



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

**Medellín, veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés
(2023)**

Demandante: ANDRÉS ÁVILA GARAVITO
Demandados: ACP COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Radicado: 05001 31 05 020 2019 00746 01
Sentencia: S-034

AUTO

En atención a la escritura pública 3377 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 RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S., se le reconoce personería como apoderado judicial al Dr. RICAR GIOVANNY SUÁREZ TORRES, T.P. 103.505 del C. S. de la Judicatura.

Se accede además a la sustitución de poder presentada por el referido apoderado, a favor de la Dra. LEIDY MARCELA ÁLVAREZ ROMÁN, portadora de la T.P. N° 278.531 del C. S. de la Judicatura, a quien se le reconoce personería judicial para actuar en los mismos términos que a la apoderada principal, con efectos desde el momento mismo de la presentación del memorial.

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 los recursos de apelación interpuestos por las entidades codemandadas, al igual que el grado jurisdiccional de Consulta concedido a favor de COLPENSIONES en los aspectos no recurridos, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín el día 23 de mayo 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:

ANDRÉS ÁVILA GARAVITO demandó a PROTECCIÓN S.A., a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, disponiéndose su retorno a COLPENSIONES, con la consecuente orden de trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y todos los conceptos recibidos. Pretende además se condene en costas a demandadas.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones, que se afilió al Sistema General de Pensiones a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, a partir del 1 de agosto de 1978; que en el mes de enero de 1995 se afilió al fondo de pensiones ING, hoy PROTECCIÓN S.A.; que en el mes de junio de 2002 se trasladó a PORVENIR S.A.; que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y la creación de los fondos privados, se inició una campaña para lograr afiliados a través de asesorías que no consultaban la realidad pensional de cada persona; que fue objeto de esa tendencia mercantil recibiendo una inadecuada asesoría que lo llevó a cambiarse de régimen pensional; que de no haber sido engañado por los asesores de las demandadas

había podido obtener una pensión en COLPENSIONES a los 62 años de edad; y que son abismales las diferencias en el valor de la pensión que recibiría en un régimen o en otro.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, COLPENSIONES acepta la afiliación del demandante a esa entidad y el posterior traslado al Régimen de Ahorro Individual, indicando que le consta lo demás por tratarse de situaciones ajenas a su conocimiento y que se atiene a lo probado en el proceso. Se opuso además a las pretensiones indicando que la afiliación al RAIS se realizó en debida forma en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales, buena fe, prescripción, compensación e imposibilidad de condena en costas.

PROTECCIÓN S.A. acepta la afiliación del demandante a esa entidad, pero aclara que ello ocurrió cuando se vinculó a la AFP COLMENA S.A., indicando que no le consta lo ocurrido con otras entidades. Se opuso a las pretensiones agregando que nos encontramos frente a un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento. Como excepciones propuso las que denominó falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del sistema, inexistencia de la obligación de devolver la cuota de administración y la prima del seguro previsional y traslado de aportes a PORVENIR S.A.

En el caso de PORVENIR S.A. no se presentó contestación a la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 23 de mayo de 2022, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual, ORDENANDO su regreso y reactivación a COLPENSIONES sin solución de continuidad. ORDENÓ además a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros que se hubieren causado. ORDENÓ tanto a PROTECCIÓN S.A., como a PORVENIR S.A. la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a cada entidad. ORDENA a COLPENSIONES reactivar la afiliación del demandante y recibir los aportes para tenerlos en cuenta como semanas efectivamente cotizadas. Finalmente, CONDENÓ en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$2'000.000 y a PORVENIR S.A. fijando la suma de \$1'000.000.

DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con lo decidido, la apoderada de PROTECCIÓN presentó recurso de apelación indicando que durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a esa entidad, realizó una excelente gestión de administración de su cuenta de ahorro individual y eso se evidenció en los altos rendimientos generados, por lo que condenarla a devolver esas cuotas de administración y seguros previsionales sería desconocer la excelente gestión realizada y generaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES, entidad que nunca administró la cuenta de ahorro individual. Esos descuentos por cuotas de administración son realizados toda vez que la Ley 100 en su artículo 20 autoriza realizarlos, los cuales también son descontados en igual proporción en el Régimen de Prima Media; la naturaleza de dichos descuentos es completamente diferente a la

naturaleza de la pensión por lo que se podría hablar de una prescripción parcial de esas cuotas.

