



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

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

Demandante: GONZALO RAMÍREZ HOYOS
Demandados: ACP COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 001 2020 00340
Sentencia: S-067

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, al igual que el grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín el día 18 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

GONZALO RAMÍREZ HOYOS demandó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo lo siguiente:

“PRIMERA: Que se declare la ineficacia, o en su defecto la nulidad, de la vinculación o acto de selección de régimen y de traslado de mi mandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., al haber omitido información por parte del representante del Fondo, sobre las reales consecuencias que acarrearía la selección de ese régimen o el traslado del régimen pensional.

SEGUNDA: Consecuencialmente, solicito que se declare la afiliación permanente de mi mandante al Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, sin solución de continuidad por el tiempo de cotización al Sistema General de Pensiones.

TERCERA: Que se ordene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el traslado de todo el dinero que se encuentra depositado en la cuenta de ahorro individual del actor, incluidos los rendimientos, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y ordenar a esta última entidad la recepción del mismo.

(...)

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 5 de julio de 1961; que se encontraba afiliado al ISS sin tener claro el tiempo cotizado en dicha entidad ni su afiliación a la misma; que en junio de 2007 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A.; que en ese momento no fue informado de las desventajas de trasladarse de régimen pensional, ni le explicaron cuáles eran las características de los fondos privados o un comparativo con el RPM; que no se le instruyó con detalle acerca del bono pensional y sus condiciones; que los asesores de la AFP PORVENIR S.A. no le suministraron información adicional respecto del saldo que debía reunir para pensionarse antes de la edad establecida para el RPM, tampoco se le ilustró acerca del límite de diez años que le impedía acceder al RPM una vez cumpliera 52 años; y que sus mesadas pensionales se verán considerablemente

afectadas, pues la pensión a recibir del RAIS es notablemente inferior en comparación a la que recibiría en el RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES acepta únicamente la fecha de nacimiento de la demandante, indicando frente a los demás que no le constan por tratarse de situaciones ajenas a la entidad. Con relación a la afiliación al RPM, indica que una vez revisado el expediente administrativo no se avizora que en alguna oportunidad haya cotizado a dicho régimen. 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 y/o nulidad del traslado de régimen, prescripción, compensación indexada, buena fe de Colpensiones improcedencia de la afiliación.

En el caso de PORVENIR S.A., niega la falta de información suministrada al afiliado y aclara que por medio de sus asesores brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993, 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 en la medida que la afiliación realizada por el demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en el formulario de vinculación. Como excepciones propuso la de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 18 de agosto de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por el demandante a 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 S.A. presentó recurso de apelación y ratifica lo manifestado en los alegatos de conclusión y considera que no hay lugar a nulidad o ineficacia en razón de una falta al deber de información por cuanto el artículo 271 de la ley 100 de 1993 indica que para que haya lugar a la declaración de ineficacia deben existir actos que vayan en contra de la voluntad del afiliado, es decir, cuando se realizan actos con dolo para impedir o atentar en contra de esa libertad de afiliación lo que supone la intención de causar daño, lo que no quedó acreditado dentro del proceso; adicional a eso, el afiliado demostró su voluntad de permanecer afiliado a dicho régimen con su permanencia por más de 15 años en la AFP Porvenir. También debe tenerse en cuenta que el demandante indicó que para el momento de su afiliación estuvo presente un asesor de la AFP, el cual le brindó información lo que se materializa con la suscripción del formulario de afiliación. De otro lado, cuestiona la devolución de las cuotas de administración y seguros previsionales.

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.

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 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 la AFP PORVENIR 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.

Ante todo, surge una primera inquietud acerca de si el demandante estuvo o no afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES antes de su vinculación a PORVENIR S.A., pues, al respecto, en el hecho primero de la demanda se muestra vacilante cuando advierte, a través de su voceo judicial, que *"El demandante se encontraba afiliado al Instituto de Seguros Sociales (para entonces entidad administradora del RPM, hoy COLPENSIONES) para los riesgos de IVM, aunque no es claro el tiempo cotizado en dicha entidad ni su afiliación a la misma."*

En consonancia con lo anterior, se observan dos documentos que pueden inclinar el pensamiento de dicha afiliación previa al ISS, como son:

1.- Aparece un reporte de semanas cotizadas en pensiones, emitido por COLPENSIONES, en el que figura una cotización **pagada** por el

señor RAMÍREZ HOYOS, correspondiente al mes de 2004-04, sufragada el día 12 de abril de ese año por valor de \$51.910 y sobre un IBC reportado de \$358.000. El pago correspondió a los 30 días del mes de abril de 2004, pero, en la casilla “Observaciones” se aprecia una anotación en términos de que *“Nombres no concuerdan con Registraduría”*, Lo anterior, pese a que al confrontarse por esta Sala dicha constancia (pág. 19 del archivo 01Demanda) con la copia de la cédula de ciudadanía del actor (pág. 13 ib), se observa total consonancia tanto en cuanto al número de identificación (71.606.424) como en lo relativo al nombre del cotizante, RAMÍREZ HOYOS GONZALO. Y,

2.- En la pág. 14 del mismo archivo, se tiene constancia de una respuesta dada al mismo demandante el día 23 de septiembre de 2020, bajo el asunto denominado *“tipo de trámite: AFILIACIONES – Traslado de régimen”*, en la cual COLPENSIONES le informa a través de la Directora de Atención y Servicio, que:

“Nos permitimos informare que su solicitud radicada como se indica en la referencia, no ha sido aceptada.

Lo anterior por los siguientes motivos:

Motivo de rechazo:

No es procedente dar trámite a su solicitud por cuanto la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.”

Se infiere así que, si el accionante no figurase vinculado a COLPENSIONES, otro habría sido el motivo del rechazo, según lo debía haber arrojado *“la información consultada”*

Añádase a ello que al sustentar el recuso se apelación, PORVENIR S.A. nada adujo a este respecto, lo que supone su conformidad con el análisis del fallo en cuanto partió de la base de la existencia de tal afiliación previa en COLPENSIONES.

Así las cosas, bien pueden darse por acreditados en este caso los siguientes hechos **i)** GONZALO RAMIREZ HOYOS nació el 05 de julio de 1961; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES realizando cotizaciones por el ciclo de abril de 2004; y **iii)** el año 2007 suscribió formulario de afiliación o traslado ante la AFP el día 28 de junio, entidad a la cual se encuentra actualmente vinculado.

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:

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

*“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 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.

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 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 a cargo de PORVENIR S.A., por haber sido vencida en el recurso, 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, 18 de agosto 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: **cba5213da5ca1abed7b1822d4802658fcc5d6496a5216bdcae41af38df0ce7b1**

Documento generado en 16/03/2023 01:25:07 PM

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