



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, nueve (9) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: MARÍA EULALIA BERNAL GALLEGO
Demandados: ACP COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 001 2019 00731 01
Sentencia: S-055

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 PORVENIR S.A., así como a dar trámite al grado jurisdiccional de CONSULTA que opera a favor de COLPENSIONES, con ocasión de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín el día 13 de julio 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

MARÍA EULALIA BERNAL GALLEGO demandó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

por no habersele proporcionado una información completa y comprensible, disponiéndose su retorno a COLPENSIONES sin solución de continuidad, con la consecuente orden de trasladar todos los aportes recibidos. Pretende además se condene en costas a las entidades demandadas.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 1 de febrero de 1962; que inició sus cotizaciones al Régimen de Prima Media en el año 1990; que en 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP PORVENIR S.A.; que actualmente está vinculada al servicio del MUNICIPIO DE ROLDANILLO; que en aquel momento de traslado de régimen pensional no recibió una información precisa ni real acerca de cómo sería su mesada pensional; que se desconocieron sus situaciones particulares y con base en las cuales lo más beneficioso era el Régimen de Prima Media; que no le explicaron de forma clara los riesgos y beneficios de esa decisión; y que su solicitud de traslado a COLPENSIONES ha sido negada por las entidades demandadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES acepta únicamente la fecha de nacimiento de la demandante, indicando que no le consta lo demás por tratarse de situaciones relacionadas con terceros que deben ser probadas en el curso del proceso. Se opuso además a las pretensiones por la imposibilidad de traslado regulada en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Como excepciones propuso inexistencia de presupuestos legales para decretar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen, prescripción, compensación indexada, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

PORVENIR S.A. señala de manera general que no le consta ninguno de los hechos de la demanda, indicando que cada uno de ellos deben ser probados en el curso del proceso y que de todas maneras los asesores de esa entidad le brindaron a la demandante las asesorías pertinentes para que la decisión de traslado de régimen pensional fuera libre, voluntaria e informada. Se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda y como excepciones propuso prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 13 de julio de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A. a la que le ordenó trasladar al RPMPD todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación, con los rendimientos que se hubieren causado. Ordenó además la devolución de lo recibido por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje de garantía de pensión mínima, todos los cuales deberán ser indexados. Finalmente CONDENÓ en costas a PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$3 '000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, el apoderado de PORVENIR presentó recurso de apelación indicando que no le asiste razón a la jueza de primera instancia para declarar la ineficacia del traslado con base en una falta de información cuando no le era obligatorio brindarla teniendo en cuenta las consideraciones de la Circular No 19 de 1998 emitida por la Superintendencia financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia establecida para que se efectuara el traslado, que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del formulario de afiliación.

No es factible tampoco ordenar la devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esos descuentos se realizan de igual forma en el RPM en el que se destina un 3% de la cotización para financiar los gastos de administración, la pensión de invalidez y la de sobreviviente. Esos gastos de administración o dineros adicionales no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción.

Conoce la Sala igualmente del asunto por **Consulta** a favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia, una vez surtido el traslado respectivo, el apoderado de PORVENIR S.A. presentó sus alegatos de conclusión solicitando se revoque la sentencia al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen. De considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, se tenga en cuenta la imposibilidad de ordenar la devolución de sumas como las cuotas de administración.

A su turno, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión a través de los cuales reitera los argumentos expuestos en la contestación a la demanda y solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES:

Corresponderá en esta instancia, además de resolver los temas propuestos por el apoderado de PORVENIR S.A. en su recurso de apelación, conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES con el objeto de salvaguardar sus

intereses, lo que implica revisar la legalidad de la sentencia de primera instancia mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación de la señora MARÍA EULALIA BERNAL GALLEGO realizada al RAIS, así como las ordenes consecuenciales respecto a los dineros que la AFP PORVENIR S.A. queda en la obligación de trasladar.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado acreditados, se tiene que: *i)* MARÍA EULALIA BERNAL GALLEGO nació el 1 de febrero de 1962; *ii)* se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones el 12 de julio de 1994, completando un total de 46.14 semanas de cotización; y *iii)* el 1 de julio de 1995 suscribió el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., entidad en la que se encuentra vinculada 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 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

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

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 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, 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 vuelven 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.

En consecuencia, la decisión de primera instancia deberá ser confirmada.

Costas en esta instancia por haber resultado vencida en el recurso, 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 Primero Laboral del Circuito de Medellín, el día 13 de julio de 2022

Costas en esta instancia por haber resultado vencida en el recurso, 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: **0f2be62fecf35b3704998b4b0c956240cb02ff13f5b63774c67f0da563e5f429**

Documento generado en 09/03/2023 02:51:19 PM

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