

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, catorce (14) de abril de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE	: CARLOS ARTURO ROLDAN AYALA
DEMANDADO :	: COLPENSIONES, Y PROTECCION S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-001-2018-00500-01
RADICADO INTERNO	: 040-21
DECISIÓN	: ADICIONA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 086

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia los recursos de apelación, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con el **Decreto 806 de 2020**: “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia del traslado realizado a PROTECCION S.A y que por lo tanto ha estado siempre válidamente afiliado al RPM, y se CONDENE a PROTECCION S.A a trasladar todos los aportes del afiliado con sus rendimientos a Colpensiones y a esta última a validar todos los aportes e incorporarlos en la historia laboral del asegurado.

Como supuestos facticos manifestó que nació el 15 de febrero de 1959, inició su vida laboral realizando aportes en el ISS, y que ha laborado desde vieja data en suramericana, y que se trasladó a protección en virtud de una reunión que se hizo de forma general para todos los trabajadores, pero indica que no se le dio la debida información para el traslado haciendo énfasis sobre todo en los supuestos beneficios que tenía el mismo. Que recibió reasesoria en el 21 de octubre 2009, donde se le dijo que la diferencia de la mesada pensional con la del ISS iba a ser mínima, pero que luego se le realizaron unas proyecciones donde se evidenciaba que la pensión a los 62 años era mucho mejor en el RPM.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 17 de febrero de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, DECLARO la INEFICACIA de la afiliación al RAIS realizado el 11 de noviembre de 1998 a la AFP PROTECCION S.A. ORDENO a COLPENSIONES tener al demandante válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y homologar las semanas cotizadas por éste al RAIS, previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta de ahorro Individual. ORDENO a PROTECCIÓN S.A. trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y prima de reaseguro. DECLARO no probadas las excepciones, CONDENO en costas a Protección S.A y fijó como agencias en derecho la suma de \$2.725.578, y no condeno en costas a Colpensiones.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de Protección S.A interpone recurso de apelación de manera parcial en cuanto a la devolución de las cuotas de administración y seguro previsional, indicando que el descuento para los gastos de administración opera para ambos regímenes y es autorizado por ley, y que si el efecto de la ineficacia es que las cosas vuelven al estado en que se encontraban debe tenerse en cuenta que en Colpensiones también se habrían hecho los mismos descuentos. Que de conformidad con el artículo 1746 del C.C y con respecto a las restituciones mutuas indica que no hay perjuicios ni pérdidas por cuanto se han obtenido unos rendimientos financieros para lo cual tuvo que descontar los dineros de las cuotas de administración. que en caso de no aplicarse tal disposición se estaría imponiendo una condena sin sustento al no existir perjuicios que se hayan ocasionado por Protección S.A, más cuanto no existe un cálculo que pueda dar a entender la existencia del detrimento patrimonial del actor con respecto al del RPM. En cuanto al descuento para el seguro previsional estos van destinados a un seguro y en cuanto a este contrato de seguro el hecho de que el riesgo no ocurra no se realiza una devolución de la prima y por lo tanto no debe condenarse a devolver dichas sumas teniendo en cuenta además que en Colpensiones también tendrían que haberse descontado dichas sumas. Por lo anterior solicita se revoque la sentencia en estos puntos.

El apoderado de Colpensiones interpone recurso de apelación precisando como punto de inconformidad que debe ordenarse la indexación de las sumas objeto de traslado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Colpensiones presenta alegatos de conclusión haciendo alusión a la limitación traída por la ley 797/03 para trasladarse cuando le falten 10 años o menos para pensionarse, precisando además que el decreto 2241(Régimen de protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones, no solo consagra deberes a las administradoras de pensiones frente a los afiliados, en su artículo 4 señala la norma, que el consumidor deberá propender por el cumplimiento de unos deberes, a fin de garantizar la total transparencia y educación en la toma de decisiones. Y que en razón de lo anterior no se debe asumir y habilitar en este tipo de procesos que el afiliado presente una actitud 100% pasiva respecto a los movimientos, rendimientos y utilidades de su dinero, no es admisible que frente a un derecho tan trascendental como lo es la pensión, solo hasta 10 años después se pretenda

información al respecto que siempre ha estado habilitada para sus afiliados, pues indica que son Actitudes omisas frente a los extractos remitidos, boletines remitidos por la AFP o plataformas de información disponible.

Que, si se confirma la sentencia, se debe trasladar todo concepto que repose en la cuenta de ahorro individual del afiliado. Conforme a las sentencias SL 4964, 2018, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1689 de 2019, 1452 de 2019, ordenar el traslado de las Cuotas de administración INDEXADAS, gastos de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, para que se garantice el financiamiento de la futura pensión en tanto tales conceptos no se pueden compensar con los rendimientos financieros, porque no hacen parte del fondo sino del demandante y entrarían hacer parte del fondo de naturaleza pública, dichos pagos se deben hacer de manera indexada como una sanción al fondo privado como castigo a los actos y omisiones que generaron la ineficacia.

