



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintisiete (27) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Demandante: JORGE MARIO GÓMEZ MEJÍA
Demandados: ACP COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Radicado: 05001 31 05 010 2020 00049 01
Sentencia: S-287

AUTO

En atención a la escritura pública 3374 del 2 de septiembre de 2019 allegada al expediente, en la que se otorga poder general para representar a la ACP COLPENSIONES a la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERÍA S.A.S., se le reconoce personería como apoderado judicial al Dr. JUAN CARLOS MUÑOZ MONTILLA, T.P. 122.902 del C. S. de la Judicatura.

Se accede además a la sustitución de poder presentada por el referido apoderado, a favor de la Dra. AUSA DIMELSA OSPINA VIDAL, portadora de la T.P. N° 312.786 del C. S. de la Judicatura, a quien se le reconoce personería judicial para actuar en los mismos términos que al apoderado principal.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en éste acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a

resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín el día 22 de febrero de 2022.

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

JORGE MARIO GÓMEZ MEJÍA demandó a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por no habersele proporcionado 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 PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios morales estimados en 200 smlmv y a cargo de ambas entidades a las costas del proceso.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 14 de junio de 1962; que estuvo afiliado al Régimen de Prima Media administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el año 1985; que se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1995 por considerar que le era más beneficioso para él; que los asesores del fondo privado no estaban capacitados para brindarle una información completa, veraz y suficiente para tomar la decisión de trasladarse; que en ningún momento le advirtieron los riesgos que implicaba esa decisión o que la pensión podía ser inferior a la que ofrecía el ISS; que por la omisión en la información y el engaño sufrido renunció a esa mejor pensión

del Régimen de Prima Media; y que su traslado de régimen pensional no fue espontáneo, voluntario y libre.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES acepta la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación a esa entidad y el posterior traslado al Régimen de Ahorro Individual, indicando que no le consta lo demás por tratarse de situaciones relacionadas con terceros que deben ser probadas en el curso del proceso. Se opuso además a las pretensiones de la demanda y como excepciones propuso inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, ausencia de prueba de engaño, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, compensación y presunción de legalidad de los actos jurídicos.

PROTECCIÓN S.A. acepta la fecha de nacimiento del demandante y su afiliación a esa entidad, aclarando que en su momento le explicaron las características y diferencias de ambos regímenes pensionales, así como todos los aspectos necesarios para que pudiera tener claridad respecto de su panorama pensional. Se opuso además a las pretensiones de la demanda al considerar que nos encontramos ante un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento, realizado de forma libre y espontánea. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración y la prima del seguro previsional y falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 22 de febrero de 2022, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado

efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S.A., ORDENÁNDOLE trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, así como a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como los destinados al fondo de garantía de pensión mínima, cuotas de administración y sumas de seguros, incluyendo la respectiva indexación. ORDENÓ a COLPENSIONES recibir las anteriores sumas, incorporarlas como semanas válidas en la historia laboral según el IPC reportado y reactivar la afiliación del demandante al RPMPD. CONDENÓ en costas a PROTECCIÓN S.A., fijando como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. De la pretensión de perjuicios morales ABSOLVIÓ a la AFP demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, la apoderada del demandante presentó recurso de apelación referente a la no condena en costas a COLPENSIONES. Sostiene que esta entidad también fue vencida en juicio dentro del presente proceso a pesar de haber controvertido las pretensiones formuladas, por lo que solicita se aplique el art. 365 del Código General del Proceso.

A su turno, la apoderada de PROTECCIÓN S.A. solicita se revoque de manera parcial la sentencia de primera instancia en cuanto a la devolución de comisiones de administración. Considera que la deducción de dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, exigible, aplicable y vigente; se trata de comisiones ya pactadas y causadas durante la administración de los dineros de esa cuenta. La consecuencia jurídica de la nulidad o ineficacia del traslado es que las cosas vuelvan a su estado anterior, por lo que se deberán trasladar solo los aportes que se encuentren acreditados para el momento de dicha declaración sin los rendimientos, ya que estos son

exclusivamente generados en el RAIS por mandato de la ley. De otro lado, el seguro previsional ya fue girado a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, estando imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela a COLPENSIONES, toda vez que la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el contrato suscrito.

Finalmente, la apoderada de COLPENSIONES solicita se revoque la decisión proferida en primera instancia ya que el demandante en el interrogatorio de parte realiza afirmaciones sin base o sustento que equivalen a las mismas del escrito de demanda como alegaciones indefinidas, existiendo un temor infundado que no permite soportar el vicio real de consentimiento que da lugar a la existencia del mismo. Se establece que el demandante no es beneficiario del régimen de transición en ninguna de las condiciones, de manera que se está vulnerado el art. 48 de la Constitución Política adicionado por el art. 1 del acto legislativo 01 de 2005 en el que se señala que el estado garantizará la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Debe tenerse en cuenta que el demandante es una persona que tiene todas sus capacidades, la norma lo obliga a actuar de manera diligente y cuidadosa, este debió acudir a las diferentes entidades para solicitar en su debido momento la actualización de datos y los extractos financieros o manifestar a través de PQRS algunas inconformidades que hubiera presentado con dicho cambio. Debe entenderse que en el momento que promueve la demanda es que se preocupa y dice que PROTECCION le va a vulnerar su derecho fundamental a la seguridad social por recibir una mesada superior en el régimen de prima media, aunque ni siquiera corrobora dichos valores ante COLPENSIONES. De mantenerse la decisión solicita se indexen todos los dineros referentes al traslado para respetar la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término del traslado concedido a las partes, el apoderado del demandante presentó alegatos de conclusión indicando que se dan todos los elementos desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para el reconocimiento de las pretensiones de la demanda, por lo que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

A su turno, la apoderada de COLPENSIONES solicita se revoque el fallo de primera instancia en tanto el demandante no es beneficiario del régimen de transición y por ende no existe un derecho pensional consolidado, además de que el derecho a trasladarse de régimen pensional no es absoluto y debe atender a criterios de sostenibilidad financiera.

