

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE	: OLGA PATRICIA URIBE RUIZ
DEMANDADO :	: COLPENSIONES, Y PROTECCION S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-004-2019-00246-01
RADICADO INTERNO	: 050-21
DECISIÓN	: REVOCA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO	: 103

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.

Se reconoce personería a la Doctora EDUILCE CORREA ARGUELLES, por cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 75 y ss del C.G.P, según el poder de sustitución allegado

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia del traslado del RAIS y como consecuencia se ordene el traslado al RPM administrado por Colpensiones y se CONDENE a dicha entidad y se CONDENE a PROTECCION S.A, a trasladar todos los aportes de la demandante a Colpensiones y se condene a las costas del proceso.

Como supuestos facticos manifestó que nació el 14 de noviembre de 1964 y se vinculó al sistema general de pensiones el 25 de noviembre de 1987, y en agosto de 1999 fue visitada por un asesor de Protección S.A quien le indicó que si se trasladaba a dicha entidad iba a quedar mejor pensionada además que el ISS se iba a acabar, sin que se le haya dado una información completa al momento del traslado sobre las implicaciones económicas del traslado. Indica además que mientras que estuvo afiliada a Protección S.A no recibió ningún tipo de información ni asesoría ni acompañamiento a pesar de que en varias ocasiones solicitaba información de su situación pensional. Que el 27

de septiembre de 2018 solicitó el traslado a Colpensiones la que fue negada por faltarle 10 años o menos para pensionarse, y la misma respuesta obtuvo de Protección cuando acudió a solicitar el traslado el 01 de octubre de 2018.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 11 de febrero de 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, DECLARO la ineficacia del traslado de la demandante OLGA PATRICIA URBE RUIZ del entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES y que realizará a PROTECCIÓN S.A., precisando que se GENERA el regreso automático al RPM administrado por COLPENSIONES, entendiéndose que estuvo afiliada a dicho régimen de manera permanente y sin solución de continuidad desde la afiliación inicial en el mes de agosto de 1999. CONDENO a PROTECCIÓN S.A., a devolver y a retornar a COLPENSIONES, todas las sumas que recibió con ocasión del traslado de la demandante, precisando que dichas sumas deberán retornarse a COLPENSIONES a su satisfacción y equivalencia, dentro de los 30 días hábiles siguientes incluyendo los aportes o cotizaciones y rendimientos financieros que se hubiesen causado, las cuotas o gastos o pagos de administración, pagos de seguro y reaseguro y pagos destinados al fondo de pensión de garantía mínima, estos tres últimos deberán retornarse de manera indexada desde su causación y hasta el momento del pago a COLPENSIONES y con cargo al propio patrimonio de la sociedad PROTECCION S.A. ORDENO a COLPENSIONES, para que proceda a reactivar la afiliación de la demandante por cuenta de esa entidad en el régimen de prima media con prestación definida, y le brinde todas las garantías de la afiliación, reciba los valores de la cuenta ahorro individual a su satisfacción y equivalencia y ajuste el histórico laboral de aportes sin solución de continuidad. Así mismo precisó que COLPENSIONES debe resolver la solicitud pensional que se le realice por la demandante y no puede negarla aduciendo que no le han llegado los valores de la cuenta de ahorro individual. CONDENO en costas a PROTECCION S.A y fijo como agencias en derecho la suma de \$3.500.000. No condeno en costas a Colpensioens.

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, además de la excesiva condena en costas realizada a la demandada, indicando que dicha entidad nunca obro de mala fe y que para la fecha de la afiliación suscribió el documento exigido por la superintendencia bancaria en su momento respetando los archivos 13 y 271 de la ley 100/93, y que por lo tanto cuando la demandante suscribe el formulario de afiliación se ofrece toda una cobertura que no solo es para la pensión de vejez sino para invalidez y muerte precisando que la demandada ha dispuesto diferentes canales de atención para que si los afiliados tiene dudas puedan acercarse y consultarlas.

Que en el interrogatorio se evidenció que la demandante tuvo la oportunidad de tener representantes comerciales en su oficina denotando la negligencia de la demandante al no preguntar siquiera por su situación pensional, precisando que incluso existieron reasesorias donde pudo indagar por su situación pensional por lo que no se puede al cabo de los años definir que la demandada esta incumpliendo con un deber de información.

Que el descuento para los gastos de administración y seguros opera para ambos regímenes y es autorizado por ley, y que los rendimientos que se dieron fueron únicamente por la administración que hizo protección de los dineros y que dichos rendimientos no hubieran sido los mismos si estuviera en el RPM, y que si se da esta orden se estaría dando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones porque dichas sumas no hacen parte del capital para la pensión de vejez.

Frente a la prima de seguro indica que dichas sumas ya fueron giradas a una aseguradora que es un tercero de buena fe, y Protección no tiene mecanismo para recobrar dichas sumas.

De confirmar la condena indica que se estaría en un tema de perjuicios que no fueron plasmados en la fijación del litigio, y el proceso solo verso sobre una ineficacia, sin que sea dable que la demandada tenga que devolver los conceptos que se generaron por la administración del dinero en el RAIS.

