



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022)

Demandante: LILIANA MARÍA OTÁLVARO CIFUENTES
Demandados: ACP COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Radicado: 05001 31 05 014 2019 00086 01
Sentencia: S-183

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 los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., al igual que el grado jurisdiccional de Consulta concedido a favor de ésta última en los aspectos no recurridos, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín 02 de diciembre de 2021.

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:

LILIANA MARÍA OTÁLVARO CIFUENTES demandó a PROTECCIÓN S.A. y a la ACP COLPENSIONES, pretendiendo se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad,

por cuanto no se le proporcionó una información completa y comprensible, disponiéndose su retorno a COLPENSIONES sin solución de continuidad, con la consecuente orden de trasladar todos los aportes recibidos. Pretende además se condene a las costas y agencias en derecho que el proceso cause.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 06 de diciembre de 1964, el 23 de marzo de 1988 se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones. El 17 de noviembre de 1998 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A., sin que dicha sociedad le explicara suficientemente los aspectos y características de ese régimen, las asesorías no fueron claras, no se ajustaron al deber del buen consejo. Agrega que cuando cumplió los 47 años no la asesoraron acerca de su oportunidad para quedarse en el fondo o trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD-. No obstante lo anterior, dice que solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen petición que le fue rechazada el 20 de septiembre de 2018 informándole que no era posible acceder a ello. Por último indica que también solicitó ante PROTECCIÓN S.A. el 03 de octubre de 2018 el traslado de fondo, petición que también fue rechazada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, **COLPENSIONES** dice que es cierta la fecha de nacimiento de la demandante, y la de afiliación a esa entidad. Sobre los demás hechos expresa que, por ser circunstancias en las que esa entidad no tuvo ninguna injerencia, los mismo no le constan. Como excepciones de fondo propuso imposibilidad de traslado de régimen, inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al RPMPD por falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de la ineficacia o invalidez del traslado, prescripción

consagrada en el artículo 1750 del Código Civil, prescripción consagrada en el artículo 151 del CPTSS, devolución de las cuotas de administración en caso de declararse la ineficacia del traslado a favor del actor, imposibilidad de condena en costas.

A su turno, **PROTECCIÓN S.A.** dice que es cierta la fecha de nacimiento de la demandante; respecto a la fecha de afiliación de la accionante al ISS manifiesta que no le consta por tratarse de un hecho ajeno a esa sociedad, tampoco le consta la petición presentada por la demandante ante Colpensiones relacionada con el traslado de régimen. Manifiesta que es cierto que la señora OTÁLVARO CIFUENTES suscribió solicitud de vinculación ante esa AFP de manera libre y voluntaria el 16 de diciembre de 1998, que presentó solicitud de traslado ante esa AFP el cual fue negado por encontrarse dentro del límite de los últimos 10 años, y su afiliación es totalmente válida y eficaz. Sobre los demás hechos dice que no es cierto que no haya sido asesorada la demandante pues sus asesores brindan una información correcta y objetiva sobre ambos regímenes pensionales. Como excepciones de fondo propuso inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 02 de diciembre de 2021 el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación de la señora OTÁLVARO CIFUENTES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- administrado por PROTECCIÓN S.A.; CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES el valor de la cuenta individual de la señora OTÁLVARO CIFUENTES incluyendo para el efecto, los rendimientos

financieros, las comisiones de administración con cargo a sus propios recursos que incluyen los dineros correspondientes al seguro previsional y la garantía de pensión mínima, causadas a partir del 16 de diciembre de 1998, debidamente indexadas; ORDENÓ a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante al RPMPD, sin solución de continuidad; CONDENÓ en costas a PROTECCIÓN S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con lo decidido, la apoderada de la codemandada PROTECCIÓN S.A. recurre parcialmente la sentencia de primera instancia respecto a la condena a trasladar los dineros correspondientes a las cuotas de administración y seguros previsionales, por cuanto estos dineros tienen una destinación específica, no se encuentran en su poder si no que fueron trasladados a una aseguradora que es un tercero de buena fe, quien ha sido la encargada de cubrir las contingencias de invalidez y muerte; el seguro previsional se debe asemejar a cualquier tipo de póliza, el hecho que no se materialice ese riesgo asegurado que para este caso es la invalidez y la muerte no quiere decir que esos dineros retornaran al fondo.

