

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE TRÁMITE Y FALLO

El veinte (20) de abril de dos mil veintiuno (2021), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN se constituyó en audiencia, con el fin de resolver el recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **LUZ ESTELLA CORREA CASTAÑO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, (en adelante COLPENSIONES) y la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-015-2018-00646-01.

AUTO

Se observa a folio 156, escrito mediante el cual, VICTORIA ANGELICA FOLLECO ERASO portadora de la T.P. 194.878 del Consejo Superior de la Judicatura, invocando su calidad de representante legal de la firma de abogados RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S. presenta poder para actuar en este proceso y sustitución de este a favor de la abogada YEIMI ALEXANDRA OSORIO MEJIA portadora de la T.P. 198.494 del Consejo Superior de la Judicatura

Revisado el expediente, se halla copia de la escritura pública No. 003377 del 2 de septiembre de 2019, a través de la cual COLPENSIONES. le confiere poder especial a la referida firma de abogados para actuar como apoderada judicial en procesos judiciales en su contra.

En atención a lo anterior, se le confiere personería como apoderada principal RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S. y a la DRA. YEIMI ALEXANDRA OSORIO MEJIA como apoderada sustituta.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones y el traslado de los dineros de su cuenta de ahorro individual.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora, que nació el 17 de febrero de 1964. Que, se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (en adelante ISS), hoy COLPENSIONES posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A.

Asegura, que la decisión de afiliarse a PROTECCIÓN S.A. no fue libre y voluntaria pues no se le dio la información veraz y suficientes para sopesar las desventajas el traslado de régimen. Asegura que no se le dio la información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta para su traslado, pues no se le hizo un estudio previo, no se le explicaron las diferencias entre los regímenes, las modalidades de pensión, que la mesada pensional depende del mercado, el capital necesario para acceder a la pensión entre otros aspectos.

Indica que ha solicitado el traslado al RPM ante COLPENSIONES, pero le ha sido negado.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* despachó de manera desfavorable las pretensiones de la demanda, absolviendo a las demandadas de la totalidad de las pretensiones y condenando en costas a la demandante.

Para decidir la absolución, la *a quo* argumentó que debe aplicarse de manera ponderada la carga de la prueba, pues se trata de hechos que ocurrieron hace más de 15 años, y aunque acata la jurisprudencia, lo cierto es que para el momento de la

asesoría dada a la demandante su situación pensional no estaba consolidada y la información que se le brindó en la época fue la adecuada, es decir la de los artículo 59 y siguientes de la ley 100 de 1993.

Arguye que la demandante tenía el deber de probar la falta de asesoramiento o los vicios en el consentimiento y las pruebas allegadas no proporcionan elementos de juicio que lo demuestren.

Luego, concluye que, del análisis de la prueba, la demandante firmó los formularios de afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria y no probó, siendo su carga, que hubiesen existido vicios en el consentimiento. Indica que por el contrario se probó que recibió asesoría y que fue negligente al no buscar más información sobre los regímenes pensionales.

2. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado judicial de la demandante apela la decisión de primera instancia, argumentando que desde su afiliación inicial no se le explicaron las diferencias entre los dos regímenes, solo se le daban promesas de fondos como pensión mas alta y anticipada. El hecho de firmar un formulario no es prueba de la información brindada por la demandada.

En este caso la inversión de la carga de la prueba es a los fondos privados como lo señala la jurisprudencia y las pruebas aportadas por PROTECCIÓN S.A. no demuestran que cumplieron con esa información a la demandante para la afiliación y por el contrario se acredita que el discurso al momento de la afiliación fue comercial y a pesar de tener la obligación de brindar la información completa no lo hicieron ni en el momento de la afiliación ni antes de los 10 años para poderse trasladar entre regímenes.

No se le expuso a la demandante en el año 1999 la información suficiente para analizar las desventajas del traslado solo se le dio una información tergiversada y no se le expuso las condiciones económicas en que iba a acceder a una pensión y como resultaría afectado su mínimo vital.

Solicita en consecuencia se revoque la decisión de primera instancia.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, el apoderado judicial de la DEMANDANTE y COLPENSIONES, presentaron oportunamente escrito de alegaciones.

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

En sus alegatos la demandante expuso resumidamente que conforme al artículo 272 de la ley 100 de 1993 y el artículo 53 de la CP, para que sea eficaz la decisión de afiliación a un fondo de pensiones es requisito que se le asesore y se le explique a la persona las particularidades de los regímenes de manera suficiente, veraz, clara y comprensible y por lo tanto las AFP tienen la carga de probar que cumplieron con esta obligación conforme al artículo 1604 del Código Civil y lo ha señalado la jurisprudencia nacional, especialmente la de la Corte Suprema de Justicia .

