



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Acta Nro. 51

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DORIS CECILIA MISAS BERRIO
Demandado: COLPENSIONES y OTROS.
Procedencia: JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Radicado No.: 05001-31-05-020-2019-00442-01 (21-005)

En Medellín, a los quince (15) días del mes de abril dos mil veintiuno (2021), en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 15 del Decreto Legislativo No 806 del 04 de junio de 2020, y en consonancia con el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 05/06/2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados **VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como Magistrado Ponente, **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE** y **CARLOS JORGE RUIZ BOTERO**, procede a decidir los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad, dentro del proceso ordinario instaurado por **DORIS CECILIA MISAS BERRIO** en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, en el proceso con radicado Nro. 05001-31-05-020-2019-00442-01 (21-005).

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue puesto a consideración de la Sala, y estando debidamente aprobado, se procede a dictar la siguiente sentencia que en derecho corresponda.

1. ANTECEDENTES

Mediante vocero judicial la litigiosa por activa **DORIS CECILIA MISAS BERRIO** pretende la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen pensional, el traslado de las cotizaciones realizadas, la reactivación de la afiliación en Colpensiones, la indexación, y las costas procesales, con soporte fáctico en que venía afiliada al extinto Instituto de los Seguros Sociales antes el 02 de febrero de 1987, y que posteriormente el 01 de agosto de 1999 se trasladó bajo engaños a ING, hoy PROTECCIÓN S.A.; que se presentó una falta u omisión del deber de información a cargo de la AFP accionada, previo a su afiliación y traslado de régimen pensional. Finalmente, relata que presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 07 de febrero de 2017.

1.1 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 20 de agosto de 2019 (fol. 76), con el cual ordenó su notificación y traslado a la parte accionada.

El extremo pasivo de la relación procesal COLPENSIONES contestó la demanda el 18 de septiembre de 2019 (Fols. 83 a 90), oponiéndose a las pretensiones formuladas bajo el argumento de que las pretensiones carecen de fundamento fáctico y legal, sin que tal entidad haya incumplido con alguna obligación legal en la afiliación y traslado. Como medios enervantes de la acción propuso las excepciones de mérito que postuló inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales, imposibilidad de aplicar precedente judicial y la inversión de la carga de la prueba, buena fe, prescripción, la innominada, compensación, e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda el 26 de septiembre de 2019 (Fol.95 a 131), oponiéndose a las pretensiones impetradas, en razón a que la afiliación es un acto existente, válido, exento de vicios en el consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, además de que el formulario de afiliación se suscribió de manera libre y voluntaria, constituyendo un verdadero contrato entre el demandante y PROTECCIÓN S.A.; que no puede declararse la ineficacia solo porque el valor de su mesada pensional es inferior en el RAIS, ya que para la fecha del traslado era imposible fácticamente predecirlo; que no es posible devolver los gastos de administración, puesto que son conceptos causados y descontados por disposición legal. Propuso como excepciones de mérito las que denominó 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 la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

A través de auto del 30 de septiembre de 2019 (Fol. 167), se tuvo por contestada la demanda por parte de las codemandadas.

1.1.- DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 04 de noviembre de 2020 (Archivo digital rotulado como Acta de audiencia), con la que la cognoscente de instancia declaró la ineficacia de la afiliación realizada a PROTECCIÓN S.A., al tiempo de ordenar a tal entidad que devuelva con destino a COLPENSIONES la totalidad de la cuenta de ahorro individual, así como todos los dineros recibidos con ocasión de la afiliación, como gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y primas de los seguros previsionales, prohibiéndose realizar descuento alguno, al igual que ordenó a COLPENSIONES a recibir tales conceptos y activar la afiliación de la actora sin solución de continuidad, gravando en costas solo a PROTECCIÓN S.A.

