



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARTA LUZ OSSA CAMPOS
Demandados: COLPENSIONES Y OTROS
Procedencia: JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Radicado No.: 05001-31-05-001-2019-00239-01 (21-032)

En Medellín, a los a los cuatro (4) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021), en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 15 del Decreto Legislativo n.º 806 del 4 de junio de 2020, y en consonancia con el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 05/06/2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, CARLOS JORGE RUIZ BOTERO y VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como magistrado sustanciador, una vez discutido y aprobado el respectivo proyecto de sentencia, procede a decidir los recursos de apelación interpuestos por la AFP y la entidad pública accionadas, sí como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, dentro del proceso ordinario instaurado por **MARTA LUZ OSSA CAMPOS** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, con radicado n.º. 05001-31-05-001-2019-00239-01 (21-032).

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue puesto a consideración de la Sala, y estando debidamente aprobado, se procede a dictar la siguiente sentencia que en derecho corresponda.

1. ANTECEDENTES

Mediante vocero judicial el litigioso por activa, **MARTA LUZ OSSA CAMPOS**, pretende la ineficacia del traslado de régimen pensional, la reactivación de la afiliación a COLPENSIONES, con el traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual, y que se condene a PORVENIR S.A. a pagarle los perjuicios irrogados y a COLPENSIONES a pagarle la pensión de vejez con intereses moratorios, o en subsidio, la indexación, así como las costas del proceso, con sustento fáctico en que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPM) desde el 22 de febrero de 1988, hasta que el 21 de enero de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través

de la AFP Porvenir S.A., sin haber recibido la información suficiente sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, la forma de obtener la pensión en cada uno de los regímenes ni sobre la imposibilidad de traslado cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad mínima requerida para pensionarse. Agregó, por último, que solicitó el traslado de régimen pensional a COLPENSIONES, pero que le fue denegado mediante comunicación BZ2019-2873560-0650836.

1.1 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 12 de junio de 2019 (archivo: 01ExpedienteDigitalizado pág. 85), con el cual ordenó su notificación y traslado a la parte accionada.

El extremo pasivo de la relación procesal, COLPENSIONES, contestó la demanda a través de apoderada judicial el 16 de julio de 2019 (ibíd. págs. 97 y ss), oponiéndose a las pretensiones formuladas con fundamento en cuanto su representada no realizó ninguna conducta omisiva o contraria a derecho, ni intervino o afectó la decisión de la demandante al momento de trasladarse.

A su vez, PORVENIR S.A. contestó la demanda el 8 de septiembre de 2019 (ibíd. págs. 118 y ss), oportunidad en la cual se opuso a las pretensiones incoadas, arguyendo al efecto que nunca existió omisión en la información brindada por la administradora de fondos de pensiones (AFP) y el acto de afiliación fue libre y voluntario, por lo cual la afiliación cumple con todos los requisitos de validez legalmente exigibles para la época.

1.2.- DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida 3 de febrero de 2021 (archivos 01ActaAudiencia y 02VideoParte1de2), con la que la cognoscente de instancia declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, ordenando a COLPENSIONES a tenerla como afiliada al RPM con todas las semanas cotizadas al sistema general de pensiones, y a PORVENIR S.A. que traslade la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo todos los descuentos efectuados por concepto de garantía de pensión mínima, cuotas de administración y prima de reaseguro; al tiempo de absolver a las demandadas de las demás pretensiones formuladas, y gravar en costas a PORVENIR S.A. a favor de la demandante.

1.3 APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de PORVENIR S.A. interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación, para lo cual asuntó que no existió ningún vicio del consentimiento en la afiliación de la actora, quien no fue objeto de engaños, y sin que exista exigencia alguna de que el deber de información constara por escrito. En subsidio, de confirmarse la ineficacia, recaba que las cuotas de administración y demás descuentos debían ser cobrados por la AFP por mandato legal, y en el caso del reaseguramiento, también hubiera sido descontado en el RPM, razón por la cual no deben ser reintegrados por su representada, máxime que se devolverán los rendimientos que produjo la correcta administración del capital de la cuenta de ahorro individual. En la oportunidad para alegar de conclusión, la apodera judicial de PORVENIR solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, aseverando que no obra dentro del proceso ninguna prueba que respalden las afirmaciones de la parte actora, y que se condene a la parte actora al pago de las costas del proceso en ambas instancias; o subsidiariamente, pide que en caso de no revocarse la decisión, no se ordene el traslado de las cuotas de administración.

