



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: TERESITA DE JESÚS FANKUGEN SALAS
Demandados: PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y ACP COLPENSIONES
Radicado: 05001 31 05 015 2021 00511
Sentencia: S-081

AUTO

En atención a la Escritura Pública No. 3377 del 02 de septiembre de 2019 allegada al expediente, en la que se otorga poder general para representar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES- a la sociedad RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S., se le reconoce personería como apoderado judicial al Dr. RICHARD GIOVANNY SUAREZ TORRES, con T. P. No. 103.505 del C. S. de la J.

Se accede además a la sustitución de poder presentada por el referido apoderado, a favor de la Dra. LILIANA CHÁVES ORTEGA, portadora de la T.P. N° 303.709 del C. S. de la Judicatura, a quien se le reconoce personería judicial para actuar en los mismos términos que el apoderado principal.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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

S.A. y por COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín el día 5 de agosto de 2022.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

PRETENSIONES:

TERESITA DE JESÚS FANKUGEN SALAS demandó a PORVENIR S.A., a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, disponiéndose su retorno a COLPENSIONES sin solución de continuidad, con la consecuente orden de trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual incluyendo los aportes pensionales, como cotizaciones, bonos pensionales y suma adicionales, con todos sus frutos e intereses, estos es, rendimientos financieros y gastos de administración. Pretende además se condene en costas a las demandadas.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 03 de octubre de 1970; que comenzó a realizar cotizaciones en el ISS el 18 de septiembre de 1989; que el 01 de enero de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., donde cotizó hasta el mes de octubre de 1998; que en ese momento no recibió toda la información necesaria de las desventajas de trasladarse de régimen pensional, ni le explicaron cuáles eran las características de los fondos privados o un comparativo con el RPM; que el 01 de noviembre de 1998 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A como consecuencia de una inadecuada asesoría; que en dicha entidad cotizó hasta el 30 de junio de 2000; que el 01 de julio del año 2000

volvió nuevamente a la AFP PROTECCIÓN S.A., entidad en la que se encuentra cotizando actualmente; que elevó ante las entidades demandadas la solicitud de traslado de régimen a lo que todas ellas se han negado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, COLPENSIONES acepta la afiliación de la demandante a esa entidad, la solicitud de traslado y aclara que la fecha de nacimiento es el 03 de octubre de 1969 tal y como se desprende de su documento de identidad; frente a los demás hechos manifiesta que no le constan por cuanto son hechos ajenos a su conocimiento. Se opuso a las pretensiones por carecer de fundamentación legal y fáctica. Como excepciones propuso las que denominó improcedencia de declarar ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes por aspectos legales y financieros que impiden la afiliación al RPM, prevalencia de la autonomía de la voluntad privada, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, devolución de las cuotas de administración, falta de legitimación en la causa, prescripción y/o caducidad de la acción, imposibilidad de condena en costas y buena fe.

PORVENIR S.A. manifiesta que no le constan la mayoría de los hechos por tratarse de situaciones ajenas a su conocimiento, indicando frente a la afiliación que previo al traslado de régimen se informaron las condiciones y características del régimen pensional, el régimen de transición y los requisitos y condiciones para acceder a una pensión. Se opuso a las pretensiones indicando que el traslado del RPM al RAIS se realizó mediante una afiliación de manera informada, libre y voluntaria, donde se suministró toda la información clara, suficiente y veraz. Como excepciones propuso la de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A. acepta la fecha de nacimiento, la fecha de afiliación y la solicitud de traslado de régimen, negando los demás hechos por haber brindado una debida asesoría en cuanto a todas las características, regulaciones del RAIS y su funcionamiento. Se opuso a las pretensiones toda vez que la afiliación fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Como excepciones propuso la de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional por falta de causa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 05 de agosto de 2022, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, i) DECLARÓ la ineficacia del traslado realizado a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A.; ii) CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, esto es, cotizaciones, cuotas de administración y rendimientos, descontados durante todo el tiempo de afiliación; iii) CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los gastos de administración que le fueron descontados a la demandante durante la afiliación a dicho fondo; iv) CONDENÓ a COLPENSIONES recibir las anteriores sumas y reactivar la afiliación al RPMPD sin solución de continuidad; y v) CONDENÓ en costas a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$2'000.000, correspondiendo a cada una de ellas la suma de \$1'000.000.

DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación por cuanto considera que no existen razones fácticas o jurídicas para la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen. Manifiesta que, a lo largo del proceso quedó probado que la demandante era consciente del acto jurídico que estaba celebrando por lo que de forma libre y voluntaria decidió firmar el formulario de vinculación expresando así su voluntad y deseo de hacer parte del RAIS; es cierto también que la demandante reconoce que inicialmente de forma voluntaria decidió afiliarse a PROTECCIÓN S.A. por cuanto consideró que ese era un fondo que le aportaba muchos beneficios, por lo que no puede hacerse responsable de las consecuencias negativas que definieron el traslado de la actora y que en todo caso estuvieron relacionadas con su voluntad.

