



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, dieciséis (16) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: ALEJANDRINA VELASCO NARANJO
Demandados: ACP COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 001 2020 00139
Sentencia: S-066

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 la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín el día 24 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

ALEJANDRINA VELASCO NARANJO 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 a las entidades demandadas a lo que ultra y extra petita resulte probado en el proceso y así las costas.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 17 de octubre de 1964; que se afilió al ISS y comenzó a realizar cotizaciones a esa entidad en el mes de junio de 1985; que en noviembre de 2007 se trasladó a la AFP PORVENIR; que al momento de la afiliación no recibió información sobre la liquidación final de su pensión una vez cumpliera con los requisitos para pensionarse; que en ese momento no fue informada de las desventajas de trasladarse de régimen pensional, pues para ella resultaba más beneficioso quedarse en el RPM teniendo en cuenta la fecha de ingreso al empleo y su IBL; que la asesoría que brindó el agente comercial de la AFP no tuvo en cuenta sus condiciones particulares y se limitó a informar sobre la rentabilidad y fluctuaciones del mercado; que no le explicaron de manera clara y precisa, los riesgos y beneficios que corría al estar afiliada al RAIS frente al RPPM; y que su solicitud de retorno a COLPENSIONES fue negada por las entidades demandadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, PORVENIR S.A. niega en su mayoría los hechos de la demanda y aclara que la demandante suscribió formulario de afiliación con el día 13 de septiembre de 2007 y su afiliación se hizo efectiva el 1 de noviembre de ese mismo año. Indica además que el traslado del régimen efectuado por la actora se dio en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha, efectuándose además la debida asesoría y que durante la vigencia de la afiliación ha brindado una continua asesoría e información con relación a las condiciones del

régimen acorde a la normatividad vigente, por lo tanto, no es posible visualizar perjuicios derivados de la decisión del traslado. Se opuso además a las pretensiones por cuanto carecen de fundamento jurídico y fáctico. Como excepciones propuso la de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

En el caso de COLPENSIONES, acepta la fecha de nacimiento de la demandante y la reclamación administrativa surtida el 10 de octubre de 2019; niega la fecha la afiliación aclarando que según la historia laboral la demandante inició cotizaciones en el mes de julio de 1985 e indica 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 y como excepciones propuso inexistencia de nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, improcedencia de la afiliación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media, desconocimiento del precedente judicial, devolución de aportes y cuotas de administración debidamente indexados, prescripción, compensación, imposibilidad de condena en costas y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 24 de agosto 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 con la respectiva

indexación. 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, la apoderada de PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación indicando que entregar un documento que acredite haber brindado la información necesaria a la afiliada no era un requisito que estuviera vigente al momento en que se efectuó el traslado de la demandante, ya que para ese momento únicamente le asistía a la AFP la obligación de guardar un soporte que consistía en el formulario de vinculación el cual es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo anterior no es cierto que en la actualidad cuente con una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado en audiencia. Aclara que por su parte se cumplió con el deber de información y específicamente no comparte que se esté obligando a su representada frente a normas que no estaban vigentes en la época que se dio el traslado de régimen. Si no se decide acoger su solicitud, solicita se revoque la orden de devolución de cutas de administración y seguros previsionales.

También debe revocarse la condena en costas debido a que siempre ha actuado de buena fe.

A su turno, la apoderada de COLPENSIONES solicita se adicione y se ordene a Porvenir devolver a Colpensiones el 100% de los aportes efectuados por la afiliada, esto es, saldo de la cuenta de ahorro individual, gastos o cuotas de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y los seguros previsionales, la prima de reaseguros en Fogafin y los aportes al fondo de solidaridad pensional causados durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a la AFP Porvenir, todos esos conceptos debidamente indexados, todo esto considerando que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS todos

aquellos actos jurídicos que hayan sido celebrados con posterioridad a dicha afiliación pierden su fuerza vinculante.

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.