Aduce que en este caso no reposa prueba de que PROTECCIÓN S.A. le hubiese realizado a la demandante una asesoría sobre las consecuencias de su traslado y un comparativo entre los regímenes pensionales y por el contrario se demostró que el acto estuvo viciado por error de hecho que recae sobre el objeto, no solo por la falta de información sino también por el engaño.

Indica que la asesoría que se le dio a la demandante en el año 1999 no fue clara y suficiente y en el año 2004 no le dieron la oportunidad de retracto.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

COLPENSIONES argumenta resumidamente en sus alegatos que Colpensiones, es un tercero ajeno al negocio jurídico del cual se pretende la ineficacia, es por ello que no debe verse perjudicado por el error en el cual incurrió la parte demandante.

Frente a la ineficacia de la afiliación a lo largo del proceso se logra probar que la demandante realizo su afiliación al fondo privado, a través de un acto libre y voluntario, ya que no existieron vicios en el consentimiento tales como dolo, culpa y tampoco se ejerció algún tipo de fuerza o constreñimiento al firmar el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A.

Igualmente es claro que la afiliación al régimen de ahorro individual fue un negocio jurídico que involucró el asentimiento de dos voluntades, por tanto, no se debe habilitar en este tipo de procesos que el afiliado presente una actitud 100% pasiva,

no resultando admisible que solo después de tantos años se interese por su situación pensional, cuando a su alcance contaba con las herramientas suficientes para acceder a la información necesaria para aclarar dudas respecto a los movimientos, rendimientos y utilidades de su cuenta de ahorro individual, herramientas tales como el internet e incluso los distintos puestos de atención con los que cuenta su fondo de pensiones.

En este punto se trae a colación las Sentencias C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010, las cuales han prescrito que el traslado faltando menos de 10 años para el cumplimiento de edad (como en el presente caso) descapitalizaría al RPM y más teniendo en cuenta que la pretensión de la ineficacia del traslado se da en tanto existe una inconformidad de carácter netamente financiero.

En lo referente a las cuotas de administración y demás rubros de la cuenta individual de ahorro del demandante, si el honorable Tribunal revoca y en su lugar declara que la ineficacia de los traslados fue ocasionada por la conducta indebida de PROTECCIÓN S.A., esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya sea por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración en que hubieren incurrido, los cuales deben ser asumidos por la administradora a cargo de su propio patrimonio.

Es por ello que, de declararse la ineficacia, se debe ordenar a la AFP PROTECCIÓN que la devolución de los aportes comprenda la totalidad del aporte realizado en favor de la parte demandante, incluidos los destinados al pago administración de la cuenta, al pago de primas de seguros previsionales para invalidez, muerte y a financiar el fondo de solidaridad pensional.

Lo anterior sustentado en la sentencia CSJ 31989 del 9 de septiembre de 2008 M.P. EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS. “La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado”.

Frente a una posible condena en costas procesales a mi representada, se debe resaltar que la misma no tiene soporte pues la entidad a la que represento ha obrado de buena fe, y actúa según lo ordena la característica filosófica de sus

funciones, sin que pueda ejecutar hechos prohibidos por las leyes y menos violar sus propios reglamentos, como en el caso concreto.

Las consecuencias de la ineficacia en el traslado no pueden ser extendidas a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media, en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya ineficacia se pretende, de modo que el Régimen de Prima Media, Colpensiones no debe asumir sanciones por el actuar de PROTECCIÓN S.A.

Por todo lo anteriormente expuesto solicito al honorable Tribunal que confirme la sentencia proferida en primera instancia.

4. PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER.

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al régimen pensional de ahorro Individual con solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones, se debe realizar, el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes:

5. CONSIDERACIONES

A través de la presente acción judicial, la demandante pretende que se declare la ineficacia, de su traslado al RAIS, ordenando su retorno al RPM administrado por COLPENSIONES.

Para resolver la apelación, es necesario manifestar, primeramente, que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría jurídica que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente

entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en la que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente caso, está probado, que la accionante estando afiliada al régimen pensional de prima media del ISS, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. S.A., el 10 de octubre 1999, según se desprende de la copia de la solicitud de vinculación a ese fondo suscrita por la demandante, vista a folios 45.