Solicita se revoque la condena a devolver a COLPENSIONES los dineros por conceptos de cuotas de administración ya que esos dineros se utilizaron para la generación de frutos y rendimientos que se ven reflejados de forma positiva en la cuenta de ahorros de la afiliada, motivo por el cual ya no están en el patrimonio de la AFP.

Por su parte, COLPENSIONES presenta recurso de apelación de manera parcial y solicita se modifique la sentencia de primera instancia y en su lugar se ordene a las AFP codemandadas a devolver todos y cada uno de los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como lo son sumas de las aseguradoras, cuotas de administración, primas de los asegurados a Fogafin y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes; lo anterior con base en que el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 como fuese modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003 establece la distribución de los porcentajes en la cotización de los afiliados al RAIS, indicando que, un 3% del ingreso base de las cotizaciones sea destinado a financiar esos gastos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Dentro del término del traslado concedido a las partes, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión a través de los cuales solicitó se ordene a las AFP, la devolución integral de todos los aportes, incluidos los rendimientos y los gastos y cuotas de administración, en razón de la afiliación al RAIS.

PORVENIR S.A. por su parte, solicita se revoque la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional y la condena en costas advirtiendo que, de ser confirmada tal decisión, no podrá ordenársele la devolución de cuotas de administración en tanto ello implicaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

Finalmente, el apoderado de la parte DEMANDANTE solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES:

Se procede a desatar los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia de primera instancia, e igualmente conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de la primera conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado plenamente acreditados, se tiene que: **i)** TERESITA DE JESÚS FANKUGEN SALAS nació el 03 de octubre de 1969; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 19 de septiembre de 1989, completando en esa entidad un total de 47.14 semanas de cotización; **iii)** el 16 de diciembre de 1994 suscribió el respectivo formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A., **iv)** luego se trasladó a la AFP PORVENIR S.A según formulario de afiliación del 15 de septiembre de 1998; y **v)**

finalmente, el 18 de mayo del año 2000 se trasladó nuevamente a PROTECCIÓN S.A, entidad en la que se encuentra actualmente vinculada.

Ahora bien. La diferencia jurídica que se plantea en este caso, consistente en la pretensión de la parte actora en punto que se declare ineficaz el traslado que efectuó desde el Fondo público y común administrado por el ISS, al Fondo privado de ahorro individual, fundada en una insuficiente información por parte de esta última entidad en cuanto a las consecuencias reales de dicha determinación, ha sido materia de múltiples decisiones judiciales orientadas desde la cúspide de la jurisdicción ordinaria laboral.

Si bien es cierto, en principio, tal traslado se hizo como producto de un concurso de voluntades entre personas plenamente capaces, no lo es menos que se presentaba una relación asimétrica en el sentido de que los Fondos privados como agentes del sector financiero de la economía, tenían, desde su creación, el deber legal de suministrarle al afiliado una explicación completa pero concreta, hecha a la medida de la situación particular del interesado, de la consecuencias del traslado y con la esencial finalidad de que este pudiese tomar una decisión informada sobre un aspecto ligado a su proyecto de vida futura.

En efecto, desde la expedición del decreto 663 de 1993¹, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el que en su Capítulo VIII incluye a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, dispuso dicha obligación en los siguientes términos:

*“Art 97. **Información a los usuarios.** Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claro y objetivo, escoger las mejores opciones del mercado.*

¹ Norma posteriormente actualizada por la ley 795 de 2003 “*ley por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero*”

Por su parte, la Ley 100 de 1993 también intervino el punto, pues en su artículo 273 estableció:

*"Art. 271. **Sanciones para el Empleador.** El empleador, y en general 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 a una multa, impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador."*

Así mismo, importa señalar al respecto, que la jurisprudencia laboral ha sido consistente, reiterada, pacífica y uniforme desde el año 2008, en señalar que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es un deber exigible desde su creación, advirtiendo, además, que en este tipo de casos la carga de la prueba recae sobre los fondos privados, especialmente por plantearse una afirmación indefinida como lo es el hecho que la persona afiliada no ha recibido la suficiente información, lo que solo puede ser desvirtuado con la prueba positiva por la cual se acredite que tal obligación sí se cumplió.