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

CONSIDERACIONES:

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia, e igualmente conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de ésta última 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 encuentran los siguientes: **i)** La señora ALEJANDRINA VELASCO NARANJO nació el 17 de octubre de 1964; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones allí, el 4 de julio de 1985, completando en esa entidad un total de 466.57 semanas de cotización; y **iii)** el año 2007 suscribió formulario de afiliación o traslado ante la AFP el día 13 de septiembre, entidad a la cual 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 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.*

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.

El simple hecho de que se haya suscrito un formulario de afiliación, no puede significar que con ello la entidad cumplió con su obligación de suministrar una información completa, precisa, adecuada y oportuna, relacionada con las ventajas y desventajas de permanecer en el ISS o trasladarse al fondo privado. Dicho documento no contempla un análisis de su caso en particular que contenga una proyección de su situación pensional concreta y específica, en uno u otro régimen, sino que simplemente se trata de un formato preestablecido, en el cual solo hace constar que tomó la decisión de manera espontánea y sin presiones, cuestión, que, en rigor, no se está controvirtiendo en este evento.

Además, del interrogatorio de parte que le fuera practicado a la afiliada no se vislumbra confesión alguna respecto del cumplimiento a ese deber de información. Si bien pudo haber recibido algunas explicaciones generales acerca del funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual y los rendimientos que generarían los aportes acumulados en su cuenta de ahorro individual, ello no significa una asesoría completa, clara, detallada y precisa de todos los alcances de su decisión.

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 la AFP correspondiente, 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, advirtiéndole igualmente la Sala que la orden a PORVENIR 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, pues así lo ha entendido igualmente la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia SL 3349 del 28 de julio de 2021, rad. 88826).

Todo lo anterior 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.

Finalmente, en cuanto al recurso de apelación que presenta la apoderada de COLPENSIONES, se observa que la sentencia de primera instancia incluyó la mayoría de los conceptos que se solicitan sean devueltos incluyendo la respectiva indexación, **salvo lo relacionado con los valores destinados al Fondo de Solidaridad Pensional.**

En tal caso, estima la Sala que no es susceptible la devolución habida cuenta que este fondo no es exclusivo del RAIS, como es el caso del Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, sino que es un fondo independiente del Sistema General de Pensiones y que tiene una naturaleza totalmente diferente, pues se trata de una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo y administrada por sociedades fiduciarias de naturaleza pública.

Además, su finalidad es “(...) subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte” y “hacer efectivo el principio de solidaridad que rige al sistema de seguridad social” y materializar el Estado Social de Derecho, al asegurar a los menos favorecidos la satisfacción de sus

necesidades básicas", (artículo 26 de la Ley 100 de 1993 y sentencias C-243 de 2006, reiterada en la T-321 de 2019).

En suma, no le es dable a COLPENSIONES pretender que se traslade a sus arcas, así sea con la finalidad de financiar la pensión de vejez que pueda corresponderle al demandante, dineros respecto de los cuales esa entidad NO es destinataria ni le pertenecen, ya que le corresponden es al Fondo de Solidaridad Pensional cuya cuenta tiene una finalidad específica, según lo anotado. De manera que su devolución es totalmente irrelevante a efectos de financiar el fondo común del RPMPD, por lo que la decisión en tal sentido deberá ser confirmada.

Finalmente, otro tema que cuestiona la apoderada de PORVENIR S.A. a través de su recurso de apelación, tiene que ver con la condena en costas impuesta a su cargo.

Para resolver la inconformidad que plantea la recurrente, basta con señalar que el artículo 365 del Código General del Proceso ratificó el criterio objetivo en cuanto ordena que en los procesos y en las actuaciones posteriores en que haya controversia, se CONDENARÁ en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto, entre otros casos.

Resulta que en este caso PORVENIR presentó oposición a las pretensiones de la demanda alegando entre otras cosas el cumplimiento del deber de información y la validez del acto jurídico de traslado, lo que implica que deba entenderse como entidad vencida en juicio y por ende obligada al pago de las costas procesales

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, 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 24 de agosto de 2022.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, 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: **d679fddb00004b6c5a142889e8bc6869bcff2f9125e9f42ac1be544cd49edc0b**

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