Por su parte, el apoderado judicial de COLPENSIONES, en su apelación deprecia que se condene a la AFP al pago de la indexación de las condenas que deba trasladar a su representada, por tratarse de sumas líquidas de dinero que deben reajustarse con base en el índice de precios al consumidor (IPC). En la oportunidad para alegar de conclusión, el apoderado de COLPENSIONES refiere que debe revocarse la sentencia de primera instancia, ordenando la permanencia del afiliado en el RAIS, y que a título de perjuicio se le ordene a dicho fondo que una vez cumpla los requisitos exigidos en el RPM se le reconozca la pensión de vejez en las mismas condiciones que le hubieran correspondido en Colpensiones. En subsidio, deprecia modificar o adicionar la providencia en cuanto a que las cuotas de administración deben reintegrarse indexadamente, condenando tanto al fondo como a la accionante a pagar las costas procesales en favor de COLPENSIONES, por ser un tercero ajeno a la relación jurídico-sustancial.

En el término procesal para alegar de conclusión, la apoderada judicial de MARTA LUZ OSSA CAMPOS presentó escrito solicitando que sea confirmado el fallo de primera instancia, por no haberse demostrado que le hubieran brindado asesoría alguna a su poderdante.

1.4 CONSULTA

Por ser la decisión de primera instancia adversa a los intereses de COLPENSIONES, se analizará la misma en el grado jurisdiccional de consulta a su favor, y en lo que no sea materia de apelación por la codemandada.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de los extremos litigiosos, advirtiéndose que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del C.P.L. y S.S., el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada, así como se analizará la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, para lo cual se plantea el estudio del siguiente:

2.1 PROBLEMA JURÍDICO:

El *thema decidendi* en la presente Litis se centra en definir: ¿Si operó la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen efectuado por el extremo litigioso por activa a la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad convidada a juicio?, y de ser así ¿cuáles son los efectos jurídicos de la ineficacia del traslado de régimen pensional?

2.2 TESIS DE LA SALA Y SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

El sentido del fallo de esta Corporación será **confirmatorio**, siguiendo la tesis de que no se brindó la asesoría cualificada que pregonan el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas que conlleva la devolución de las cotizaciones, esto es, que se debe incluir también el traslado de las sumas descontadas para el fondo de garantía de pensión mínima, sumas adicionales de la aseguradora y gastos o comisión de administración, de conformidad con los planteamientos que pasan a exponerse:

2.2.1 INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS

En lo que interesa a la Litis, no es objeto de discusión los siguientes hechos: que la accionante venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 22 de febrero de 1988 (ibíd. pág. 64); que no es beneficiaria del régimen de transición (ibíd. pág. 64 y 71); que MARTA LUZ OSSA

CAMPOS se trasladó el **31 de enero de 1996** a PORVENIR S.A. (ibíd. pág. 157), y que fue citada para una reasesoría el **25 de marzo de 2014** (ibíd. pág. 201).

Para resolver de fondo la Litis, sea lo primero señalar que esta Colegiatura viene acogiendo el criterio jurisprudencial sostenido desde el año 2003 antaño por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con la sentencia de radicación n.º 31989 hasta la sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, línea jurisprudencial que se cimienta en que: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación; (ii) el formulario de afiliación es insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose al efecto prueba directa del consentimiento informado; (iii) la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor del afiliado, y (iv) el alcance de la jurisprudencia citada, es aplicable a todos los eventos de traslado de régimen pensional, sin importar que el afiliado esté próximo o no a pensionarse, reúna los requisitos mínimos para pensionarse, o sea beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al *sub lite*, conviene precisar que para la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1996, la AFP tenía la obligación de brindar información detallada en cumplimiento de lo normado en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, lo que al decir de la Corte Suprema de Justicia consiste en dar: *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”* (SL1688-2019)

Ahora bien, tenemos que la AFP allegó el correspondiente formulario de afiliación (ibíd. pág. 157); empero, tal probanza no refleja que se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP cumpliera con su carga probatoria de acreditar que cumplió con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información *ex ante* del traslado de régimen pensional, en tanto no basta explicar los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas previamente al traslado de régimen pensional.