Agrega que con la ineficacia de traslado se pretende que se regrese al estado inicial, por lo tanto, lo lógico sería trasladar el dinero de los aportes más no los rendimientos que este hubiera generado en el régimen de prima media ya que COLPENSIONES con la presente condena está incurriendo en un enriquecimiento sin causa; como quedó probado, la cuenta de ahorro de la demandante no generó detrimento, por el contrario, generó muy buenos rendimientos lo que deja demostrado el cumplimiento de la obligación a su cargo; finalmente solicita se aplique la prescripción de las cuotas de administración y seguros previsionales toda vez que la vocación de

estos dineros no es la de financiar la mesada pensional y ha transcurrido el tiempo suficiente para que se configure la misma.

Por su parte la apoderada de COLPENSIONES solicitó asimismo se revocara parcialmente la sentencia de primera instancia en el entendido que, frente a la declaratoria de ineficacia, la demandante hizo su afiliación a través de un acto libre y voluntario (sentencias SL 4964, SL 4989 de 2008 y SL 1421 del 2019). Con respecto a las sumas a trasladar a COLPENSIONES, solicita que la AFP PROTECCIÓN S.A. además de los aportes y rendimientos, traslade todo el valor de los gastos de administración, aportes al fondo de pensión mínima y cuotas de seguro provisional, y que por consiguiente estos valores o devoluciones sean debidamente indexados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia, una vez surtido el traslado respectivo, **COLPENSIONES** presentó sus alegatos de conclusión solicitando se revoque la decisión de primera instancia, considerando para ello que Colpensiones como entidad pública actuó de buena fe, del cual no tuvo incidencia en la afiliación del traslado efectuado por la demandante y la AFP, por ende obedeció a la libre elección y ejercicio del derecho consagrado en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, y por ser un tercero ajeno a ese negocio jurídico no puede verse ni beneficiado ni perjudicado por el error que se produjo entre las partes.

Por otra parte, solicita en caso de declararse la ineficacia de traslado que conforme a las sentencias SL 4964 SL 4989 del 2008, SL 1421 y SL 1688 del 2019, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., que además de los reportes y rendimientos, se traslade el valor de todos los gastos de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima y cuotas de seguro provisional, en general todas aquellas sumas que hayan sido descontadas de lo aportado por la demandante y por

consiguiente que todos estos aportes o estas devoluciones sean indexadas.

Por su parte el apoderado judicial de la parte **demandante** en los alegatos de conclusión reiteró los argumentos expuestos en la demanda, relacionados con el deber de información de las administradoras, el principio de libre escogencia, las consecuencias jurídicas de la ineficacia de la afiliación, los elementos de validez del acto de afiliación, el principio de buena fe y el respeto por el acto propio -confianza legítima-, además de los perjuicios causados a la parte demandante; en atención a lo anterior solicitó la prosperidad del traslado a Colpensiones.

CONSIDERACIONES:

Corresponderá en esta instancia, además de resolver los temas propuestos por los recurrentes, conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES - en los temas restantes - con el objeto de salvaguardar sus intereses, lo que implica revisar la legalidad de la sentencia de primera instancia mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación de la señora LILIANA MARÍA OTÁLVARO CIFUENTES realizada al RAIS, así como las ordenes consecuenciales respecto a los dineros que la AFP PROTECCIÓN S.A. queda en la obligación de trasladar.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado acreditados, se tiene que: **i)** LILIANA MARÍA OTÁVARO CIFUENTES nació el 06 de diciembre de 1964; **ii)** se afilió al ISS el 06 de junio de 1993; y **iii)** el 16 de diciembre de 1998 suscribió el respectivo formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A., efectivo el traslado a partir del mes de febrero de 1999, entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

Lo que pretende la demandante con la presente acción judicial, es que se declare ineficaz su traslado al RAIS, administrado en este caso por la AFP PROTECCIÓN S.A., y que, en consecuencia, se declare que su afiliación válida es la que corresponde a COLPENSIONES con apoyo en que recibió un asesoramiento insuficiente 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 se ha 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 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, es un deber exigible desde su creación. Adicionalmente, se ha establecido 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 el afiliado no ha recibido la suficiente información, lo que solo puede ser desvirtuado con la prueba que acredite que esa obligación sí se cumplió.