CONSIDERACIONES:

Corresponderá en esta instancia, además de resolver los temas propuestos por los apoderados de las partes a través de sus respectivos recursos de apelación, conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA en lo no recurrido, con el objeto de salvaguardar los intereses de COLPENSIONES, lo que implica revisar la legalidad de la sentencia proferida en primera instancia mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación del señor JORGE MARIO GÓMEZ MEJÍA realizada al RAIS, así como las ordenes consecuenciales respecto a los dineros que cada entidad queda en la obligación de trasladar.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado plenamente acreditados, se tiene que: **i)** JORGE MARIO GÓMEZ MEJÍA nació el 14 de junio de 1962; **(ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones el 19 de noviembre de 1985, completando en esa

entidad un total de 500 semanas de cotización; y **(iii)** el 12 de junio de 1995 suscribió el respectivo formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A., entidad en la que se encuentra vinculado en la actualidad.

Lo que pretende el 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. N° 31.989 de 2008:

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

Del desarrollo jurisprudencial 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 tal sentido, aunque no se trata aquí de una situación de pérdida de régimen de transición, en cualquier caso era obligación del fondo privado brindarle al demandante una completa información relacionada con las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, concretamente las ventajas y desventajas que de ellos se derivan, haciendo énfasis, como era su deber, en la situación personal y concreta del señor GÓMEZ MEJÍA como elementos mínimos que la entidad debió advertirle antes de proceder a tramitar y autorizar su afiliación.

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.

Además, del interrogatorio de parte que le fuera practicado al afiliado, no se vislumbra confesión alguna respecto del cumplimiento a ese

deber de información. Si bien pudo haber recibido algunas explicaciones generales acerca del funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual y los rendimientos que generarían los aportes acumulados en su cuenta de ahorro individual, ello no significa una asesoría completa, clara, detallada y precisa de todos los alcances de su decisión.

Ahora bien; otro argumento que no se comparte es el planteado por COLPENSIONES en cuanto solicita considerar las implicaciones económicas que se pueden llegar a generar con decisiones como ésta, especialmente por existir una eventual afectación a la sostenibilidad financiera del sistema más cuando no participó en el acto de traslado, siendo un derecho que ejerció el demandante en su momento y permitido según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

El principio de sostenibilidad financiera de las pensiones, entronizado en el Acto Legislativo 01 de 2005, está orientado a lograr el aseguramiento de su propia subsistencia. Esto es, se impone la garantía de que se pueda contar con los recursos necesarios para reconocer y pagar las diversas prestaciones a los afiliados al sistema, presuponiendo la limitación de los recursos disponibles, y que, por ello mismo, deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población, buscando la efectividad de los derechos y la eficacia y solidaridad del sistema. Y para esto es indispensable asegurar el pago efectivo de las cotizaciones, aunado al concurso del Estado cuando ello sea requerido, de tal modo que el sistema sea viable para el pago de las pensiones de los actuales y futuros pensionados.

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, sin que tampoco sea de recibo el argumento relacionado con la imposibilidad en el traslado de régimen con fundamento en el art. 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 13 de la Ley 100 del 1993, tema frete al cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según sentencias como la SL 655 y SL 1022 del 23 de marzo de 2022, ha considerado que es un despropósito *"... centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Porvenir S.A. en el año 1999"*.

Devolución cuotas de administración y demás conceptos.

De otro lado, en cuanto a decisión de ordenar también la devolución de todos los conceptos recibidos con motivo de la afiliación, tema cuestionado en el recurso de PROTECCIÓN S.A., 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.”* (Resaltado por la Sala)

En consecuencia, la decisión deberá ser CONFIRMADA, advirtiéndole que en la orden a PROTECCIÓN S.A. de trasladar los conceptos referidos en la sentencia de primera instancia anteriormente mencionados, ya se incluyó la respectiva indexación, la que además es procedente según lo ha indicado la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Costas procesales.

Finalmente, en lo que a COLPENSIONES se refiere, la condena a recibir el valor de los aportes realizados a la AFP del RAIS, a reactivar la afiliación del demandante, es solo la consecuencia lógica de la

orden previamente impartida en este proceso, en el sentido de declarar la ineficacia de esa afiliación al RAIS, de manera que bien puede decirse que, sin esta orden, aquellas condenas no se hubieran producido.

Dicho de otro modo, era inexigible otra conducta para COLPENSIONES antes de que la presente declaratoria de ineficacia del traslado se hubiere proferido, pues esta entidad no es autoridad judicial como para resolver, antes del proceso, la reclamación de la demandante, de manera que no admisible imponer costas en su contra.

Sin costas en esta instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Medellín, el día 22 de febrero de 2022.

Sin costas en esta instancia.

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez

Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **fbffc5c1a3e3888877a7a8d1c87692e180b3788d060554adf69e12d10db98d4f**

Documento generado en 27/10/2022 01:44:05 PM

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