En este punto, estima pertinente la Sala acotar que si la AFP no cuenta con ningún soporte documental para la fecha del traslado de régimen por cuanto la información se brindó únicamente de manera verbal, tal circunstancia deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegar un formato

de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que conceptúa la Superintendencia Financiera de Colombia deben reunirse, sino que se requiere acreditar la efectiva asesoría integral brindada al momento del traslado de régimen, indicando las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, con la advertencia de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debían efectuarse aportes voluntarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones, en la medida en que la asesoría no se trata solo de persuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros, sino que busca que el afiliado pueda lograr en lo futuro la pensión que mejor se acompase con su expectativa pensional.

Ahora, si bien la litigiosa por activa de la relación procesal acepta en el interrogatorio (min. 16:00) que no fue coaccionada por el empleador al momento de estampar su firma en el formulario de afiliación, que una asesora le informó sobre rendimientos financieros, la posibilidad de pensionarse anticipadamente y de la naturaleza sucesoral de su cuenta de ahorro individual, no puede pasar de soslayo la Sala que el deber de información se satisface con la evidencia de que la decisión del afiliado fue verdaderamente libre e informada, lo que no se logra acreditar por la AFP accionada, pues por el contrario, la actora dio cuenta de que la asesoría brindada previamente a la afiliación fue en su lugar de trabajo y se brindó superficial y fragmentariamente, asegurándosele únicamente que obtendría una mejor pensión, antes de la edad exigida en el régimen de prima media con prestación definida y los supuestos riesgos de afiliarse al RPM por la liquidación del ISS, y que en caso de no tener beneficiarios, su ahorro individual podría ser heredado por sus familiares; pero sin haberle indicado en momento alguno la forma en que debía obtener el capital para financiar su pensión de vejez.

En derredor de este punto, es del caso resaltar que la AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad a la que se afilió y trasladó la parte actora, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el asesor que atendió a la litigiosa por activa cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994. A *contrario sensu*, la falta de soporte documental o archivo de la historia laboral de que trata el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, permite inferir que el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales, sin que resulten suficientes las manifestaciones ambiguas y generales realizadas por la parte activa en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las referidas a la condición académica o nivel de instrucción de la reclamante ante un tema de tan alta complejidad como es el cálculo de una mesada pensional, como tampoco es de recibo el argumento según el cual el afiliado

realizó indagaciones de su situación pensional por su cuenta, en tanto el deber de brindar tal información corresponde por ley a la AFP y no al afiliado.

En lo concerniente a la citación para reasesorías de traslado de régimen pensional (ibíd. pág. 201), avizora la Sala que no hay prueba alguna de que dicha reasesoría hubiere sido efectivamente realizada, a más de que esta Sala ha sido del criterio de que las reasesorías no convalidan la actuación viciada de traslado, en tanto tal acto *“no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones: (...) porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”* (SL1688 de 2019).

De igual forma, ha de precisarse que el cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a las consecuencias prácticas, esto es, el restablecimiento del *status quo*, en razón a que: *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019).

Así las cosas, la Sala habrá de impartir confirmación a la decisión de instancia en este tópico.

2.2.2 TRASLADO DE LAS COTIZACIONES.

A este respecto, huelga precisar que tal devolución debe ceñirse a los términos del artículo 1746 del Código Civil, en consonancia a lo pregonado por la jurisprudencia del máximo tribunal de esta jurisdicción, en sentencias con radicados n.º 31898 de 2008, SL4989-2018 y SL1429-2019, a la vez de que COLPENSIONES tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que el hecho de que dicha entidad sea un tercero la imposibilite para recibir los aportes, por la simple y llana razón de que esta entidad administra el régimen de prima media con

prestación definida, a donde se encontraba afiliada la demandante antes del traslado de régimen pensional.

A este respecto, vale resaltar las prédicas de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020, de la cual se trasuntan los siguientes apartes:

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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.” (Negrillas propias de la Sala)

Así pues, la ineficacia del traslado conlleva precisamente a que las AFP devuelvan todas las cotizaciones que hubiere recibido, incluyendo lo correspondiente al porcentaje que por gastos o comisión de administración haya descontado de las cotizaciones, así como también lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima (Decreto 3995 de 2008 artículo 7, Sentencia SU-062 de 2010), y los gastos de la aseguradora (primas previsionales), pues carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de la información exigida, de no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose

favorecida financieramente la AFP sin razón jurídica válida, pues si bien algunos descuentos como los seguros previsionales sirvieron en su momento a un propósito legalmente establecido (amparar los riesgos de invalidez y muerte), los mismos nunca hubieran sido efectuados por la AFP de no haberse producido la afiliación y traslado de régimen pensional merced a la falta de consentimiento informado.

Por manera que, es un imperativo para la Sala el traslado de todas las cotizaciones a COLPENSIONES, con el fin de que engrosen el fondo común de naturaleza pública, según las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, de modo que, se garantice no solo la sostenibilidad financiera del sistema sino también la efectividad del principio de solidaridad de que trata el artículo 2 *ibídem*.

Por demás, no hay lugar a reconocer restituciones mutuas en el *sub judice*, pues con la declaratoria de ineficacia se deben devolver todos los rubros descontados de las cotizaciones, y si bien no soslaya esta Sala que existe un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera al respecto, es preciso indicar que tal acto no es de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales, dado que sobre este ítem, la Sala se aviene al precedente jurisprudencial que en derredor del tema ha construido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como ampliamente quedó dicho en líneas anteriores, sin que haya lugar a ordenar que los conceptos se devuelvan indexados, pues no fue objeto de fijación del litigio, ni fue planteada en la contestación de la demanda por COLPENSIONES.

2.2.3 EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, se memora que *“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”* (SL1465-2021), a más de que esta Sala ha sido del iterativo criterio que en esta clase de procesos, las consecuencias jurídicas de la declaratoria de la ineficacia impone el traslado de las aportaciones de manera integral, y al tratarse de un asunto íntimamente ligado con la materialización del derecho a la pensión de vejez, de naturaleza imprescriptible, unívoco tratamiento ha de reconocérsele (SL361-2019).

Como corolario de lo expuesto, se confirmará la sentencia de primer grado, en tanto con acierto, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional y sus consecuencias, como quedó explicitado atrás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., al despacharse desfavorablemente el recurso de alzada por esta propuesto, fijándose como agencias en derecho la suma de un SMMLV, esto es, \$908.526. Sin costas a cargo de COLPENSIONES, habida cuenta que la sentencia se revisó integralmente en el grado jurisdiccional de consulta a su favor. Las de primera instancia se confirman.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN**, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:


PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia venida en apelación y consulta, proferida el 3 de febrero de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, según y conforme las consideraciones expuestas en esta sentencia.


SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., fijándose como agencias en derecho la suma de \$ 908.526. Las costas de primera instancia se confirman.


Lo resuelto se notifica por **ESTADOS**.


Déjese copia de lo decidido en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

Se declara así surtido el presente acto y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

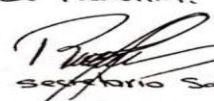

VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente


SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE
Magistrada


CARLOS JORGE RUIZ BOTERO
Magistrado


RUBÉN DARIO LÓPEZ BURGOS
Secretario

Constancia Secretarial
Se deja constancia que las anteriores firmas corresponden a la
firma original de los magistrados que integran la Sala Quinta
de Decisión Laboral, de la Sala Laboral del Tribunal Superior
de Medellín.


SECRETARIO Sala Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SECRETARÍA

Certifico: Que la decisión anterior fue notificada por **ESTADOS No. 098** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a través de la página Web a las 8:00 a.m.
Medellín, **8 de junio de 2021**

Secretario