1.2 APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A.: Expresa que debe revocarse parcialmente la sentencia en lo relacionado con las sumas adicionales de la aseguradora y cuotas de administración, debido a que son descuentos legales y vigentes, además de no formar parte de la financiación de la pensión de vejez; que se generaron rendimientos en la cuenta de ahorro individual que no se hubieren obtenido de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida; que por efectos de la ineficacia solo se debe ordenar el traslado de los aportes, por cuanto los rendimientos del RAIS son superiores a los que se generan en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo aplicarse las restituciones mutuas; que las sumas adicionales de la aseguradora se cancelan mes a mes a una aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia; que las sumas descontadas para el seguro previsional fue girada a un tercero, y PROTECCIÓN S.A. está imposibilitada para recobrarlo.

COLPENSIONES.: Expresa que debe revocarse la sentencia, en cuanto que no era dable declarar la ineficacia del acto jurídico de traslado, dado que cumple con los requisitos de fondo y de forma, y por ello, no hay circunstancia alguna que invalide tal acto; que la AFP dio cumplimiento al deber de información y buen consejo exigible para ese momento; que imponer cargas o deberes no estipulados para esa época a cargo de la AFP vulnera el debido proceso y la confianza legítima, aunado a que recibir a la actora afecta la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES. Añade, por último, que en los afiliados también recae el deber y obligación de estar pendiente de su situación pensional, y que de conformidad con lo establecido en la sentencia T- 122 de 2007, nadie puede alegar su propia culpa a su favor.

El apoderado de COLPENSIONES aportó oportunamente alegatos de conclusión en los que refiere que se ABSUELVA de todas y cada una de las condenas impuesta, así como se REVOQUE la condene en costas, pues es evidente que Colpensiones actuó conforme a la legalidad. Se concluye, que en el presente caso la parte actora no solo suscribió el formulario de vinculación al RAIS a través de la AFP, sino que también se cumplió con los lineamientos fijados en la ley, reiteró su voluntad de permanencia en dicho régimen, sin ninguna inconformidad, lo que supone que estaba conforme con los beneficios de dicho régimen.

CONSULTA:

Se surte igualmente el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, por haber sido adversa la sentencia de primera instancia a sus intereses.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de los extremos litigiosos, advirtiéndose que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del C.P.L. y S.S., el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada, al igual que se revisará la sentencia en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, para lo cual se plantea el estudio del siguiente:

2.1 PROBLEMA JURÍDICO:

El *thema decidendi* en la presente Litis se circunscribe en definir: ¿Si operó la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen efectuado por el demandante a la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad convidada a juicio?, y de ser así ¿Cuáles son los efectos jurídicos que devienen de la ineficacia del traslado?

2.2 TESIS DE LA SALA Y SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

El sentido del fallo de esta Corporación será CONFIRMATORIO, con apoyo en la tesis de que no se brindó la asesoría cualificada que pregona el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al tiempo de considerarse todas las consecuencias jurídicas que conlleva la devolución de las cotizaciones, esto es, que se

debe incluir también las sumas que se descontaron para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos o comisión de administración y sumas adicionales de la aseguradora, a cargo de la AFP en la que estuvo vinculado el actor, de conformidad con los planteamientos que pasan a exponerse:

2.2.1 INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS

En lo que interesa a la Litis, no es objeto de discusión los siguientes hechos: que la actora venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde el 10 de febrero de 1987 (fol. 91); que se trasladó a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., el 20 de junio de 1999 (fol. 139); que mediante comunicación del 01 de marzo de 2017, PROTECCIÓN S.A. le informa a la demandante, que su afiliación en el RAIS es válida al plasmar la firma en el formulario de afiliación (Fol. 48), y que el 07 de febrero de 2017 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, obteniendo respuesta el 04 de septiembre del 2018, en la que se arguye que la afiliación o traslado fue realizada de manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen (Fols. 51 a 54).