A su turno, la apoderada de PORVENIR S.A. difiere de la declaratoria de ineficacia en el entendido que tal y como quedó demostrado, el demandante es una persona mayor de edad que tomó una decisión de manera libre y voluntaria luego de que se le entregara la información debida. Frente a la condena y devolución de gastos de administración, teniendo en cuenta lo indicado por la Superintendencia Financiera, los únicos valores a retornar en caso de que se declare una ineficacia son los consistentes a aportes y rendimientos, de modo que no hay lugar a que se pueda generar devolución por conceptos de gastos de administración u otras sumas adicionales debido a que las mismas se causaron por una gestión administrativa realizada por Porvenir.

Finalmente, la apoderada de COLPENSIONES señala que la información suministrada por cada una de las AFP privadas y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deberá ser valorado bajo la normatividad vigente para la fecha en que se suscribió el formulario de afiliación o de la materialización del traslado, que para el caso en concreto atendiendo a la fecha en que se realizó el traslado, no era tan exigente en cuanto a la información que debía brindarse.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Dentro del término del traslado concedido a las partes, el apoderado de PORVENIR S.A. presentó sus alegatos de conclusión solicitando se revoque la sentencia al considerar que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen del demandante, advirtiendo que legalmente no se puede ordenar la devolución de sumas diferentes como las cuotas de administración.

COLPENSIONES reitera los argumentos expuestos en su contestación a la demanda y recurso de apelación para solicitar se revoque la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES:

Corresponderá en esta instancia resolver los temas propuestos por los apoderados de las entidades codemandadas a través de sus respectivos recursos de apelación, al igual que conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES en lo no recurrido, lo que implica revisar la legalidad de la sentencia proferida en primera instancia mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación del Sr. ANDRÉS ÁVILA GARAVITO realizada al RAIS, así como las ordenes consecuenciales respecto a los dineros que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. quedan en la obligación de trasladar.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado plenamente acreditados, se tiene que: *i)* ANDRÉS ÁVILA GARAVITO nació el 7 de enero de 1961; *ii)* se afilió por primera vez al sistema pensional ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones el 1 de febrero de 1979, acumulando en esa entidad un total de 133.86 semanas; *iii)* el 8 de junio de 1999 suscribió el respectivo formulario de afiliación a la AFP COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. y *iv)* el en el mes de junio de 2002 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., entidad a la que se encuentra vinculado 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 las 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 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*

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

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.

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, siguiendo aquellos mismos pronunciamientos de la jurisprudencia laboral, esta Sala ha considerado que es factible ordenar a las AFP correspondientes, la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas recibidas con ocasión de la afiliación fallida, teniendo en cuenta que no es ello más que una consecuencia natural de la ineficacia del traslado, en tanto las cosas vuelve a su estado anterior, como si el traslado nunca hubiera existido.

En tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la SL4964-2018, SL2877-2020, SL5595-2021 o SL1637-2022, 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 la 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, sin que resulte procedente la declaratoria de prescripción toda vez que no se cumplen las condiciones para tal efecto según ha sido tratado en múltiples providencias como por ejemplo en la sentencia SL 2058 del 4 de mayo de 2022, rad. 89282:

"En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021)."

Además, tampoco puede hablarse de prescripción de los dineros descontados por concepto de cuotas de administración, seguros y reaseguros y fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que cualquier obligación que surja a cargo de la respectiva AFP, como ciertamente lo es la de restituir estos conceptos, se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de la sentencia, sumado al hecho de que tales conceptos

están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación, y en consecuencia, al estar ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidas a la prescripción.

Costas en esta instancia por haber resultado vencidas en el recurso, a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1`160.000 distribuida por partes iguales.

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 Veinte Laboral del Circuito de Medellín el día 23 de mayo de 2022.

Costas en esta instancia por haber resultado vencidas en el recurso, a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1`160.000 distribuida por partes iguales.

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: **2546e8849fb2a9ef2bc3ea00320b33203c672ecf6203a1b8c085fe51c91b1e4b**

Documento generado en 23/02/2023 03:53:06 PM

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