La apoderada de Colpensiones interpone recurso de apelación solicitando se revoque el numeral tercero de la sentencia donde se ordena a Colpensiones a ajustar el histórico laboral sin solución de continuidad y se resuelva el derecho pensional de la demandante sin esperar la llegada de los capitales de la cuenta de ahorro individual indicando que no se podrá negar la pensión de vejez argumentando que no se ha recibido estos dineros pues indica que la fijación del litigio se determino a que se declarara la ineficacia de la afiliación al RAIS y nada se indicó respeto de la pensión de vejez para la demandante quien aun no cumple ni siquiera con los 57 años de edad, y al ordenarse el reconocimiento de la pensión de vejez se hace en virtud de la facultad extra y ultra petita pero no se puede pasar por alto que Colpensiones es una entidad que administra recurso de naturaleza publica, y lo que se debatió en el proceso fue la ineficacia y no la pensión de vejez. En este sentido precisa que Colpensiones primero debe validar los aportes recibidos para determinar el numero de semanas cotizadas y establecer el IBL y la tasa de reemplazo para proceder a reconocer la prestación una vez cumplidos los requisitos del RPM, por lo que indica que la entidad primero debe recibir los aportes que realice protección y luego se le debe otorgar un término de 4 meses para reconocer la prestación al tenor de lo dispuesto en el artículo 33 de la ley 100/93.

Que con dicha orden se estaría vulnerando el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el acto legislativo 01 de 2005, y el articulo 334 de la C.P.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de Colpensiones presenta alegatos de conclusión reiterando los argumentos ya expuestos en el recurso de apelación, y expresando además que no es posible el traslado al faltarle menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, indicando además que En el caso en concreto el engaño invocado no se encuentra válidamente acreditado, ni con el soporte probatorio documental ni con el interrogatorio practicado a la demandante, por lo que la ineficacia de traslado invocada carece de viabilidad, pues la mera afirmación de la parte actora de lo que aconteció hace varios años al momento de su traslado al Régimen de ahorro individual no puede ser tomado como cierto absolutamente ya que como se dijo, han pasado muchos años y se desconoce lo que realmente aconteció, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ese traslado y más aún que no se cuenta con la presencia del respectivo asesor del fondo privado. Que tomar una decisión en dicha magnitud resulta incluso arbitrario y contravía principios legales y constitucionales como la seguridad jurídica y el debido proceso, está establecido como regla general en derecho

que la buena fe se presume y la mala fe se prueba y en el caso en concreto no quedo probada mala fe por ninguna de las partes, pero la buena fe solo se le reconoce a la parte actora existiendo claramente un vacío en la decisión adoptada por el Juzgado en primera instancia.

Precisa además que tampoco hay lugar a la ineficacia por cuanto la demandante es plenamente capaz y firmó el formulario de afiliación de forma voluntaria.

En caso de confirmarse la ineficacia solicita se confirme la sentencia en cuanto a que se ordene a las AFP PROTECCIÓN S.A. retornar y devolver a COLPENSIONES a su satisfacción y equivalencia y dentro del término de 30 días hábiles los componentes de la cuenta de ahorro individual tales como: cotizaciones, aportes y rendimientos financieros causados, en el retorno se deben incluir la cuotas o gastos o pago de administración, pagos de seguros y reaseguros y pagos destinados al fondo de pago de pensión de garantía mínima, estos tres últimos deben retornarse a COLPENSIONES de manera indexada desde la causación y hasta el momento del pago a la entidad.

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, y si debe ordenarse a Colpensiones a ajustar el histórico laboral sin solución de continuidad y resuelva el derecho pensional de la demandante sin esperar la llegada de los capitales de la cuenta de ahorro individual.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante nació el 14 de noviembre de 1964, (página 49 del expediente digital, y que estuvo afiliada en el ISS desde el 25 de noviembre de 1987 a través del empleador Pinturas Uribe Nro 2, y se trasladó a PROTECCION S.A desde el 01 de septiembre de 1999. (página 235).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, pues esta indicó que la afiliación a Protección en el año 1999 cuando un asesor la visitó y le dijo que iba a quedar mejor pensionado con ese fondo porque el ISS iba a desaparecer y por eso se trasladó. Las garantías que le dijo era que la mesada iba a ser mejor, que iba a beneficiar a los herederos, que iba a ser más rápido el trámite al momento de pensionarse. Que realizó aportes voluntarios por información que le dio un asesor de Protección S.A, donde le dijo que era un ahorro y al ver que no podía disponer de dicho dinero vio que era un error. que no recibió información para trasladarse antes de cumplir los 47 años de edad.

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 tuvo 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 CONFIRMAR 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,.”, razón por la cual se CONFIRMARA la sentencia en este punto en particular.

Ahora, frente a la orden dada por el A quo en el numeral tercero de la sentencia impugnada en cuanto a que la demandada Colpensiones debe resolver la solicitud pensional que se le realice por la demandante y no puede negarla aduciendo que no le han llegado los valores de la cuenta de ahorro individual, precisa la sala que dicha orden es improcedente en este momento, en tanto que la pretensión inicial del presente proceso ordinario se refirió únicamente a la declaratoria de la ineficacia y no a la pensión de vejez, además que, a la

fecha la demandante ni siquiera cuenta con la edad para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, pues nació el 14 de noviembre de 1964. Por lo expuesto la sentencia de primera instancia habrá de revocarse en este punto en particular.

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: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, en lo relacionado a la orden dada a Colpensiones de “resolver la solicitud pensional que se le realice por la demandante y no puede negarla aduciendo que no le han llegado los valores de la cuenta de ahorro individual”, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto 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



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 ° 074 del 03 de mayo de 2021

consultable aquí:

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