Para resolver de fondo la Litis, esta Colegiatura viene acogiendo el criterio jurisprudencial sostenido antaño por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y desarrollado desde el año 2008 con la sentencia No 31989 del 9 de septiembre hasta la sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, línea jurisprudencial en la que se halla el precedente judicial por seguir, de donde se desprende que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un imperativo ineludible desde su consagración como la constatación permanente del cumplimiento del deber de información; que el formulario de afiliación no es prueba idónea, eficaz y suficiente del consentimiento informado; que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor del afiliado, y que el alcance de la jurisprudencia citada, es aplicable a todos los eventos de traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho esté consolidado, la accionante sea beneficiaria del régimen de transición, o esté próxima o no a pensionarse, precedente jurisprudencial replicado a través de la sentencia STL3196 del 18 de marzo de 2020, en la cual el máximo tribunal de esta jurisdicción asuntó que desconocer tal precedente es constitutivo de una vía de hecho, aunado a que con tal providencia abandonó la postura atinente a entender como argumento razonable la negativa del traslado por no ser beneficiario del régimen de transición o que al gozar de tal prerrogativa la carga de la prueba le compete al afiliado y no a la AFP.

A la par, preciso es ponderar por la Sala que para la fecha del traslado inicial en el año 1999, la AFP tenía la obligación de brindar información detallada en cumplimiento de lo normado en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y 97, numeral 1.º

del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, lo que a voces de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1688 de 2019, consiste en dar: *“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”*.

Conforme los anteriores basamentos legales y jurisprudenciales, tenemos que, en lo concerniente a la afiliación inicial, solo se allegó por parte de la AFP el correspondiente formulario de afiliación, y otra documental posterior al traslado (Fols. 139 a 166); empero, tales probanzas no reflejan que de manera documentada se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, y que no solo son los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas previo al momento de efectuarse el traslado, mucho más si en el proceso por el que se procede la entidad convidada al juicio enfila su defensa en que no contaba con soporte documental para la fecha del traslado, lo cual contraviene lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegar un formato de vinculación cumpliendo los requisitos meramente formales que impone la Superintendencia Financiera de Colombia, sino que se requiere de la asesoría integral brindada al momento del traslado de régimen pensional, indicándole al interesado las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, con la advertencia de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima, debía efectuar aportes voluntarios extraordinarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones, habida cuenta que no solo se trata de disuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros, sino que pueda lograr a futuro una pensión que mejor se acompase con la densidad cotizacional alcanzada en toda su vida laboral.

Ahora, si bien la litigiosa por activa de la relación procesal acepta en el interrogatorio que no fue coaccionada al momento de estampar su firma en el formulario de afiliación, no puede pasar de soslayo la Sala que el deber de información no se satisface con solo allegarse al juicio la pre-forma del formulario de afiliación suscrito, sino con la evidencia real de que lo allí plasmado correspondiera a la realidad y atendiera a una decisión libre e informada, lo que no se logra acreditar por la AFP accionada, pues por el contrario, la actora dio cuenta que la afiliación fue fugaz, superficial y fragmentaria en la empresa donde laboraba, asegurándosele solo que el ISS se iba a acabar y que obtendría una mejor pensión y antes de la edad exigida en el régimen de prima media con prestación definida.

Es de resaltar que la AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad en la que se hizo la afiliación inicial, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el asesor(a) que atendió a la litigiosa por activa cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, pues por el contrario, la falta de soporte documental o archivo de la historia laboral de que trata el artículo 38 del Decreto 692 de 1994 permite inferir que, el traslado no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales, sin que resulten suficientes las manifestaciones ambiguas y generalizantes realizadas por la litigiosa por activa en desarrollo del interrogatorio de parte, ni relevantes las referidas a la condición académica o nivel de instrucción de la reclamante, como tampoco que no haya realizado indagaciones por su cuenta de su situación pensional ante las AFP accionadas o externamente a éstas.

Así las cosas, fuerza impartir confirmación del fallo de instancia en este punto.

2.2.2 TRASLADO DE LAS COTIZACIONES.

A este respecto, huelga señalar que tal devolución debe ceñirse a los términos del artículo 1746 del Código Civil, puesto que precisamente así lo ha pregonado la jurisprudencia del máximo tribunal de esta jurisdicción, en especial en la sentencia con radicado 31898 de 2008, reiterada en las sentencias SL4989 de 2018 y SL 1429 de 2019, al igual que el deber de ser recibidas las cotizaciones por parte de COLPENSIONES, por la simple y llana razón de que esta entidad administra el régimen de prima media con prestación definida, en el cual se encontraba afiliada la actora antes del traslado.