De otra parte, en este caso, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad, contrario a lo afirmado por la a quo, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1999 que la demandante se trasladó al RAIS, estuviera obligada suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo en puntos neurálgicos como era **cómo alcanzaría la pensión de vejez en el RAIS y de que dependería su monto.**

Así mismo, sobre el punto de la debida asesoría, escuchado el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 1:13:25 en el CD que milita a folio 147, no se advierte que este haya confesado que la demandada PROTECCIÓN le haya brindado la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su traslado al RAIS, sobre todo en un punto neurálgico como era **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de que dependería su monto**, lo que genera que la elección de trasladarse al RAIS adolezca de las características de libre y voluntario que exige el artículo 13 de la ley 100 de 1993 para que el acto jurídico de traslado nazca a la vida jurídica, pues no se cumple con la condición especial exigida por la norma en los casos de afiliación a un régimen pensional de que sea libre y voluntaria, entendiendo como un componente esencial para que así sea que se brinde la información completa y suficiente sobre cada uno de los aspectos neurálgicos de los regímenes y sobre la situación pensional particular del afiliado.

Ahora, para probar dicha asesoría, contrario a lo dicho por la juez de primera instancia, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se prueba que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual como ya se ha dicho en esta sentencia no se probó siendo su carga como ya lo ha estableció la jurisprudencia especializada.

Conforme lo explicado en precedencia, concluye la Sala que la AFP demandada, no le brindó o por lo menos no probó en este proceso siendo su carga, haberle brindado a la actora la debida asesoría para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, sobre todo se repite en un punto determinante, referido a **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué factores dependería su monto**, lo que conlleva a que se deba REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, aunque lo solicitado fue la nulidad, como se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias atrás referidas y lo procedente jurídicamente es la ineficacia del traslado, pues a pesar que la figura jurídica de la nulidad presenta algunas similitudes con la de la ineficacia, en el fondo son disimiles.

En consecuencia, se declarará la reactivación sin solución de continuidad de la afiliación de la actora al RPM del ISS hoy COLPENSIONES, por lo que al declararse la ineficacia del traslado, ningún efecto jurídico puede derivarse de este y por tanto, debe reintegrarse a COLPENSIONES por parte de la AFP demandada, la totalidad de las sumas existentes en la cuenta de ahorro pensional de la demandante, es decir las cotizaciones con sus rendimientos e intereses y a reintegrar además, el importe del porcentaje que como cuota de administración haya descontado de la cotización, incluidos seguros previsionales y porcentaje para garantía de pensión mínima, es decir el porcentaje del 100% de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la actora, pues al declararse la ineficacia del traslado, ningún efecto jurídico puede derivarse de este, tal y como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por todas las demandadas al dar respuesta a la demanda, ha de señalarse que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen no nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la SCL de la CSJ.

Finalmente, no se impondrán condena en COSTAS a cargo de COLPENSIONES, en ninguna de las instancias en atención a que no tuvo ninguna responsabilidad en el traslado inicial de régimen pensional del demandante acaecido en el año 1999.

COSTAS a favor de la demandante y a cargo de AFP PROTECCIÓN S.A., al haber sido vencida en el proceso.

Las agencias en derecho en esta instancia conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$908.526. Las de primera instancia serán fijadas por la *a quo*.

6. DECISIÓN

En mérito de 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,

RESUELVE:

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia del 16 de mayo de 2019 proferida por el JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **LUZ ESTELLA CORREA CASTAÑO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó la demandante al RAIS, administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., y en consecuencia declarar la reactivación sin solución de continuidad de la afiliación de la actora al RPM del ISS hoy COLPENSIONES.

SEGUNDO: **ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A., efectuar la devolución a COLPENSIONES, de la totalidad de las sumas existentes en la cuenta de ahorro pensional de la demandante, es decir las cotizaciones con sus rendimientos e intereses y a reintegrar además, el importe del porcentaje que como cuota de administración haya descontado de la cotización, es decir el porcentaje del 100% de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la actora.

TERCERO: **COSTAS** en ambas instancias a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A., y a favor de la actora. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en la suma de un \$908.526; las de primera instancia serán fijadas por el *a quo*.

La sentencia se notifica a las partes en ESTADOS.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

FRANCISCO ARANGO TORRES

JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ

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

Que la presente providencia se notificó por
estados N ° **066** del **21 DE ABRIL DE 2021**.

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>

Firmado Por:

**FRANCISCO ARANGO TORRES
MAGISTRADO**

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

**JAIME ALBERTO ARISTIZABAL GOMEZ
MAGISTRADO**

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

**JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ
MAGISTRADO**

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD 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: **33875b3bbcfbb4df29a68e7ddfee496a671fc377ade5d5ff8f33ab1da937fcc4**

Documento generado en 20/04/2021 04:05:41 PM