

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL
Acta N°188

Medellín, veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022)

En la fecha, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelve el recurso de apelación interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **FIDEL ANTONIO CÓRDOBA GONZÁLEZ** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**.

De acuerdo a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita.

ANTECEDENTES

Pretensiones

El demandante solicita que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS; y, en consecuencia, se condene a **Porvenir S.A.** a trasladar a **Colpensiones** los aportes y rendimientos recibidos con motivo de su traslado; y a esta última administradora a tenerlo como su afiliado para efectos pensionales

Hechos

Como fundamento de sus pretensiones indica que se vinculó al RAIS administrado por **Porvenir S.A.** a partir del 11 de enero de 1997, sin que se le suministrara información acerca de las ventajas y desventajas de su selección por lo que no se garantizó su derecho de libre elección de régimen pensional.

Respuesta Colpensiones

Colpensiones por intermedio de apoderado indicó que es cierto que el actor se vinculó al RAIS, sin que le consten las condiciones en las que se realizó la selección de este régimen pensional, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: prescripción, inexistencia de vicios del consentimiento, imposibilidad de condena en costas y compensación.

Respuesta Porvenir S.A.

Porvenir S.A. a través de apoderado indicó que es cierto que el demandante se vinculó a esa administradora, precisando que su decisión fue libre voluntaria y sin presiones y que no puede pretender transcurridos 24 años de permanencia a esa administradora trasladarse al RPM.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

Sentencia de primera instancia

El Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del **18 de abril de 2022**, declaró la ineficacia de la afiliación del actor al RAIS; y, en consecuencia declaró que el mismo estuvo afiliado sin solución de continuidad al RPMPD.

Con fundamento en esta declaración **ordenó** a **Porvenir S.A.** a trasladar a **Colpensiones** los saldos contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos financieros, las cuotas de administración y las sumas de los seguros previsionales, durante todo el tiempo que este estuvo afiliado en el RAIS, incluyendo los tiempos de afiliación con otras AFP.

Esta decisión no la compartió el apoderado de **Porvenir S.A.**, motivo por el cual la recurrió en los siguientes términos:

Recurso Porvenir S.A.

El recurrente solicita que se **revoque** la decisión primera instancia y en su lugar se absuelva a su representada de las pretensiones presentadas en su contra, toda vez que **Porvenir S.A.** cumplió con los parámetros informativos que le eran exigibles para el año 1997, momento para el cual apenas era obligatoria la suscripción del formulario de vinculación.

Destaca que obligaciones como el buen consejo y la doble asesoría son posteriores a la afiliación del demandante a esa administradora por lo que no puede exigírsele el cumplimiento de estos estándares informativos.

En lo referente a la orden de traslado de los gastos de administración, se debe tener en cuenta que estos se cobran en los dos regímenes pensionales existentes y se justifican por la actividad administrativa de los fondos, por lo que al no ser integrantes de las sumas que financian la pensión de vejez no deben ser devueltos y son susceptibles de prescripción.

En lo referente a la devolución de lo pagado por seguros previsionales debe tenerse en cuenta que estos fueron cancelados a una aseguradora para el amparo de los riesgos de invalidez y muerte, por lo que estas al haber generado un cubrimiento tienen derecho a conservarlos.

Alegatos de conclusión

Corrido el término de traslado, no se presentaron alegatos.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Los problemas jurídicos a resolver en esta segunda instancia conforme con los recursos de apelación interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta, serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó la vinculación del actor al RAIS resulta o no eficaz, (ii) Establecer cuáles son las consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia y (iii) Revisar si operó la prescripción.

Pruebas relevantes

Antes de resolver considera la Sala importante realizar las siguientes precisiones de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente:

1. El señor **Fidel Antonio Córdoba González** se afilió al sistema de pensiones a través de la AFP **Porvenir S.A.** el día **23 de septiembre de 1996** (28/págs.1-2).

Efectuada la anterior anotación procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento.

De la obligación de información al momento de vincularse al Sistema General de Pensiones Consagrado en la Ley 100 de 1993

En el caso que analizado teniendo en cuenta que el demandante seleccionó al momento de vincularse al Sistema General de Pensiones el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el estudio de la ineficacia debe realizarse desde la perspectiva del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma que establece que la afiliación que atente contra el derecho de selección “...*quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.*”

En ese orden para resolver el recurso interpuesto por el apoderada de **Porvenir S.A.** es relevante establecer cuáles eran las obligaciones que en materia de información existían para el **23 de septiembre de 1996** (28/págs.1-2) cuando el demandante suscribió formulario de afiliación a esa AFP y en ese sentido se encuentra que como lo sostiene la recurrente existía un requisito formal consistente en la suscripción del formulario de afiliación, pero además de ello, en virtud de lo dispuesto por el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, la administradora de pensiones tenía a su cargo el deber de suministrar información.