En orden de abundar en razones viene a propósito resaltar las prédicas de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente sentencia al explicar los efectos jurídicos de la ineficacia del traslado de régimen, al tiempo de puntualizar qué partidas deben devolver las AFP del RAIS a COLPENSIONES, asienta que:

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el***

restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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. (SL2877-2020)

Así pues, la ineficacia del traslado conlleva precisamente a que el fondo privado devuelva todas las cotizaciones que hubiere recibido, incluyendo lo correspondiente al porcentaje que por gastos o comisión de administración haya descontado de las cotizaciones, así como también lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima (Decreto 3995 de 2008 artículo 7, Sentencia SU-062 de 2010) y las sumas de la aseguradora (primas previsionales), pues carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de la información exigida, de no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida la AFP sin razón financiera atendible, amén de que es precisamente la devolución íntegra de los aportes por parte de la AFP lo que se busca salvaguardar desde el punto de vista financiero a favor de COLPENSIONES.

Corolario de lo anterior, debe decirse que en el *sub examine* la condena congloba los conceptos atrás delineados, de donde se sigue que habrá de confirmarse la decisión de instancia.

Finalmente, esta Sala considera que hay lugar al traslado integral de las cotizaciones a COLPENSIONES, a propósito de que engrosen el fondo común de naturaleza pública, según las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, de modo que, se garantice no solo la sostenibilidad financiera del sistema sino también la efectividad del principio de solidaridad de que trata el artículo 2 *ibídem*, trazos conceptuales que llevan a desestimar la apelación propuesta por la AFP del RAIS, por demás que no hay lugar a reconocer restituciones mutuas, pues como se predica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia atrás referenciada, se deben devolver todos los rubros descontados de las cotizaciones.

En cuanto el pronunciamiento de la Superintendencia Financiera mediante circular, es preciso indicar que tal acto no es de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales, toda vez que sobre este tema, la Sala sigue el precedente jurisprudencial que en derredor del tema ha construido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quedó dicho ampliamente en líneas anteriores.

2.2.2 EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, esta Sala, ha sido del iterativo criterio de que en esta clase de procesos las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia traen consigo el traslado de las aportaciones de manera integral, y al tratarse de un asunto íntimamente ligado con la materialización del derecho a la pensión de vejez, de naturaleza imprescriptible, unívoco tratamiento ha de reconocérsele, como así lo decantó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL361, radicación 63615 del 13 de febrero de 2019.

De lo que viene dicho, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primer grado, con arreglo a lo expuesto en líneas anteriores.

COSTAS

En segunda instancia no se impondrá condena en costas a COLPENSIONES, pues la sentencia se revisó en el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

Frente a la AFP del RAIS accionada y apelante, se impondrá condena en costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., fijándose como agencias en derecho la suma de \$ 908.526 correspondiente a un salario mínimo mensual legal vigente y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN**, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:


PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida el 04 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con la parte motiva de este fallo.


SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526. Frente a COLPENSIONES no se imponen por no haberse causado. Las de primera, se confirman.


Lo resuelto se notifica por **ESTADOS**.


Déjese copia de lo decidido en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

Se declara así surtido el presente acto y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada


CARLOS JORGE RUIZ BOTERO
Magistrado


RUBÉN DARIO LÓPEZ BURGOS
Secretario

Constancia Secretarial

Se da constancia que las anteriores firmas corresponden a la firma original de los magistrados que integran la Sala Quinta de Decisión Laboral, de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.


Secretario Sala Laboral

SECRETARÍA DE LA SALA LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
BOGOTÁ

Certifico: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 63** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, 16 de abril de 2021, y pueden consultarse en <https://tribunalmedellin.com/laboral/estados-edictos-y-traslados-laboral>

Secretario