorde a la información existente para la fecha de selección de régimen y según la normativa del sistema general de pensiones; que no tenía

un derecho adquirido a determinado monto de pensión de vejez que evidenciara que su afiliación al RAIS le generaría un perjuicio.

Por lo anterior, invocó las excepciones de mérito que denominó: “prescripción”, “validez y eficacia de la selección del régimen de ahorro individual”, “buena fe y confianza legítima”, “compensación” e “innominada o genérica” (folios 315 a 334, cuaderno 2).

1.3. Contestación de COLPENSIONES

A los pedimentos de la demanda se opuso COLPENSIONES, manifestando que no le constaban la mayoría de hechos de la demanda, aduciendo que no le asiste derecho al demandante para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, pues omitió el deber de demostrar que la misma adolecía de algún tipo de vicio en su consentimiento; que en el proceso no existe prueba que sustente los hechos de la demanda, pues el demandante para la fecha de afiliación no solicitó una proyección de lo que sería su mesada pensional en el RAIS; que iría en contra de la sostenibilidad financiera del sistema el pretender retornar al RPMD una vez realizados los cálculos y verificar que recibiría una mesada pensional superior.

Presentó las excepciones de fondo que denominó: “validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad”, “inaplicabilidad del criterio jurisprudencial para conservar el régimen de transición”, “invalidéz del retorno al régimen de prima media con prestación definida”, “prescripción”, “buena fe” y “declarables de oficio” (folios 374 a 381 ibídem).

1.4. Fallo de Primera Instancia

El Juzgado de primera instancia declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por los entes demandados; en consecuencia, declaró que el traslado de régimen pensional que realizó el demandante el 1 de enero de 1995, es ineficaz, por lo que debía entenderse que siempre perteneció al régimen de prima media.

En consecuencia, le ordenó (i) a COLPENSIONES que reciba al demandante y lo tenga como afiliado al régimen de prima media y a (ii) PROTECCIÓN S.A. que devuelva los dineros que tenga depositados el demandante en su cuenta de ahorro individual, con los correspondientes rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración, a partir del 1 de febrero de 1995. Finalmente absolvió a las codemandadas de las pretensiones restantes y no condenó en costas.

Para arribar a tal conclusión, sostuvo que si el afiliado afirma no haber recibido información suficiente, que le permitiera expresar un consentimiento libre e informado, es decir, que no recibió la información suficiente cuando se afilió, esto constituye un supuesto que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, por lo que, es deber de la administradora demostrar que sí brindó la suficiente información; que la entidad demandada debió acreditar que le brindó al demandante una información clara y precisa, en torno a los efectos que acarrearían para él el cambio de régimen, la fijación de las condiciones para el disfrute de la pensión, las modalidades de pensión que el régimen ofrecía, las ventajas y desventajas que el traslado conllevaría para que el actor al momento de suscribir el formulario de afiliación contara con un consentimiento informado y pudiera tenerse el mismo como eficaz; añadió, que el hecho de suscribir el formulario de afiliación no es suficiente para decir que conoció las circunstancias de su traslado y ello no libera a la AFP de su deber de demostrar de manera fehaciente que brindó una asesoría veraz, clara y concreta; que el actor no recibió la información adecuada y sólo ahora, que se encuentra ad portas de cumplir los requisitos para adquirir la calidad de pensionado, ha venido a conocer un poco acerca del tema (min. 58:19 a 1:38:50, archivo mp4, AUD. VIRTUAL 17001310501-2019-00034).

1.5. Recurso de apelación de PROTECCIÓN S.A.

PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación, sobre la devolución de gastos de administración, indicando que devolver los gastos de administración con cargo a las propias utilidades constituye una remuneración injustificada para el demandante, porque las gestiones de la AFP generan unos rendimientos que no serán reconocidos por nadie; que más allá de un negocio jurídico que nunca existió, tales consecuencias sí tuvieron lugar; que de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, no es aplicable por analogía a la ineficacia, puesto que la normativa regula los efectos de la nulidad y es bien sabido que entre normas sancionatorias del negocio jurídico no puede existir analogía, más allá de lo que haya determinado la jurisprudencia porque se están contrariando principios generales del derecho; que la comisión por gastos de administración es una remuneración autorizada por la Ley, por lo que, tales dineros ingresan en el patrimonio de la administradora más allá del futuro o las consecuencias del negocio jurídico (min 1:39:03 a 1:40:33 ibídem).