Luego es sobre el cumplimiento del deber de información sobre el que recae la discusión, como de forma reiterativa lo ha expresado la Sala Laboral de la Corte de Justicia, siendo muestra de ello las sentencias SL1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL2877 de 2020, SL-1217 de 2021 y SL-755-2022.

En la última de las providencias citadas, el Alto Tribunal se centró en las obligaciones que surgen del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, para recordar que la información que se debía entregar a los afiliados en la etapa inicial de surgimiento de las administradoras de pensiones debe cumplir dos condiciones (i) ser necesaria, entendida como la descripción de “*las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones*” y (ii) ser transparente, lo que implica que la exposición se haga en un lenguaje claro, simple y comprensible.

Este deber sustancial, trae aparejada una carga en lo procesal, que consiste en demostrar que al momento en que se presentó ante su posible afiliado para que suscribiera su vinculación le suministró una información calificada, en la que se le explicó ventajas y desventajas de su elección, pues solo a partir de ese conocimiento se puede concluir que se garantizó el derecho de selección.

Sobre la carga de la prueba es importante remitir a la sentencia SL4426-2019, donde como argumento adicional se explica que la afirmación -de que no se recibió información- tiene la naturaleza de indefinida, y ello implica que la parte frente a la que se aduce deba iniciar una labor probatoria para demostrar lo contrario, esto es, que suministró una información necesaria y transparente, lo que no se cumple con el formulario suscrito, pues ello no da cuenta de la existencia de una asesoría, siendo apenas la demostración de un consentimiento informado y el cumplimiento de una formalidad exigida por la legislación.

Teniendo claras las características que debía cumplir la información y la carga procesal en cabeza de **Porvenir S.A.**, se debe revisar si se demostró la afirmación contenida al dar respuesta a la demanda, en el sentido de que cumplió con el deber de información que le era exigible, advirtiendo que al proceso no se trajo elemento alguno en este sentido, lo que conduce a concluir que la selección de régimen pensional no respetó el derecho de selección y ese sentido debe declararse la ineficacia de este acto y en su lugar permitir que el actor elija en forma libre y espontánea el régimen al cual quiere estar afiliado en los términos de inciso 1° del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En este punto es importante aclarar que si bien se comparte la conclusión final del juez a-quo de declarar la ineficacia, su justificación para la misma consistente en que debe probarse un daño objetivo no es de aceptación para la Sala, en razón a que, como se explicó con anterioridad la ineficacia se genera por el incumplimiento de un deber de información a cargo de la administradora siendo calificada esta conducta en ese momento inicial y no a partir de una condición de beneficio que le pueda traer al afiliado elegir uno u otro régimen pensional.

En ese orden, el señor **Fidel Antonio Córdoba González** asistido de abogado y bajo el conocimiento de las características propias de cada uno de los regímenes pensiones, hizo explícito su deseo de seleccionar el RPM administrado por **Colpensiones**, por lo que a tal manifestación atenderá la Sala **confirmando** la decisión apelada, aunque por razones diferentes.

De los efectos de la ineficacia

El Juez de primera instancia ordenó a **Porvenir S.A.** trasladar a **Colpensiones**, los saldos contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos financieros, las cuotas de administración y las

sumas de los seguros previsionales, durante todo el tiempo que este estuvo afiliado en el RAIS, incluyendo los tiempos de afiliación con otras AFP.

Esta condena es cuestionada por parte del apoderado de **Porvenir S.A.** bajo 2 argumentos generales (i) los gastos de administración y seguros previsionales se cobran por ministerio de la ley y por el cumplimiento de una gestión por lo que tienen derecho a conservarlos y (ii) las sumas pagadas por seguros previsionales se encuentran en poder de las aseguradoras y cumplieron con su finalidad de cubrir las contingencias de invalidez y muerte.

Con el fin de dar respuesta a estos cuestionamientos y de paso resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor a **Colpensiones**, es relevante recordar que se está aplicando en este caso la ineficacia, como respuesta jurídica del ordenamiento jurídico por la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto, no produzca ningún efecto.

En ese orden, es importante hacer énfasis en lo enseñado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, en la que indicó que: la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.

Siguiendo esta enseñanza la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que las AFP que se beneficiaron de ello trasladen a **Colpensiones**, todos los conceptos que recibieron.

En virtud de lo expuesto para la Sala es claro que durante el periodo en que el actor estuvo vinculado al RAIS, se privó a **Colpensiones** del cobro de los gastos de administración en su favor, y en ese orden el restablecimiento de las cosas a su estado inicial no puede perjudicar al fondo de naturaleza pública, por lo que precisamente con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta entidad tiene derecho a recibir 3 puntos porcentuales del aporte por gastos de administración, concepto que no fue recibido como consecuencia del acto declarado ineficaz.

