



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veinte (20) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: JORGE ALBERTO GÓMEZ GONZÁLEZ
Demandados: ACP COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Radicado: 05001 31 05 012 2021 00158 01
Sentencia: S-103

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 éste acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP PROTECCIÓN S.A., al igual que el grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín el día 29 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

JORGE ALBERTO GÓMEZ GONZÁLEZ demandó a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debiéndolo tener para todos los efectos legales afiliado a

COLPENSIONES, sin solución de continuidad, con la consecuente orden a PROTECCIÓN S.A. de trasladar la totalidad de sumas de dinero recibidos, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurado, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos, para que estas sean recibidas por COLPENSIONES y se validen en su historia laboral. Y que se condene en costas a las entidades demandadas.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 18 de julio de 196; que comenzó a realizar sus cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 30 de enero de 1990; que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 30 de junio de 1997, siendo efectivo dicho traslado el 1º de agosto de ese mismo año, sin que su traslado hubiere sido precedido de una asesoría con información imparcial y completa acerca de las posibles ventajas y riesgos que acarrearían el traslado; que recibió una simulación pensional de PROTECCIÓN S.A. en donde le expresa que se pensionaría con \$4'126.095, siendo de \$13'312.418, la que recibiría en COLPENSIONES; y que solicitó el traslado a COLPENSIONES, el cual fue negado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES acepta la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación a esa entidad y la solicitud de ineficacia, que fue negada; frente a los demás hechos indica que no le constan por ser un hecho ajeno y que no tuvo intervención alguna. Se opuso a las pretensiones por carecer de fundamento fáctico, legal y probatorio. Como excepciones propuso la de imposibilidad de que se decrete la ineficacia del traslado, inexistencia de los intereses moratorios, prescripción, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

PROTECCIÓN S.A. expuso que es cierta la fecha de nacimiento del demandante, pero no le consta que se haya afiliado al ISS; que es cierta su afiliación a este fondo, pero que su afiliación fue mediante formulario suscrito de manera libre, espontánea y sin presiones, precedida de una asesoría adecuada, correcta y suficiente, respecto de las características de los dos regímenes; y que no el consta las proyecciones realizadas como tampoco la solicitud elevada a COLPENSIONES. Se opuso igualmente a todas las pretensiones de la demanda, toda vez que fue un acto existente, válido y exento de vicios. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones e inexistencia de devolver comisiones de administración y seguros previsionales.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 29 de agosto de 2022, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, i) **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., entendiéndose para todos los efectos afiliado sin solución de continuidad en el RPMPD; ii) **CONDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, lo descontado por conceptos de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos; iii) **ORDENÓ** a COLPENSIONES a reactivar la afiliación del demandante al RPMPD; y iv) **CONDENÓ** en costas a PROTECCIÓN S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, la apoderada de PROTECCIÓN S.A., solicita se revoque lo que tiene que ver con las comisiones de administración, seguros previsionales y la indexación, ya que respecto a la deducción de las comisiones de administración, esta se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, aplicable y vigente, y se trata de comisiones ya causadas por la administración de los dineros de la cuenta de ahorro, siendo importante tener en cuenta que son descuentos realizados por autoridad de la ley y como contraprestación a una buena gestión como lo es legalmente permitido. Que frente a los seguros previsionales solicita no sea la entidad obligada a devolver estos valores, ya que mensualmente se descontó dicho seguro y se le pagó a una aseguradora, para que en caso de que hubiese existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia ésta financiara una suma adicional que pagara la pensión por esos conceptos, siendo la aseguradora un tercero de buena fe al cual no se le puede recobrar dichos dineros; y además estos descuentos también se realizan en el RPM.

Así mismo, se conoce del asunto también vía grado jurisdiccional de **Consulta** a favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legalmente concedido, la apoderada de COLPENSIONES, expresa en sus alegatos que se debe revocar la decisión de primera instancia, toda vez que se debe tener en cuenta lo regulado en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, al igual que las sentencias proferidas por la Corte Constitucional con respecto a la conservación del régimen en casos de traslados.

