



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: FANNY ANGULO DELGADO
Demandados: ACP COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 004 2019 00723 01
Sentencia: S-086

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 por COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín el día 23 de febrero 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

FANNY ANGULO DELGADO demandó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la nulidad 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 11 de febrero de 1967; que ingresó a laborar en el sector privado desde el 31 de marzo de 1989 cuando se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; que en esa entidad alcanzó a acumular un total de 21.71 semanas de cotización; que posteriormente se vinculó al sector público sin realizar aportes al ISS; que el 11 de marzo de 1997 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A.; que en ese momento le informaron que allí tendría su mejor opción pensional; que el fondo privado de pensiones no actuó con la debida diligencia que la ley le impone e incumplió el deber de información que le correspondía, lo que compromete su responsabilidad; que no le indicaron las consecuencias de trasladarse de régimen pensional; y que su solicitud de retorno a COLPENSIONES ha sido negado por las entidades demandadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, PORVENIR S.A. niega la totalidad de hechos de la demanda indicando que la afiliación se realizó de forma libre y voluntaria en cumplimiento de las obligaciones vigentes para esa época, efectuándose la debida asesoría y entregándose una información clara, suficiente y veraz. Se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda indicando que no se demostró causal que invalide la afiliación, la cual se realizó producto de una decisión libre e informada. Como excepciones propuso prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

COLPENSIONES acepta 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 carecer de fundamento fáctico y legal. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación demandada, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, prescripción e imposibilidad de condena en costas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 23 de febrero de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia del traslado que la demandante hizo del RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS a la AFP PORVENIR S.A., a la que le ORDENÓ retornar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante y que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones con sus respectivos rendimientos, además de los gastos de administración, pago de seguros y reaseguros, pagos al fondo de pensión de garantía mínima. ORDENÓ a COLPENSIONES permita el traslado de la actora del RAIS AL RPM conservando los beneficios que la cobijaban al momento de su traslado de régimen, actualizando el histórico laboral de aportes y recibiendo los aportes detallados. CONDENÓ en costas y agencias en derecho por el valor de \$2.500.000 a cargo de PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, la apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia considerando que si bien se habla de la carga dinámica de la prueba por la posición ventajosa del fondo privado respecto de sus afiliados, la misma se hace suponiendo requisitos y obligaciones que debieron cumplir los mismos, impuestos de manera retroactiva a lo que hoy la Ley y jurisprudencia impone;

tampoco resulta acertado hablar de falta de información o engaño por parte de los fondos privados a la hora de afiliar a sus cotizantes considerando que el monto de la pensión de vejez en el RAIS está ligado por mandato legal a una situaciones financieras que eventualmente permiten una variación en el sistema pensional de los afiliados tales como edad, beneficiarios, expectativas de vida, saldo de la cuenta de ahorro individual y demás, por ende no puede hablarse de engaño cuando son características propias del RAIS conocidas por la demandante en el transcurso de su afiliación.

A su turno, la apoderada de PORVENIR S.A. indica que con la declaratoria de ineficacia se encuentran afectados principios fundamentales como la confianza legítima otorgada a través de los formularios de afiliación suscritos por la parte actora, formularios de 1997 que no se tacharon de falsos, además de ello dichos formularios cumplen con los criterios del artículo 11 del decreto 692 del año 1994; a su vez no existe una línea jurisprudencial en lo que refiere a los formularios de afiliación puesto que eran esos los documentos que se exigían para la época.

Además, no comparte la decisión de ordenar la devolución de las cuotas de administración al haber demostrado la diligencia en la administración de los recursos y la generación de rendimientos financieros. Frente a ellas solicita se declare la prescripción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legalmente concedido, COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión a través de los cuales solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se le absuelva de todas las pretensiones de la demanda, para lo cual reitera los argumentos expuestos en la respectiva contestación.

En igual sentido se pronunció el apoderado de PORVENIR S.A. quien solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia en su integridad.

CONSIDERACIONES:

Se procede a desatar los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia de primera instancia, e igualmente conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de la primera 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)* FANNY ANGULO DELGADO nació el 11 de febrero de 1967; *ii)* se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 31 de marzo de 1989; y *iii)* el 11 de marzo de 1997 suscribió el respectivo formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., entidad en la que se encuentra afiliada 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,

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

advirtiéndolo, 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 sí 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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, cuyas agencias en

derecho se fijan en la suma de \$1 ' 160.000 distribuidos entre ellos en 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 4 Laboral del Circuito de Medellín, el día 23 de febrero de 2022.

Costas en esta instancia por haber resultado vencidas en el recurso, a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1 ' 160.000 distribuidos entre ellos en 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: **06e5513462fbd8830c403d365b05d8330adb87184382cf5823579ebb125cddff**

Documento generado en 31/03/2023 03:13:12 PM

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

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