Por lo anterior solicita REVOCAR la decisión de primera instancia, ordenando la permanencia del afiliado en el RAIS, y que a título de perjuicio se le ordene a dicho fondo que una vez cumpla los requisitos exigidos en el RPM se le reconozca la pensión de vejez en las mismas condiciones que le hubieran correspondido en Colpensiones, y de manea subsidiaria solicita modificar o adicionar en cuanto a que no se está obligando al fondo privado devolver las cuotas de administración debidamente indexadas, condenando tanto al fondo como al accionante a pagar las costas procesales en favor de Colpensiones, en el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno a la relación jurídico-sustancial.

El apoderado de la parte demandante presenta alegatos de conclusión manifestando luego de hacer alusión a algunas providencias de la CSJ sobre la ineficacia del traslado que en el caso de autos se estableció que el señor Roldan fue traslado de fondo de manera general junto con sus compañeros de trabajo, siendo presionado por su jefe para tal determinación la que careció de adecuada y personal asesoría por parte del fondo compelido, por lo que, es claro que fue acertada y apegada a la Ley y jurisprudencia la decisión del A-quo al declarar la ineficacia del traslado en pensiones del Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones hacia el Fondo de Pensiones y Cesantía Protección, y por ello solicita confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia y estudiar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del fondo demandado ciñéndose al principio de consonancia.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar los gastos de administración y los seguros previsionales, debidamente indexados.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante nació el 15 de febrero de 1959, y que estuvo afiliado en el ISS desde el 01 de enero de 1995 y se trasladó a PROTECCION S.A desde el 11 de noviembre de 1998.

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, pues

este indicó que es asesor de seguros son suramericana, que la afiliación a protección se debió a que les hicieron una reunión en el teatro de suramericana y les hicieron un traslado masivo en la cual no hubo asesoría indicando además que los asesores de protección les crearon pánico porque les dijeron que el ISS estaba quebrado y que se iba a terminar y que protección era similar al ISS pero que tenía más ventajas como poderse pensionar antes y mejor que en el ISS, y que la familia en caso de fallecer heredaba la pensión y que en el ISS no, que no le hablaron de la posibilidad de retractor ni el capital que necesitaba para pensionarse.

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

1. De la ineficacia del traslado

Se tiene que el derecho a la seguridad social es irrenunciable conforme el artículo 48 y 53 de la CP, por ello cualquier pretensión de cambio en las condiciones de este derecho pensional debe ser tomado de manera autónoma y consiente con una comprensión volitiva tal que no quede duda que la información entregada por la entidad para que, con la libertad e información, la persona pueda decidir si se cambia de régimen o no.

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”*, y si nos remitimos al art 271 de la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que *“Cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado...”* no solo a la multa sino que dice en forma expresa *“... La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*, o sea que se refiere a una ineficacia.

Desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados**- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora ...**” (Resalto fuera del texto)

“OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de

pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.” (Resalto fuera del texto)

Este deber profesional que existe desde 1994, ese de información que permita al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la prueba correspondería a la entidad demandada**, y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL 12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

“...A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos pensionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;...”

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aún operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877 y 4811 de 2020, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PROTECCION S.A., no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de trasladarse de Colpensiones, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo

esta la razón por lo que se genera que se haya violentado el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad PROTECCION S.A. aporte, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral e historia laboral válida para bono, formulario de afiliación, y comunicados de prensa; lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al RAIS, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado; y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por el demandante, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

2. De los efectos de la ineficacia

Respecto a la devolución de la **cuotas o gastos de administración debidamente indexadas** hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 y 1689 de 2019, y teniendo en cuenta que : 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, por ello, las restituciones mutuas se dan por efectos de la nulidad del contrato y no de la ineficacia 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte accionante en esta, en tanto que la cuota de manejo es administrada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 cuando señala, que la ineficacia genera que las cosas vuelven al estado en que se encontraban, y el Fondo de Pensiones debía devolver “los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

Suma que debe ser debidamente indexada al momento del pago conforme a la sentencia SL 1689 de 2019, por lo tanto, se deberá ADICIONAR la sentencia, en este sentido.

- **Las sumas adicionales de la aseguradora** hay lugar a devolverlas **debidamente indexada**, porque la CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 se dijo: *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema ..., sumas adicionales de la aseguradora.”*. Sumas que deberán devolverse igualmente indexadas por lo tanto se deberá adicionar la sentencia para establecer que dichas sumas deben ser devueltas de forma indexada.

Costas en esta instancia a cargo de la sociedad PROTECCIÓN S.A en la suma de \$908.526 por no haber salido avante el recurso de apelación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, **ORDENÁNDOLE** a PROTECCION S.A. a trasladar a Colpensiones los gastos de administración y los seguros previsionales, pero ambos debidamente indexados, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de la sociedad PROTECCION S.A en la suma de \$908.526 por no haber salido avante el recurso de apelación.

Las anteriores decisiones se notifican en ESTADOS

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-001-2018-00500-01
Radicado Interno 040-21


CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

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

Que la presente providencia se notificó por estados N ° 062 del 15 de abril
de 2021

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100>