CONSIDERACIONES:

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. en contra de la sentencia de primera instancia, e

igualmente conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES 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 acreditados, se tiene que: **i)** JORGE ALBERTO GÓMEZ GONZÁLEZ nació el 18 de julio de 1962; **ii)** se afilió al ISS el 30 de enero de 1990 y comenzó a realizar cotizaciones allí; y **iii)** el 30 de junio de 1997 suscribió el respectivo formulario de vinculación a la AFP PROTECCIÓN S.A. entidad en la que se encuentra afiliado actualmente.

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

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

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.*

Por su parte, la Ley 100 de 1993 también intervino el punto, pues en su artículo 271 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. Nº 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, 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.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, no se vislumbra confesión alguna respecto del cumplimiento a ese deber de información, manifiesta simplemente el demandante sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado de régimen que, se trasladó a PROTECCIÓN S.A., toda vez que se estaba hablando mucho de que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a quebrar, y tendría más seguridad en el fondo privado; que la información fue la básica y simplemente fue el diligenciamiento de los formularios; que no se acuerda que le hayan hablado de los rendimientos financieros, ya que lo que le importaba era la seguridad de su pensión; que no le hablaron de los requisitos pensionales; que si recibe los extractos de la entidad privada, pero solo mira que el ahorro este ahí; y que desea trasladarse a COLPENSIONES, porque recibiría menos de la tercera parte en el fondo privado.

De lo anterior no se deriva –entonces– que aparezca clara la prueba de un reconocimiento de que los promotores del Fondo privado hubieren informado en detalle las diferencias jurídico-financieras de

los sistemas pensionales, con expresión de sus características propias, así como las repercusiones que una decisión de semejante calado podría traerle al afiliado al momento de hacer efectiva la prestación.

Lo anterior permite dar aplicación al citado 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”*.

Sin que tampoco sea de recibo el argumento de la apoderada de COLPENSIONES en sus alegatos, relacionado con la imposibilidad en el traslado de régimen con fundamento en el art. 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 13 de la Ley 100 del 1993, tema frete al cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según sentencias como la SL 655 y SL 1022 del 23 de marzo de 2022, ha considerado que es un despropósito *“... centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Porvenir S.A. en el año 1999”*.

En consecuencia, en este puntual aspecto se **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada en primera instancia.

Conceptos a devolver.

De otro lado, en cuanto a decisión de ordenar también la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y demás conceptos, tema cuestionado en el recurso de apelación por PROTECCIÓN S.A., basta con indicar que la Sala ha considerado en

múltiples pronunciamientos, que es factible ordenar a la AFP correspondiente, que proceda con la devolución 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.”*

Se advierte igualmente que la orden a PROTECCIÓN S.A. de trasladar los conceptos mencionados, es decir, las cuotas de administración, seguros previsionales y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, deben incluir la respectiva indexación tal y como fue ordenado en primera instancia, pues así lo ha entendido igualmente la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En ese aspecto, contrario a lo que sostiene la apoderada de PROTECCIÓN S.A., dicha Corporación sí ha ordenado tal indexación y lo ha hecho en sentencias como las ya citadas, pero de forma más clara y reciente en la sentencia SL 3349 del 28 de julio de 2021, rad. 88826 en la que concluyó, entre otras cosas, que uno de los efectos de la declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen pensional, 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, esto es, que mantendrán su poder adquisitivo inicial, por lo que se deben indexar.”*

En consecuencia, la decisión deberá ser **CONFIRMADA** en todas sus partes.

Costas en esta instancia por haber resultado vencida en el recurso, a cargo de PROTECCIÓN S.A., 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 12 Laboral del Circuito de Medellín, el día 29 de agosto de 2022.

Costas en esta instancia por haber resultado vencida en el recurso, a cargo de PROTECCIÓN S.A., 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: **7e47b90e3d4de6496878da5e5fa6b4ee8017cc7f5958c4093b38cd156f20f0d8**

Documento generado en 20/04/2023 01:49:09 PM

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