



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sala virtual

Demandante: CLAUDIA MARÍA RENDÓN GIRALDO
Demandados: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES; y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
Radicado: 05360 31 05 002 2019 00226 01
Sentencia: S-066

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 los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí el día 19 de junio de 2020.

De acuerdo a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

PRETENSIONES

CLAUDIA MARÍA RENDÓN GIRALDO demandó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia del traslado

efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por no haberle proporcionado una información completa y comprensible, disponiéndose su retorno a COLPENSIONES sin solución de continuidad, con la consecuente orden de trasladar todos los aportes recibidos. Pretende además que se condene en costas a las accionadas.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que estuvo afiliada y cotizando de manera ininterrumpida al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 3 de febrero de 1984 hasta el año 1997; que el 7 de abril de 1997 se afilió a la AFP PORVENIR S.A. luego de que uno de los asesores le insistió acerca de la crisis del ISS y la conveniencia para ella de cambiar de régimen; que esa información fue ratificada por la AFP COLPATRIA a la que se trasladó el 17 de noviembre de 1999; que en ningún momento le explicaron los pro y los contra de esa decisión, ni le advirtieron las características de cada régimen pensional; que tampoco le informaron que la fecha límite que tenía para poder regresar al RPM, era el 23 de noviembre de 2011; y que una proyección de su situación pensional arrojó como resultado que en COLPENSIONES podría obtener una mesada pensional de \$1`680.000, mientras que en PORVENIR sería de un salario mínimo legal mensual vigente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, PORVENIR S.A. acepta lo relacionado con el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual, pero aclara que en ese momento se le suministró una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, lo que da cuenta de una afiliación consciente e informada. Dijo desconocer los demás hechos por tratarse de situaciones ajenas a su conocimiento y se opuso a las pretensiones de la demanda en tanto la afiliación se

produjo de forma libre y voluntaria, lo que se demuestra con la suscripción del respectivo formulario. Como excepciones propuso prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia de las obligaciones demandadas, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y ausencia de prueba efectiva del daño.

En el caso de COLPENSIONES, por auto del 5 de noviembre de 2019 se tuvo por no contestada la demanda al haberse presentado el memorial respectivo de forma extemporánea (fls. 154).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 19 de junio de 2020, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí, DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual, ordenando su regreso y reactivación a COLPENSIONES sin solución de continuidad. Ordenó además a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES la totalidad de valores recibidos con ocasión de la afiliación de la demandante, incluyendo los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguros y porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, entidad a la que además condenó en costas, fijando como agencias en derecho la suma de \$2`000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación indicando que la afiliación de la demandante a esa entidad en 1997 fue plenamente válida, pues ella de manera libre y voluntaria decidió trasladarse de régimen, por lo cual es improcedente la declaratoria de ineficacia que se pretende. Agrega que no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por la demandante, pues en el acto jurídico se dieron todos los requisitos de ley para la validez de la afiliación. En caso de que se decida confirmar la declaratoria de ineficacia, solicita se revoque la orden impuesta de devolver las

cuotas de administración, puesto que de acuerdo al art. 20 de la ley 100 de 1993, tanto en el RPM como en el RAIS, se establece un 3% del monto del IBC que se distribuye para ese pago, así como para la financiación de pensiones de invalidez y sobrevivencia, de modo que si la demandante se encontrara afiliada sin solución de continuidad al RPM, también allí se le hubiera generado ese descuento del mismo porcentaje y para los mismos efectos. Respecto a los seguros, son dineros que ya fueron pagados a un tercero de buena fe y por eso la demandante siempre estuvo protegida antes las contingencias de invalidez y muerte.

COLPENSIONES por su parte, afirma no haber participado en ese acto jurídico de afiliación entre la demandante y PORVENIR S.A., por ende, los efectos jurídicos que de él se deriven no lo pueden afectar. Agrega que fueron 23 años que la demandante estuvo afiliada al RAIS y es necesario la protección de los intereses patrimoniales de terceros, ya que una decisión de estas tiene efectos en la sostenibilidad financiera del sistema y la planeación de la reserva pensional. Obligar a recibir a una persona que durante 23 años no ha realizado cotizaciones ni ha aportado y que no se ha podido proyectar esa prestación económica y sus posibles contingencias, es un atentado directo contra la estabilidad financiera del sistema, que además está protegido por la Constitución.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia, una vez surtido el traslado respectivo, PORVENIR S.A. presentó dentro del término alegatos de conclusión solicitando se revoque en todas sus partes la sentencia de primera instancia, toda vez que el acto jurídico del traslado que realizó la señora CLAUDIA MARÍA RENDÓN GIRALDO, se dio en forma autónoma, y mediando un consentimiento exento de vicios suscribió el formulario en el cual se hace expresa mención sobre las circunstancias de haber signado el documento en forma libre y voluntaria. Agrega que no existen

fundamentos fácticos ni jurídicos para declarar la ineficacia del acto de afiliación por presuntos vicios en el consentimiento, así como tampoco podría alegarse una eventual nulidad de la afiliación a la AFP.