Ahora debe recordarse que la vuelta al estado inicial según lo explicado por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica la devolución de los siguientes conceptos recibidos por las AFP del RAIS:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM¹.
2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador².
3. Los **gastos de administración**³, concepto consagra en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales, primas de seguros del Fogafín y la comisión correspondiente a la AFP por su gestión.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a **Colpensiones**, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios⁴, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁵.

Antes de terminar no puede la Sala pasar por alto lo indicado por el apoderado de **Porvenir S.A.** en su recurso, en el sentido de que el

¹Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

²Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

³ Se deben asumir por el fondo de pensiones con cargo en su propio patrimonio y de forma indexada. En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

concepto de seguros previsionales que integra los gastos de administración no puede ser devuelto, en razón a que la administradora pagó las respectivas primas y mientras se mantuvo vigente la afiliación del actor estuvo protegido por estos riesgos.

Para responder este cuestionamiento debe indicarse que tales pagos obedecieron a la vinculación declarada ineficaz y en tal sentido hay una disminución en el valor del porcentaje de debió corresponder a **Colpensiones**, desmejora que debe asumir el fondo de pensiones del RAIS, y es por ello que la jurisprudencia ha indicado que deben ser reconocidos con cargo al patrimonio de los fondos de pensiones debidamente indexados.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁶.

A partir de lo explicado, encuentra la Sala que le asistió razón al juez de primera instancia al condenar a **Porvenir S.A.** a la devolución de los gastos de administración y lo pagado por seguros de invalidez y muerte **adicionándola** para indicar que este concepto deberá ser devuelto sin lugar a realizar descuento alguno por otros conceptos como prima de reaseguros de Fogafín y deberá ser indexado al momento de su traslado.

De otro lado, es necesario **adicionar** la decisión de primera instancia, para indicar que además deberá trasladarse por parte de **Porvenir S.A.** a **Colpensiones** los dineros contenidos en el fondo de garantía de la pensión mínima.

De la excepción de prescripción

En lo que tiene que ver con la prescripción, encuentra la Sala que esta excepción no está llamada a prosperar, puesto que, la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de

⁶En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL 2877-2020, CSJ SL-936-2021, CSJ SL-938-2021, CSJ SL-1410-2021CSJ y SL1442-2021.

integrar los elementos omitidos. En este sentido se remite a la lectura de las sentencias SL-1688 de 2019, SL- 3202 de 2021 y SL 3199 de 2021.

Por último, el apoderado de **Porvenir S.A.** indica en su recurso, que, los conceptos comprendidos dentro de los gastos de administración se afectan por el paso del tiempo y en ese sentido no es posible ordenar su traslado, pues han transcurrido más de 3 años desde su pago por parte del afiliado.

Con respecto a esta manifestación debe recordarse que conforme lo enseñado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al tratarse de derechos derivados de la declaratoria ineficacia y formar parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, tienen el carácter de imprescriptibles. En este aspecto puede consultarse la sentencia SL-608-2022.

Costas

Costas en esta instancia a cargo de **Porvenir S.A.** por ser desfavorable el recurso interpuesto de conformidad con lo establecido en el numeral 1) del artículo 365 del CGP. Las agencias en favor del demandante se fijan en **\$1'000.000.**

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, el día **18 de abril de 2022**, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **FIDEL ANTONIO CÓRDOBA GONZÁLEZ** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES ADICIONÁNDOLA** en los términos señalados en la parte motiva, en tal sentido el numeral tercero de la providencia en lo que respecta con el demandante, será del siguiente tenor:

TERCERO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, los gastos de administración, prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes

Radicado 05001-31-05-021-2019-00312-01
Radicado Interno: P0972222
Asunto: Confirma y adiciona sentencia

debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio y los aportes efectuados al fondo de garantía de la pensión mínima, durante todo el tiempo que estuvo afiliado en el RAIS.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** Las agencias en favor del demandante se fijan en **\$1'000.000.**

Lo resuelto se notifica por **EDICTO.**

LOS MAGISTRADOS



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ

Radicado 05001-31-05-021-2019-00312-01
Radicado Interno: P0972222
Asunto: Confirma y adiciona sentencia



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

Proceso	Ordinario
Demandante	Fidel Antonio Córdoba González
Demandado (s)	Porvenir S.A. y Colpensiones
Radicado	05001-31-05-021-2019-00312-01
Decisión	Confirma y adiciona sentencia
Magistrado ponente	Carmen Helena Castaño Cardona

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/131> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 29 de julio de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 29 de julio de 2022 a las 5:00pm

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO