



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022)

Demandante: MARÍA EUGENIA DAVID OSORIO
Demandados: ACP COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 014 2019 00473 01
Sentencia: S-182

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 codemandada PORVENIR S.A., al igual que el grado jurisdiccional de Consulta concedido a favor de COLPENSIONES, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín 08 de noviembre de 2021.

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:

MARÍA EUGENIA DAVID OSORIO demandó a PORVENIR S.A. y a la ACP COLPENSIONES, pretendiendo se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto no se le proporcionó una información completa y comprensible, disponiéndose su retorno a COLPENSIONES sin solución

de continuidad en atención al engaño y la inducción a error, con la consecuente orden de trasladar todos los aportes recibidos. Y lo que ultra y extrapetita se declare a su favor.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 09 de septiembre de 1961, inició a trabajar el 02 de octubre de 1986 en la empresa MAYERPRINT ASOCIADOS y CIA donde fue afiliada al Instituto de Seguros Sociales -ISS-. Que en un momento de confusión se trasladó al fondo de pensiones PORVENIR S.A. en el mes de agosto de 2002, mediante maniobras fraudulentas y engañosa, sin que se le diera claridad sobre su verdadera situación pensional, tampoco sobre las ventajas y desventajas que generaba el traslado de régimen.

Manifiesta asimismo que tampoco se le explicó por parte de la AFP PORVENIR S.A. que según los aportes realizados y con el salario devengado, sería imposible llegar a pensionarse en las mismas condiciones que en el Régimen de Prima Media -RPM- y que el traslado acarrearía consecuencias desfavorables. Que el día 11 de octubre de 2016 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, el cual negaron por encontrarse a menos de 10 años de pensionarse, igualmente radicó ante PORVENIR S.A. reclamación con el fin de obtener la nulidad del traslado obteniendo una respuesta adversa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, **COLPENSIONES** dice que es cierta la fecha de nacimiento de la demandante, y la de afiliación a esa entidad. Sobre los demás hechos expresa que son circunstancias ajenas al conocimiento de esa administradora. Dice que no le consta las circunstancias de tiempo, modo y lugar que originaron, no el traslado, sino la selección libre y voluntaria de régimen pensional por parte de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -

RAIS-. Como excepciones de fondo propuso la de prescripción, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración, imposibilidad de condena en costas y compensación.

A su turno, **PORVENIR S.A.** dice que no le constan los hechos relacionados con COLPENSIONES. Acepta el momento de traslado de la demandante a esa entidad en el año 2002 producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de la decisión y de indicarle sus condiciones pensionales. Niega entonces que la actora no haya sido asesorada, refiere que el documento suscrito para la afiliación se presume auténtico, razón por la cual, el acto jurídico es válido. Como excepciones de fondo propuso prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 08 de noviembre de 2021 el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación de la señora DAVID OSORIO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- administrado por PORVENIR S.A.; CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES el valor de la cuenta individual de la señora DAVID OSORIO incluyendo para el efecto, los rendimientos financieros, las comisiones o gastos de administración con cargo a sus propios recursos que incluyen los dineros correspondientes al seguro previsional y la garantía de pensión mínima, causadas a partir del 01 de julio de 2002, debidamente indexadas; ORDENÓ a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante al RPMPD, sin solución de continuidad; CONDENÓ en costas a PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con lo decidido, la apoderada de la codemandada PORVENIR S.A. recurre la sentencia de primera instancia insistiendo que para la época del traslado no estaba en la obligación legal de aportar documentos distintos al formulario de afiliación. La asesoría se prestó bajo los lineamientos del artículo 90 y el decreto 663 de 1993 y soportados con la Circular 19 de 1998 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Para la época en que se efectuó el traslado, no estaba vigente la jurisprudencia de la ineficacia o nulidad y mucho menos se pensó que llegase a existir, por lo que, no se puede considerar que la AFP PORVENIR haya faltado al deber de información.

Agrega que antes de la ley 1748 de 2014 todas las asesorías se brindaban de carácter verbal, razón por la que la ineficacia no está llamada a prosperar y en estricto sentido la AFP PORVENIR S.A. cumplió con las exigencias a su cargo. Además, en el RPM también existen los gastos de administración, por lo que su devolución va a configurar un enriquecimiento sin causa debido a que no existe una norma que disponga la misma (artículo 113 literal B de la ley 100 de 1993), todo debe volver al estado como se encontraba antes del primer traslado del régimen pensional. Solicita además se declarada la prescripción respecto de los gastos de administración y cualquier otro tipo de dineros distintos a la cuenta individual de la demandante, ya que estos no están llamados a financiar la prestación de vejez, no puede dársele un carácter de imprescriptible, característica de la que si goza el derecho pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia, una vez surtido el traslado respectivo, **COLPENSIONES** presentó sus alegatos de conclusión indicando que el traslado de régimen de la demandante del RPM al RAIS se realizó de manera voluntaria sin que esa AFP tuviera injerencia en ello. Era responsabilidad de los fondos privados desde su fundación brindar

una asesoría, situación que fue omitida por la AFP, según fue demostrado en el proceso judicial.

De otro lado refiere que en virtud del principio de sostenibilidad financiera del sistema y en aras de evitar un detrimento patrimonial se debe ordenar al fondo privado a devolver la cuota de administración, que corresponden a ingresos que le permiten a dichos fondos generar o fortalecer su patrimonio, dineros que generan un enriquecimiento sin causa a favor y en desmedro de COLPENSIONES.

