



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, once (11) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: GONZALO ANTONIO FRANCO VELÁSQUEZ
Demandados: ACP COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Radicado: 05001 31 05 004 2018 00737 01
Sentencia: S-113

AUTO

En atención a la escritura pública 3374 del 2 de septiembre de 2019 allegada al expediente, en la que se otorga poder general para representar a la ACP COLPENSIONES a la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERÍA S.A.S., se le reconoce personería como apoderada judicial a la Dra. ELIANA MORENO PEDROZA, T.P. 173.191 del C. S. de la Judicatura. Y se accede a la sustitución de poder presentada por la referida apoderada, a favor de la Dra. MARÍA JOSE OTERO MARTÍNEZ portadora de la T.P. N° 242.503 del C. S. de la Judicatura, a quien se le reconoce personería judicial para actuar en los mismos términos que la apoderada 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 dar trámite al grado jurisdiccional de Consulta concedido a favor de COLPENSIONES, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín el día 22 de septiembre 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:

GONZALO ANTONIO FRANCO VELÁSQUEZ demandó a la AFP PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia de la afiliación y traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, disponiéndose su retorno a COLPENSIONES, sin solución de continuidad, entidad que también fue omisa en su deber de información. Como consecuencia, solicita se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los aportes cotizados con sus rendimientos debidamente indexados, y se proceda a la concesión de la pensión cuando cumpla los requisitos, además del reconocimiento de la indemnización de perjuicios a cargo de las demandadas. Y se condene en costas a las demandadas.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 30 de mayo de 1959; que ha prestado el servicio a entidades privadas desde el mes de julio de 1984; que en el mes de enero de 1997 (sic) suscribió formulario de afiliación con la AFP PROTECCIÓN S.A. sin haber recibido las explicaciones y las consecuencias de su traslado; que solicitó a PROTECCIÓN S.A. el traslado al ISS, petición que no ha sido contestada; y que solicitó a COLPENSIONES la devolución a dicho régimen, la cual fue rechazada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, COLPENSIONES señala de manera general que no le consta ninguno de los hechos, y que todos deberán ser probados dentro del proceso. Se opuso además a las pretensiones, por carecer

de fundamentación fáctica y legal, debiéndose absolver a esta entidad de todo lo solicitado. Como excepciones propuso inexistencia la obligación de reconocer el traslado solicitado por el demandante, ausencia de causa para pedir, prescripción, compensación e imposibilidad de condena en costas y buena fe.

PROTECCIÓN S.A. manifestó que es cierta su edad, tal y como consta en el documento de identidad; que no le consta de manera directa que haya prestado el servicio a entidades privadas; que la suscripción del formulario de afiliación a esta entidad, se hizo de manera libre, espontánea y sin presiones, explicándole las características del régimen de ahorro individual, y que por lo tanto, el acto es existente, válido, y exento de vicios de consentimiento; y que no le consta la solicitud elevada a COLPENSIONES. Se opuso a todas las pretensiones, señalando que el acto fue válido y exento de vicios. Y como excepciones planteó la de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 22 de septiembre de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, i) **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S.A., regresando de manera automática y sin solución de continuidad a COLPENSIONES; ii) **CONDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. a devolver todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual con ocasión del traslado del demandante a COLPENSIONES, quien las recibirá a su satisfacción y equivalencia, como son los aportes, cotizaciones, aportes financieros, las cuotas o gastos de administración, las sumas de seguros y reaseguros, y pagos destinados para la conformación del capital de la pensión de garantía mínima, debidamente indexados con cargo a su

propio patrimonio; *iii*) **ORDENÓ** a COLPENSIONES a reactivar la afiliación del demandante y al reajuste del histórico laboral de aportes; *iv*) **ABSOLVIÓ** a COLPENSIONES de la indemnización de perjuicios solicitada por la parte actora; y *vi*) **CONDENÓ** en costas a PROTECCIÓN S.A.

Se conoce del asunto vía grado jurisdiccional de **Consulta** a favor de COLPENSIONES, conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. Se advierte que las partes no recurrieron la decisión de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Dentro del término del traslado concedido a las partes, la apoderada de COLPENSIONES en sus alegatos se ratificó en lo manifestado en la contestación de demanda y alegatos; advirtiendo que el demandante no probó algún vicio del consentimiento por lo que se entiende que fue voluntaria su afiliación, y además para la fecha del traslado tenía la capacidad de escoger cual régimen le era más conveniente, por lo que se debe revocar cada una de las condenas.

C O N S I D E R A C I O N E S:

Corresponderá en esta instancia 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*) GONZALO ANTONIO FRANCO VELÁSQUEZ nació el 30 de mayo de 1959; *ii*) se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en julio de 1984; y *iii*) el 24 de marzo de 1995 se vinculó 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 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:

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

*“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, 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, en la empresa comenzaron hacer una serie de propaganda o beneficios de los fondos privados y ahí fue cuando decidió trasladarse; que él confiaba que la empresa le estaba brindando opciones serias; que no le hablaron del derecho de retracto, ni las modalidades pensionales del RAIS; y que no fue obligado a suscribir el formulario de afiliación.

De lo antepuesto no se deriva que aparezca clara la prueba de un reconocimiento de que los promotores del Fondo privado hubieron 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”*.

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

Conceptos a devolver.

De otro lado, en cuanto a la devolución de dineros distintos a los aportes obligatorios, tales como cuotas de administración, seguros previsionales, porcentaje de garantía de pensión mínima u otros conceptos, 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."*

Con base en lo anterior, la decisión de primera instancia será **CONFIRMADA** en su integridad.

Sin costas en esta instancia.

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 Cuarto Laboral del Circuito de Medellín el día 22 de septiembre de 2022.

Sin costas en esta instancia.

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: **f1b6b4741a37849a7064fb0b6f44e41f5b0570da880984b12cc1eb2b1c9019fb**

Documento generado en 11/05/2023 03:07:21 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>