1.6. Recurso de apelación de COLPENSIONES

La apoderada de esta entidad apeló argumentando que en este caso no se probó ningún vicio del consentimiento; que el actor no solicitó información a través de los años ya que no se dirigió a la sede de esa entidad o del otrora ISS para informarse sobre las ventajas y pormenores de su traslado; que al demandante en la re asesoría se le informó que podía regresar al régimen de prima media y este no lo hizo.

Expresó que el demandante afirmó que su intención de traslado fue la de obtener mejor rentabilidad al momento de causar el derecho pensional, por lo que no es aceptable que cuando verificó que tendría mejor mesada en COLPENSIONES pretenda regresar al mismo, ya que estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema, puesto que los aportes no se harían con el cálculo actuarial necesario, afectando la garantía de los demás cotizantes (min. 1:40:43 a 1:42:28 ibídem).

1.7. Grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES

Igualmente, se conocerá el asunto en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en los aspectos de la sentencia que le resultaron desfavorables y que no fueron apelados.

2. Trámite de segunda instancia.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, el cual reguló el procedimiento de la apelación en materia laboral, a través de auto del 1 de junio de 2020, (i) se admitieron los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta y, (ii) se corrió traslado, inicialmente, a la parte apelante, compuesta por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. por el término de cinco (5) días, para que dentro del mismo presentaran sus alegaciones, para que luego, vencido el anterior término, lo hiciera la parte demandante por el mismo término.

2.1. Alegatos de conclusión.

Entre el 8 y el 14 de julio de 2020 corrió el término de traslado a favor de la parte apelante, compuesta por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

Ambas entidades hicieron uso de tal derecho, iterando los argumentos expuestos en la sustentación de la alzada (memoriales allegados el 14 de julio de 2020 a la Secretaría de la Sala). La primera entidad solicitó que se modificara de forma parcial la decisión de primer grado y en su lugar, se le absolviera de las

pretensiones incoadas, mientras la segunda, solicitó la revocatoria total de la providencia.

A favor de la parte demandante, el término de traslado para alegar le corrió entre el 15 y el 22 de julio de 2020, haciendo su presentación a través de memorial allegado el 15 de julio hogaño, en el que solicitó confirmar la decisión de primer grado.

Estudiado el cumplimiento de los presupuestos procesales y además, verificada la ausencia de causales de nulidad aparentes por declarar, entra la Sala a determinar los siguientes:

3. Problemas jurídicos

Se debe determinar si es procedente decretar la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad y si, en consecuencia, es ajustada la orden impartida a PROTECCIÓN S.A. de trasladar a COLPENSIONES los dineros del accionante, junto con los gastos de administración, y en caso positivo, con relación a estos, determinar si su traslado de un fondo a otro constituye un enriquecimiento sin causa a favor del demandante, generando un detrimento patrimonial para PROTECCIÓN S.A.

Por razones metodológicas, se estudiará en primer lugar el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, posteriormente se abordará el recurso presentado por PROTECCIÓN S.A. y, finalmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta que opera a favor de la administradora pública.

4. Consideraciones de la Sala

Recurso de apelación de COLPENSIONES.

Está relevado de debate que el señor Mejía Estrada (i) se afilió al régimen de prima media en el año 1987, conforme se detalla en la documental obrante a folio 50 del cuaderno 1; (ii) suscribió el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. (traslado de régimen) el 1 de enero de 1995, según se observa a folios 56 y 57 ibídem y; (iii) solicitó trasladarse nuevamente del régimen de ahorro individual al de prima media, siendo negada su solicitud.

