



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

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

Demandante: CARLOS MAURICIO HERNÁNDEZ GIL
Demandados: ACP COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Radicado: 05001 31 05 025 2022 00298 01
Sentencia: S-278

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 COLFONDOS**, al igual que en el grado jurisdiccional de **Consulta** concedido a favor de COLPENSIONES, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín el día 5 de junio de 2023.

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:

CARLOS MAURICIO HERNÁNDEZ GIL demandó a la AFP COLFONDOS S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia de la

afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Y como consecuencia se ordene la afiliación o reactivación a COLPENSIONES, así como el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, frutos e intereses, cuotas de administración, aportes al fondo de solidaridad pensional, comisiones, seguro previsional. Además, pretende se condene en costas del proceso a las demandadas.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones que nació el 24 de abril de 1963 y cuenta con 1.191,57 semanas cotizadas; que fue trasladado a COLFONDOS S.A. en 1998 cuando laboraba en Contravía Express, al ser visitado por uno de sus asesores quien le informó que el ISS se iba a acabar y correría el riesgo de perder su pensión, adicionalmente le expresó que con el fondo tenía ventajas de pensionarse más joven; que no le brindaron la información adecuada, suficiente, donde se indicaran las ventajas y desventajas viéndose fracturado el consentimiento informado; que al suscribir el formulario dejó como beneficiario su hijo nacido el 20 de diciembre de 1995, sin dejar constancia de ello, que se incumplió lo establecido en el artículo 11 de Decreto 692 de 1994; que solicitó a la AFP remitir estudio previo hecho al momento de la afiliación, al cual se le dijo que la asesoría fue de forma verbal, por lo que no cuentan con tal soporte; que solicitó al fondo privado la proyección pensional, donde se le indicó que su saldo era insuficiente para pensión; y que conforme la historia laboral tendría una mesada de \$2'283.165 en el RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, COLPENSIONES manifestó que es cierta la fecha de nacimiento del demandante; sobre los demás hechos indica que no le constan por ser circunstancias ajenas al conocimiento de esa entidad, como lo son las circunstancias de modo, tiempo y lugar que originaron la selección libre y voluntaria de régimen del demandante. Se opuso a

todas las pretensiones. Y como excepciones propuso imposibilidad de declaratoria de ineficacia de traslado de fondo, prescripción, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración, imposibilidad de condena en costas y compensación.

COLFONDOS S.A. señaló que es cierta la fecha de nacimiento del demandante y el número de semanas cotizadas; niega que se le haya dicho al demandante al momento de la afiliación que debía pasarse de régimen porque el ISS se iba a acabar; que la información dada al actor fue suficiente, clara, completa, y no se omitió el deber de información, cumpliendo a cabalidad con la normatividad vigente de la época de la vinculación; que fue el mismo actor quien desconoció a sus beneficiarios; que en cuanto a la proyección pensional, no es cierto que se le haya informado que su capital no es suficiente, pues lo cierto es que se le informó que el valor era meramente informativo, ya que éste se le indicaría cuando lo tramitara oficialmente; y que desconoce cuál sería el cálculo realizado bajo la modalidad del RPM. Se opuso a todas las pretensiones. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 5 de junio de 2023, el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual el 30 de julio de 1998, entendiendo que para todos los efectos legales nunca se trasladó de régimen y por tanto siempre permaneció en el RPMPD hoy COLPENSIONES; **CONDENÓ** a COLFONDOS S.A. a que traslade a COLPENSIONES todos los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones completas y los respectivos rendimientos financieros, y a devolver el valor de los

descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, prima de reaseguros de Fogafín, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora que se hubiesen podido generar desde el 1º de septiembre de 1998, y hasta el momento en que se haga el traslado efectivo de estos recursos. Que las sumas que deben devolverse por concepto de descuentos deberán trasladarse debidamente indexadas, con cargo a sus propios recursos. Y que al momento de cumplir la orden los conceptos deben aparecer discriminados con valores, detalle de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante; **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS S.A. los valores aludidos, y a incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral; **ORDENÓ** a COLFONDOS S.A, en el caso en que haya recibido los bonos pensionales en el que estarían representadas las cotizaciones al RPM del demandante, restituirlo a la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación; y **CONDENÓ** en costas a COLFONDOS S.A.

DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con lo decidido, la apoderada de COLFONDOS S.A. presentó recurso de apelación de manera parcial, respecto de devolver a Colpensiones los porcentajes descontados, ya que la condena resulta inviable, pues el demandante de forma libre y voluntaria de acuerdo con la libertad de selección y afiliación del artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993, resolvió afiliarse al RAIS y a todas las exigencias y características del régimen, por lo que no hay lugar al traslado de los conceptos exigidos, ni a las cuotas de administración, pues la deducción se realizó por una disposición legal, válida, exequible y exigente, toda vez que son valores ya pagados por la administración de parte del fondo, generando rendimientos superiores a los del RPM, y además como son conceptos de tracto sucesivo causados por la periodicidad que impone la ley, al no ser reclamados dentro de los tres años siguientes, están prescritos. Señala que las cuotas de administración

no tienen razón jurídica para ser devueltas, pues no puede desconocerse las situaciones fácticas que mediaron ese traslado y el efecto que se produjo, porque si el traslado fue declarado ineficaz, este traslado lleva más de 20 años en la mayoría de los casos, en donde se produjeron unos efectos jurídicos válidos hasta hoy, y en donde la administradora cumplió con el deber de administrar la cuenta del demandante gracias a su optima actuación, por lo que se debe aplicar principios constitucionales de equidad y justicia, puesto que si se ordena la ineficacia del traslado, no tendría sentido el traslado de las cuotas de administración dado que fue gracias a los manejos que se dieron los rendimientos, que comparado con los gastos de administración, es un valor inferior a los rendimientos, de igual forma, los seguros previsionales, ya fueron sufragados a las aseguradoras, las cuales cumplieron con su deber contractual, por lo que no es viable el traslado, pues se debió vincular a esta parte. Y que, respecto de la indexación, no es de recibo, ya que la cuenta del demandante tiene unos altos rendimientos, por lo que Colpensiones tendría un enriquecimiento sin justa causa.

De igual forma, se conoce del asunto vía grado jurisdiccional de **Consulta**, en las condenas adversas a COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Dentro del término del traslado concedido a las partes, la parte demandante señaló que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que fue consecuente con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES:

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por la AFP COLFONDOS 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 encuentran los siguientes: **i)** el Sr. CARLOS MAURICIO HERNANDEZ GIL nació el 24 de abril de 1963; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones allí, el día 16 de enero de 1995¹ acumulando 80,29 semanas; **iii)** y que el 30 de julio de 1998 suscribió formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A.², 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 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.

¹ Folios 46 a 48 de la Contestación de la demanda de Colpensiones.

² Folio 26 de la demanda

En efecto, desde la expedición del decreto 663 de 1993³, 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 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

³ Norma posteriormente actualizada por la ley 795 de 2003 “*ley por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero*”

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, 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 el actor, no se vislumbra confesión alguna respecto del cumplimiento a ese deber de información, manifiesta simplemente el demandante sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado de régimen que, se encontraba laborando con la empresa Contravía Express, y una asesora le manifestó al gerente que afiliara a sus empleados a un fondo privado, ya que le ISS se iba a acabar, por lo que le preguntaron su información personal, llenado la asesora el formulario, por lo que procedió a firmarlo, no siendo más; que no se le dio más información en ese momento, puesto que la información les llegaría después, la cual nunca le llegó; que no se le explicó acerca del bono pensional o de las características del RAIS; que posterior a ese traslado no volvió a tener

comunicación con el fondo; y que nunca le presentaron los riesgos, desventajas o ventajas por efectuar dicho traslado.

De lo antepuesto no se deriva 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 al afiliado 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 trasladar

De otro lado, en cuanto a la decisión de ordenar también la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y demás conceptos, tema cuestionado en el recurso de apelación por COLFONDOS 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 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.”*

Se advierte igualmente que la orden a COLFONDOS 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 sostienen la apoderada de COLFONDOS 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 3349-2021, SL359-2021 y SL3394-2022, en las 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."*

En consecuencia, en este puntual aspecto se **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada en primera instancia.

Costas en esta instancia por haber resultado vencida en el recurso, a cargo de COLFONDOS S.A. y a favor del 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 Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín el día 5 de junio de 2023.

Costas como se dijo en la parte motiva de esta providencia.

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

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: **e5b50d1fdce38462ce794ffab050d504fa864102fa12a4c1c5741e4ea00330bb**

Documento generado en 13/10/2023 03:17:20 PM

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