Así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde las sentencias 31.989 y 31.314 ambas del 9 de septiembre de 2008, cuyas consideraciones se han venido renovando y reiterando con el transcurso de los años, como ha ocurrido por ejemplo en las sentencias SL 12136 de 2014, SL 17595 de 2017, SL 1421 de 2019, SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 2611 de 2020, SL 1741 de 2020, SL 1741 de 2021, SL 3537 de 2021 o más recientemente la SL 1055 del 2 de marzo de 2022 y la SL 2058 del 4 de mayo de 2022, entre muchas otras. Como sentencia-hito sobre el tema, cabe destacar lo que se dijo en aquella primera providencia, la Rad. Nº 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 citado se pueden evidenciar una serie de 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 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 existen pruebas que permitan tener por acreditado que el fondo privado realizó en ese momento un análisis integral de las condiciones concretas y subjetivas del afiliado, con expresión de las ventajas y desventajas de ambos regímenes y su incidencia en su caso particular, de tal manera que esta pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas. Esto es, el Fondo privado incumplió su deber de información al afiliado, al no

suministrarle, de modo claro y preciso, las características, consecuencias y efectos del cambio de régimen.

El simple hecho de que se haya suscrito un formulario de afiliación, no puede significar que con ello la entidad cumplió con su obligación de suministrar una información completa, precisa, adecuada y oportuna, relacionada con las ventajas y desventajas de permanecer en el ISS o trasladarse al fondo privado. Dicho documento no contempla un análisis de su caso en particular que contenga una proyección de su situación pensional concreta y específica, en uno u otro régimen, sino que simplemente se trata de un formato preestablecido, en el cual solo hace constar que tomó la decisión de manera espontánea y sin presiones, cuestión, que, en rigor, no se está controvirtiendo en este evento.

Lo anterior permite dar aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de que cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social como lo son las AFP, *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”*.

En consecuencia, en este puntual aspecto se confirmará la decisión adoptada en primera instancia.

De otro lado, en cuanto a decisión de ordenar también la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y demás conceptos, tema cuestionado en el recurso de apelación por PROTECCIÓN S.A. y por COLPENSIONES, 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 más recientemente 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.*

(...)”.

Si bien es cierto por regla general los actos jurídicos son celebrados para que sean eficaces y produzcan efectos jurídicos propios, cuando tales actos jurídicos no resultan eficaces, por haber nacido viciados en el sentido amplio del término, desde el comienzo o incluso porque llegan a desaparecer por un evento posterior a la celebración del acto, se traduce en que nunca produjeron efectos o que habiéndolos producido dejan de generarlos por una causal sobreviniente a la celebración del acto jurídico. En el primer evento, esto es, cuando se considera que el acto nunca produjo efectos, como en este caso acontece, las cosas vuelven a su estado anterior, como si aquel jamás hubiera nacido a la vida jurídica.

En consecuencia, la decisión de primera instancia deberá ser CONFIRMADA también en este aspecto, sin que resulte procedente la declaratoria de prescripción toda vez que no se cumplen las condiciones para tal efecto según ha sido tratado en múltiples providencias como por ejemplo en la sentencia SL 2058 del 4 de mayo de 2022, rad. 89282:

“En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021).”

Además, tampoco puede hablarse de prescripción de los dineros descontados por concepto de cuotas de administración, seguros y reaseguros y fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que cualquier obligación que surja a cargo de la respectiva AFP, como ciertamente lo es la de restituir estos conceptos, se origina con la

declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de la sentencia, sumado al hecho de que tales conceptos están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación, y en consecuencia, al estar ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidas a la prescripción.

Se advierte asimismo que la orden a PROTECCIÓN S.A. de trasladar los conceptos mencionados, es decir, las cuotas de administración, seguros previsionales y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, deben incluir la respectiva indexación tal y como fue ordenado en primera instancia, pues así lo ha entendido igualmente la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En ese aspecto, se ha pronunciado dicha Corporación en sentencias como las ya citadas, pero de forma más clara y reciente en la sentencia SL 3349 del 28 de julio de 2021, rad. 88826 en la 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.”*

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.000.000 a favor de la 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:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, el día 02 de diciembre de 2021, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.000.000 a favor de la demandante.

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: **f8f05d7697aa6d56a93e2ffb49fe38c66942e6d70b5cab7268f7300a339c59a8**

Documento generado en 14/07/2022 11:35:12 AM

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