Con relación a lo expuesto por la vocera judicial de COLPENSIONES, se hace necesario recordar que, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre la posibilidad de dejar sin efectos el traslado que haga un afiliado de un régimen pensional a otro, ha sido pacífica en indicar que las administradoras pensionales deben garantizar que la afiliación de una persona sea producto de una “decisión informada”, verdaderamente autónoma y consciente, en la cual el potencial usuario sea enterado de las reglas y condiciones de cada uno de los regímenes pensionales y conozca no sólo los beneficios, sino también los riesgos y desventajas que le comportaría el cambio de régimen; lo cual es lo que permite estimar si el traslado cumplió con los mínimos de transparencia para asignarle validez (CSJ SL 31989 y la 31314 del 9 de septiembre de 2008, SL12136-2014, SL17595-2017, SL4964-2018, SL037, SL1421 y SL1452 de 2019).

Además, la Alta Corporación también ha precisado que la prueba judicial de la diligencia debida o del cumplimiento del deber de información le corresponde a la administradora pensional y no al afiliado.

Ahora, en tratándose de traslado de régimen pensional la transparencia es una norma de diálogo que impone a la administradora de pensiones la obligación de dar a conocer al afiliado toda la verdad objetiva de los regímenes, “evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro” (SL1452-2019), por ello en cumplimiento de su obligación de informar a los usuarios, debe hacerlo en forma cierta, suficiente y oportuna.

De los medios de prueba reseñados no puede deducirse que en los momentos previos al traslado se le hubiera suministrado al demandante información suficiente en torno a los aspectos a favor y en contra tanto del régimen de ahorro individual como del régimen de prima media, pues de acuerdo a sus circunstancias específicas, la firma del formulario pre-impreso allegado (folios 56 y 57), al igual que las afirmaciones dadas por el demandante al rendir su interrogatorio, son insuficientes para dar por demostrado el cumplimiento del deber de información.

Ciertamente, PROTECCIÓN S.A. tenía el deber ineludible de obtener del afiliado un consentimiento informado, esto es, la comprensión de haber recibido información clara, cierta y oportuna. De ese modo, no es suficiente que se le hubiera dicho que podría recibir una pensión mayor que el régimen de prima

media, que podría pensionarse más joven o que el I.S.S. iba a desaparecer, lo cual, si bien podría pensarse son algunos de los beneficios virtuales propios del RAIS, el conocimiento de ello, a juicio de la Sala, no es suficiente para predicar que al demandante se le brindó información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, correspondiéndole por tanto, a la administradora pensional privada demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por otra parte, las administradoras pensionales han tenido responsabilidades cada vez más exigentes con el paso del tiempo en punto de la información que han de brindar; sin embargo, lo cierto es que, desde su creación, contaban con el deber de suministrar una información completa a los usuarios, teniendo en cuenta su estructura especializada en la materia, circunstancia que ha sido ampliamente explicada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias citadas con precedencia.

Concomitante con lo anterior, la entidad administradora de pensiones PROTECCIÓN S.A., tenía el deber ineludible de obtener del afiliado un consentimiento informado, esto es, la comprensión de haber recibido información clara, cierta y oportuna.

Además, las administradoras pensionales han tenido responsabilidades cada vez más exigentes con el paso del tiempo en punto de la información que han de brindar; sin embargo, lo cierto es que, desde su fundación, contaban con el deber de suministrar una información completa a los usuarios, teniendo en cuenta su estructura especializada en la materia, circunstancia que ha sido ampliamente explicada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias citadas con precedencia.

Respecto a que no se acreditó con suficiencia un vicio en el consentimiento al momento del traslado, habrá que decirse que desde la sentencia de primera instancia se fincó la ineficacia del traslado de régimen en la omisión del fondo pensional en cuanto al suministro de información al potencial afiliado, no en circunstancias como el error, la fuerza o el dolo.

En suma, al no existir prueba de un suministro completo de información por parte de PROTECCIÓN S.A., al señor Mejía Estrada, no es dable a la Colegiatura tener por acreditado el consentimiento informado que exige la jurisprudencia para la eficacia del traslado de régimen pensional.

