



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: ADRIANA MARÍA CASTAÑO GARCÉS
Demandados: ACP COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 012 2022 00003 01
Sentencia: S-090

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 Doce Laboral del Circuito de Medellín el día 1º de septiembre 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

ADRIANA MARÍA CASTAÑO GARCÉS demandó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia o nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debiéndola tener para todos los efectos legales afiliada a

COLPENSIONES, sin solución de continuidad, con la consecuente orden a PORVENIR S.A. de trasladar la totalidad de sumas de dinero recibidos, para que estas sean recibidas por COLPENSIONES para reconocer prestaciones económicas a que haya lugar. Y que se condene en costas a las entidades demandadas.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 19 de marzo de 1965; que inició sus cotizaciones en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 17 de agosto de 1990; que cotizó al ISS hasta el año 2000, realizando su traslado en septiembre de ese mismo año al Régimen de ahorro individual RAIS; que nunca se le explicaron las consecuencias del traslado; que nunca ha obtenido respuesta del fondo privado acerca de su comparativo pensional; y que solicitó el traslado a COLPENSIONES, el cual ha sido negado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES acepta la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a esa entidad y cotización a la misma, el posterior traslado al RAIS, y la solicitud elevada de ineficacia, la misma que fue negada, indicando que no le consta lo demás hechos por ser ajenos a la entidad, y que, por ende, deben ser objeto de debate probatorio. Se opuso además a las pretensiones por carecer de fundamento fáctico y legal. Como excepciones propuso la de inexistencia de la ineficacia del traslado de régimen, devolución de los aportes debidamente indexados, prescripción, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

PORVENIR S.A. expuso que no le consta la fecha de nacimiento como tampoco la afiliación al ISS, y frente a los demás hechos, indica que no es cierto, toda vez que la afiliación se realizó de forma libre y voluntaria en cumplimiento de las obligaciones vigentes para esa

época, efectuándose la debida asesoría, entregándose una información clara, suficiente y veraz, y dándole a conocer las ventajas y desventajas del RAIS. Se opuso igualmente a todas las pretensiones de la demanda indicando que la afiliación fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada. Como excepciones propuso prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 1º de septiembre de 2022, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, i) DECLARÓ la ineficacia de la afiliación efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., entendiéndose para todos los efectos afiliada sin solución de continuidad en el RPMPD; ii) CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, lo descontado por conceptos de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado; iii) ORDENÓ a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante al RPMPD; y iv) CONDENÓ en costas a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, la apoderada de PORVENIR S.A., solicita se revoque la sentencia de manera parcial frente al numeral segundo, en lo que refiere a la indexación de las sumas, ya que respecto de los gastos de administración debe tenerse en cuenta que la declaratoria de ineficacia debe hacerse bajo los términos del artículo 113 de la ley 100 de 1993, esto es generando la devolución de los rendimientos y aportes únicamente, siendo los gastos de administración sumas de tracto sucesivo de lo que no es posible generar una posible devolución, ya que son producto de una debida gestión de

administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante y pertenecen a la AFP, toda vez que generaron unos rendimientos, los cuales han favorecido al capital de la demandante, cumpliendo el fondo privado a cabalidad con sus obligaciones, no pudiéndose predicarse su imprescriptibilidad; y en caso de generarse la indexación sería una doble condena en contra de la entidad.

Así mismo, se conoce del asunto también vía grado jurisdiccional de **Consulta** a favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legalmente concedido, la apoderada de la demandante, expresa en sus alegatos que se debe confirmar la sentencia, ya que la administradora de pensiones en quien depositó su confianza debió asesorarla de manera plena, pues en ellos recae una responsabilidad profesional, en donde está en juego el futuro pensional de una persona. Y que debe tenerse en cuenta, que la carga de la prueba está en cabeza los fondos privados, sin que prospere la excepción de prescripción.

Por otro lado, si bien la entidad COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión en donde solicita se revoque la decisión de primera instancia, observa la Sala que la apoderada no presentó la sustitución de poder correspondiente, por lo que estos alegatos no podrán ser tenidos en cuenta.

CONSIDERACIONES:

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por 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.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado acreditados, se tiene que: **i)** ADRIANA MARÍA CASTAÑO GARCÉS nació el 19 de marzo de 1965; **ii)** se afilió al ISS el 17 de agosto de 1990 y comenzó a realizar cotizaciones allí; y **iii)** el 27 de septiembre del año 2000 suscribió el respectivo formulario de afiliación o traslado 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 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:

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 271 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 de la afiliada, 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.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, no se vislumbra confesión alguna respecto del cumplimiento a ese deber de información, manifiesta simplemente la demandante sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado de régimen que, al encontrarse laborando con el Municipio de Rionegro, llegó un asesor del fondo privado, el cual les expuso que el ISS se iba a acabar y que PORVENIR S.A. tenía un músculo financiero muy importante que les podría asegurar una pensión. Que nunca le explicaron que sucedería con las semanas cotizadas en el ISS ni como funcionaban los extractos pensionales, como tampoco el derecho de retrato. Y que, en el formulario de afiliación, vinculó a su hijo como beneficiario, toda vez que se le expresó que podría ser su heredero de la pensión.

De lo anterior no se deriva –entonces- que aparezca clara la prueba de un reconocimiento de que los promotores del Fondo privado hubieren informado en detalle las diferencias jurídico-financieras de los sistemas pensionales, con expresión de sus características propias, así como las repercusiones que una decisión de semejante calado podría traerle a la afiliada al momento de hacer efectiva la prestación.

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 decisión de ordenar también la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y demás conceptos, tema cuestionado en el recurso de apelación por PORVENIR S.A., basta con indicar que la Sala ha considerado en múltiples pronunciamientos, que es factible ordenar a la AFP correspondiente, que proceda con la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de cada persona, teniendo en cuenta que no es ello más que una consecuencia natural de la ineficacia del traslado, en tanto el estado de cosas vuelve a su situación anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

Criterio que ha adoptado acogiendo lo que en tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la SCL de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como las ya citadas, pero con mayor énfasis en otras como la SL 4964 de 2018 o la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667, rememorada más recientemente en las sentencias SL 5595 de 2021 y SL 1637 del 11 de mayo de 2022, en las que dijo expresamente 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 el 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."

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.

Se advierte igualmente 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, deben incluir la respectiva indexación tal y como fue ordenado en primera instancia, pues así lo ha entendido igualmente la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En ese aspecto, contrario a lo que sostiene la apoderada de PORVENIR S.A., dicha Corporación sí ha ordenado tal indexación y lo ha hecho en sentencias como las ya citadas, pero de forma más clara y reciente en la sentencia SL 3349 del 28 de julio de 2021, rad. 88826 en la que concluyó, entre otras cosas, que uno de los efectos de la declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen pensional, es que *"... todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, esto es, que mantendrán su poder adquisitivo inicial, por lo que se deben indexar."*

Costas en esta instancia por haber resultado vencida en el recurso, a cargo de PORVENIR S.A., 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 12 Laboral del Circuito de Medellín, el día 1º de septiembre de 2022.

Costas en esta instancia por haber resultado vencida en el recurso, a cargo de PORVENIR S.A., 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

Código de verificación: **b091546c5d0f2e13fff2520d7853afd9814f181212f28bd52c4e7e9ae6b3e02e**

Documento generado en 13/04/2023 01:47:46 PM

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

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