Por lo anterior, solicita en caso de confirmarse la ineficacia del traslado de la parte actora al RAIS, se confirme también no solo la devolución de aportes con rendimientos, frutos e intereses, sino las cuotas de administración. Por último, pide se confirme la exoneración de las costas del proceso a COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES:

Corresponderá en esta instancia, además de resolver los temas propuestos por la recurrente, conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES con el objeto de salvaguardar sus intereses, lo que implica revisar la legalidad de la sentencia de primera instancia mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación de la señora MARÍA EUGENIA DAVID OSORIO realizada al RAIS, así como las ordenes consecuenciales respecto a los dineros que la AFP PORVENIR S.A. queda en la obligación de trasladar.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado acreditados, se tiene que: *i)* MARÍA EUGENIA DAVID OSORIO nació el 09 de septiembre de 1961; *ii)* se afilió al ISS el 02 de octubre de 1986; y *iii)* el 07 de julio de 2002 suscribió el respectivo formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

Lo que pretende la demandante con la presente acción judicial, es que se declare ineficaz su traslado al RAIS, administrado en este caso por la AFP PORVENIR S.A., y que, en consecuencia, se declare que su afiliación válida es la que corresponde a COLPENSIONES con apoyo en que recibió un asesoramiento insuficiente por parte de los promotores del fondo privado, dado que, al momento de tramitar el traslado, no se tuvo en cuenta su situación particular, lo que ocasionó que abandonara un régimen que claramente le era más favorable.

Al respecto importa reiterar, tal y como se ha dicho en múltiples providencias en las cuales se ha dirimido el tema de la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, que la jurisprudencia laboral ha sido consistente, reiterada 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. Adicionalmente, se ha establecido 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 el afiliado no ha recibido la suficiente información, lo que solo puede ser desvirtuado con la prueba que acredite que esa obligación sí se cumplió.

Así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde las sentencias 31.989 y 31.314 ambas del 9 de septiembre de 2008, cuyas consideraciones se han venido renovando y reiterando con el transcurso de los años, como ha ocurrido por ejemplo en las sentencias SL 12136 de 2014, SL 17595 de 2017, SL 1421 de 2019, SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 2611 de 2020, SL 1741 de 2020, SL 1741 de 2021, SL 3537 de 2021 o más recientemente la SL 1055 del 2 de marzo de 2022 y la SL 2058 del 4 de mayo de 2022, entre muchas otras. Como sentencia-hito sobre el tema, cabe destacar lo que se dijo en aquella primera providencia, 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 citado se pueden evidenciar una serie de 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 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 existen pruebas que permitan tener por acreditado que el fondo privado realizó en ese momento un análisis integral de las condiciones concretas y subjetivas del afiliado, con expresión de las ventajas y desventajas de ambos regímenes y su incidencia en su caso particular, de tal manera que esta pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas. Esto es, el Fondo privado incumplió su deber de información al afiliado, al no

suministrarle, 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.

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.

Ahora bien; tampoco es de recibo el argumento de COLPENSIONES en cuanto solicita considerar las implicaciones económicas que se pueden llegar a generar con decisiones como ésta, especialmente por existir una eventual afectación a la sostenibilidad financiera del sistema más cuando no participó en el acto de traslado, siendo un derecho que ejerció la demandante en su momento y permitido según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

El principio de sostenibilidad financiera de las pensiones, entronizado en el Acto Legislativo 01 de 2005, está orientado a lograr el aseguramiento de su propia subsistencia. Esto es, se impone la garantía de que se pueda contar con los recursos necesarios para reconocer y pagar las diversas prestaciones a los afiliados al sistema, presuponiendo la limitación de los recursos disponibles, y que, por ello mismo, deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población, buscando la efectividad de los derechos y la eficacia y solidaridad del sistema. Y para esto es indispensable asegurar el pago efectivo de las cotizaciones, aunado al concurso del Estado cuando ello sea requerido, de tal modo que el sistema sea viable para el pago de las pensiones de los actuales y futuros pensionados.

En casos como el presente, el regreso de la demandante al RPM no implica que necesariamente vaya a haber una afectación al sistema, pues a dicho fondo le llegan los dineros que la demandante alcanzó a acumular en el Régimen de Ahorro Individual. junto con los rendimientos financieros y todos aquellos conceptos recibidos por administración de los recursos, seguros y garantía de pensión mínima como más adelante se verá, sin que esté probado en el proceso que no sea posible financiar la pensión a la que pueda llegar a acceder.

De otro lado, en cuanto a decisión de ordenar también la devolución de las cuotas de administración y demás conceptos, tema cuestionado en el recurso de apelación por PORVENIR S.A. y que solicita COLPENSIONES -en los alegatos de conclusión- sea confirmado por esta Sala de Decisión, 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.*

(...).”

Si bien es cierto por regla general los actos jurídicos son celebrados para que sean eficaces y produzcan efectos jurídicos propios, cuando tales actos jurídicos no resultan eficaces, por haber nacido viciados en el sentido amplio del término, desde el comienzo o incluso porque llegan a desaparecer por un evento posterior a la celebración del acto, se traduce en que nunca produjeron efectos o que habiéndolos

producido dejan de generarlos por una causal sobreviniente a la celebración del acto jurídico. En el primer evento, esto es, cuando se considera que el acto nunca produjo efectos, como en este caso acontece, las cosas vuelven a su estado anterior, como si aquel jamás hubiera nacido a la vida jurídica.

En consecuencia, la decisión de primera instancia deberá ser CONFIRMADA también en este aspecto, 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 asimismo 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, se ha pronunciado dicha Corporación 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 a cargo de PORVENIR S.A. cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.000.000 a favor de la demandante.

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 Catorce Laboral del Circuito de Medellín, el día 08 de noviembre de 2021, de

conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.000.000 a favor de la demandante.

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: **ddfa95958c3cf61113b54d04838ff8cf0ee7c575999fb3887a4a51be1264868d**

Documento generado en 14/07/2022 11:35:38 AM

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