Por otra parte, sobre la posible afectación a la sostenibilidad del sistema, la Sala observa que allí la vocera judicial de COLPENSIONES se limitó a efectuar un cuestionamiento de orden general y macroeconómico, siendo un planteamiento que no tiene la virtualidad de derruir lo concluido en este proceso y que se advierte más bien como una crítica general a la forma en que está funcionando actualmente el sistema pensional en el país, lo cual escapa al objeto puntual del presente litigio. Igualmente, la motivación que el demandante tenga para haber presentado la demanda que dio inicio al presente trámite no tiene incidencia a la hora de desatar el tema de fondo.

Recurso de apelación de PROTECCIÓN S.A.

Con relación a los gastos de administración y el eventual enriquecimiento sin causa a favor del afiliado al ordenar su devolución, es menester rememorar que cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica de un acto o contrato, bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia siempre es la misma: retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc* o desde siempre, por lo tanto, y en disonancia con lo que establece el apoderado de PROTECCIÓN S.A., la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad la devolución con cargo a sus propios recursos de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración indexados.

Como sustento de lo anterior, en sentencias como la SL17595-2017, SL4989-2018 y SL1689-2019, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha venido decantando que la ineficacia del traslado al RAIS implica que deben "(...) retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no hubiera ocurrido (...)".

Aunado a lo anterior, es menester rememorar que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad que este debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, además de los bonos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, por cuanto las pensiones a cargo de COLPENSIONES se cimientan en un fondo común de naturaleza pública por lo que no podría trasladarse a este, los efectos nocivos como la desfinanciación del capital (SL4933-2019).

Grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES

Una vez decantado lo anterior, procede la sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad de seguridad social, se advierte que las excepciones propuestas en su contestación no pueden salir avante, pues parten del supuesto de que la afiliación fue eficaz y de que ahora el accionante no puede retornar al régimen inicial, lo cual va en contravía a lo concluido con antelación.

De igual manera, la buena fe, propuesta como excepción, aunado a que no está acreditada, no es argumento suficiente para dejar de declarar que el cambio de régimen no surtió efectos. La de prescripción tampoco prospera, pues la Sala de Casación Laboral, en sentencias como la SL1688-2019 determinó que la acción de ineficacia de traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible, pues se trata de constatar un hecho o estado jurídico surgido con anterioridad al inicio del litigio, del que penden consecuencias legales.

De igual forma, no es posible modificar en esta instancia la orden en contra de COLPENSIONES de proceder a aceptar el traslado del señor Mejía Estrada, como quiera que es un mandato consecuencial a la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional y en la actualidad, es la única administradora del régimen de prima media con prestación definida.

Finalmente, y por encontrarlo procedente, se adicionará la providencia de primer grado en el sentido de ordenarle a PROTECCIÓN S.A. que al momento de trasladar los gastos de administración, los deberá hacer debidamente indexados, con base en lo ordenado en la sentencia SL4360-2019.

En síntesis, se confirmará la sentencia de primer grado en lo demás.

Se impondrán costas de segundo grado a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, en favor del demandante, por no haber prosperado su recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal quinto de la sentencia proferida el 16 de junio de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Manizales, Caldas, en el sentido de que PROTECCIÓN S.A. también deberá trasladar a COLPENSIONES la indexación de los gastos de administración, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la sentencia de primera instancia.

TERCERO: IMPONER costas de segunda instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, en favor del demandante, por no haber prosperado su recurso de apelación.



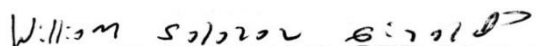
MARÍA DORIAN ÁLVAREZ

Magistrada Ponente



SARAY PONCE DEL PORTILLO

Magistrada

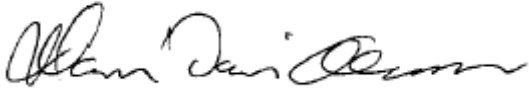


WILLIAM SALAZAR GIRALDO

Magistrado

AUTO DE PONENTE

Como quiera que mediante la sentencia que se acaba de proferir se impuso condena en costas de segunda instancia en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., y en favor del demandante, se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000 para cada uno. Monto que será incluido en la liquidación de costas que efectúe el juzgado de primera instancia conforme al artículo 366 del Código General del Proceso. Notificados en estrados.

**MARÍA DORIAN ÁLVAREZ**

Magistrada