Tesis que se introdujo desde las sentencias 31.989 y 31.314, ambas del 9 de septiembre de 2008, por cuenta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyas consideraciones se han venido renovando y reiterando con el transcurso de los años a través de múltiples pronunciamientos. Cabe destacar lo que se dijo en aquellas primeras providencias, así, en la Rad. N° 31.989 de 2008:

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

Del desarrollo jurisprudencial posterior se evidencian algunos ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado y que se resumen en lo siguiente:

- (i) El juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico;
- (ii) El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente, pues ello no demuestra por si solo que se hubiere brindado una información idónea, y se requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado;
- (iii) Le incumbe a la respectiva AFP del RAIS, por inversión de la carga de la prueba, demostrar que en el momento del traslado le suministró al afiliado (a) la información suficiente y completa sobre las consecuencias de tal decisión, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, según el cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo; y

- (iv) No es necesario ser beneficiario del régimen de transición o estar próximo a causar el derecho para que se produzca la ineficacia del traslado.

En el presente caso, no se observan pruebas fehacientes que permitan tener por acreditado que el fondo privado brindó, en el momento del traslado, una información integral de las condiciones subjetivas del afiliado (a), con explicación de las ventajas y desventajas de la reubicación entre regímenes y su incidencia en su caso particular, de tal manera que aquel pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas. Esto es, el Fondo privado incumplió su deber de información, al no suministrar, de modo claro y preciso, las características, consecuencias y efectos del cambio de régimen.

Lo anterior permite dar aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de que cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social como lo son las AFP, *"La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador"*.

En consecuencia, en este puntual aspecto se confirmará la decisión adoptada en primera instancia, sin que tampoco sea de recibo el argumento planteado por la AFP PORVENIR S.A., relacionado con que la demandante se trasladó dentro del mismo RAIS, lo que demostraría su intención de permanecer en ese régimen. Y no lo es porque al respecto también se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación Laboral en múltiples providencias como la SL 5280 del 3 de noviembre de 2021, rad. 85801 en la que sostuvo claramente que *"... los traslados posteriores de un afiliado no pueden convalidar la actuación viciada en el traslado inicial, y como se ratificó en la sentencia CSJ SL1688-2019, las falencias en el suministro de información completa, veraz y efectiva sobre las consecuencias de un*

traslado, que pueden ocasionar su ineficacia, se deben examinar en el momento mismo del traslado y no con posterioridad".

Devolución cuotas de administración y demás conceptos.

De otro lado, en cuanto a la decisión de la *a quo* de ordenar el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, pero sin incluir los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, tema que se revisará según el recurso de apelación planteado por COLPENSIONES, basta con indicar que la Sala ha considerado en múltiples pronunciamientos que es factible ordenar a la AFP correspondiente, que proceda con el traslado a COLPENSIONES de todas las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de cada persona, teniendo en cuenta que no es ello más que una consecuencia natural de la ineficacia del traslado, en tanto el estado de cosas vuelve a su situación anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

Criterio que ha adoptado acogiendo lo que en tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la SCL de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como las ya citadas, pero con mayor énfasis en otras como la SL 4964 de 2018 o la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667, rememorada más recientemente en las sentencias SL 5595 de 2021 y SL 1637 del 11 de mayo de 2022, en las que dijo expresamente lo siguiente:

*"Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, **la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales**, toda vez que*

este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

(...)

En el sub lite, **la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos**, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. **Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima**, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

(...)

De otro lado, es necesario tener en cuenta que, en la sentencia ya referida, la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia fue clara en establecer que la declaratoria de ineficacia de traslado cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el respectivo afiliado “... aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen...”.

Dijo además en esa providencia, que:

“Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)”

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben

reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones."

En consecuencia, la decisión deberá ser CONFIRMADA pero ADICIONADA en el sentido de ordenarle tanto a la AFP PROTECCIÓN S.A., como a la AFP PORVENIR S.A., que procedan con el traslado no solo de las cuotas de administración, sino también del porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima y los porcentajes de primas de seguros previsionales, durante el tiempo que la señora TERESITA DE JESÚS FANKUGEN SALAS estuvo vinculada a esas entidades.

En virtud del principio de consonancia que rige el procedimiento laboral, la Sala no realizará ningún pronunciamiento en torno a la condena en costa impuesta a cargo de PORVENIR S.A. y que en los alegatos de conclusión en esta instancia solicita sea revocada, en tanto frente a ello no se interpuso recurso de apelación por su apoderada.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1`160.000.

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

R E S U E L V E:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín el día 05 de agosto de 2022, pero la ADICIONA en el sentido de ordenarle a las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., que procedan a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, no solo las cuotas de administración, sino también el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima

y los porcentajes de primas de seguros y reaseguros, es decir, todas aquellas sumas de dinero recibidas durante el tiempo que la señora TERESITA DE JESÚS FANKUGEN SALAS estuvo vinculada a cada entidad.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1 '160.000.

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

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

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **8583ff32f776b8eb80e668e6f61c3211d22cbdc675f2cd76169aeee919c9785b**

Documento generado en 31/03/2023 03:11:52 PM

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