En el evento que se confirme la sentencia de primera instancia, considera que no hay lugar a ordenar el traslado de las cuotas de administración, toda vez que el Art. 20 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, establece que tanto en el RPM como en el RAIS hay lugar a dichos descuentos, los cuales se distribuyen para el pago de las cuotas de administración y la financiación de la pensión de invalidez y sobrevivencia.

COLPENSIONES por su parte, hizo uso de esta oportunidad legal para reiterar que en el acto jurídico de afiliación que se llevó a cabo entre la afiliada y el Fondo Privado demandado, no tuvo incidencia alguna, ya que no participó del mismo; por lo tanto, los efectos jurídicos que surjan no lo pueden afectar. En consecuencia, solicita se condene al Fondo Privado, quien es en realidad el único responsable de la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de afiliación (tal y como se logró demostrar en el desarrollo del proceso), para que asuma esa carga con las consecuencias que se derivan de la misma, entre las que está la de eventualmente reconocer a la demandante la prestación económica en los términos y condiciones indicados por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Finalmente, el apoderado de la demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia toda vez que quedó probado que el fondo privado no le brindó la información que su deber le imponía al momento de suscribir el formulario de afiliación. La decisión de un afiliado que estaba cotizando en el ISS o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la ley 100 de 1993 de trasladarse al RAIS, exige que la persona tenga absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en

especial, los efectos que en su caso se generarán si toma la decisión de trasladarse. Advierte que las consecuencias jurídicas de ese incumplimiento se traducen en la inexistencia del traslado, pues el ciudadano prevalido de buena fe y confiando legítimamente en que está tomando la mejor decisión para él, suscribe el documento víctima de un engaño, sujeto a un error derivado del conjunto de acciones u omisiones en que incurrió la entidad de pensiones a través de los profesionales que intervinieron en la asesoría, y ésta sola circunstancia genera la declaratoria de inexistencia del acto jurídico de afiliación o traslado, según sea el caso. En el caso concreto la parte demandante demostró que la entidad demandada no cumplió con su obligación de ofrecer una asesoría en los términos indicados.

CONSIDERACIONES:

Corresponderá en esta instancia resolver los temas propuestos en sus respectivos recursos de apelación por el apoderado de PORVENIR S.A. y por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida en primera instancia mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación de la Sra. CLAUDIA MARÍA RENDÓN GIRALDO realizada al RAIS, así como las ordenes consecuenciales respecto a los dineros que PORVENIR S.A. queda en la obligación de trasladar.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado plenamente acreditados, se tiene que: **i)** CLAUDIA MARÍA RENDÓN GIRALDO nació el 23 de noviembre de 1964 (fls. 7); **(ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones el 3 de febrero de 1984, acumulando en esa entidad un total de 241 semanas, fls. 18 y 142; **(iii)** el 7 de abril de 1997 se afilió a la AFP PORVENIR S.A. con fecha de efectividad del 1 de junio de ese mismo año, fls. 112; y **(iv)** el 17 de noviembre de 1999 se trasladó a la entonces AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., entidad ésta última a la que actualmente se encuentra vinculada, fls. 113.

Ahora, según viene de verse, 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., para que, consecuencialmente, se declare que su afiliación válida es la que corresponde a COLPENSIONES, con apoyo en que recibió un asesoramiento insuficiente e inadecuado 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 ha sido 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 Régimen 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, amplio y suficiente, es un deber exigible desde su creación.

Así lo señaló desde las sentencias 31.989 y 31.314 ambas del 9 de septiembre de 2008, cuyas consideraciones se han venido renovando con el transcurso de los años, y en el año 2019 la tesis fue afianzada, como puede verse, entre otras, en las sentencias SL 1421, SL 1452, SL 1688 y SL 1689, todas, se repite del 2019. Como sentencia-hito sobre el tema, cabe destacar lo que se dijo en aquella primera providencia, 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."

En la SL 1452-2019, Rad. 68852 del 3 de abril de 2019, la Corte Suprema de Justicia robusteció el criterio que apunta a considerar, como ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado, los siguientes: (i) el juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico; (ii) que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente, pues se requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado; (iii) que 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 art. 1604 del Código Civil, según el cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo; y (iv) que no es necesario estar ad portas de causar el derecho o tener un derecho consolidado para que se produzca la ineficacia del traslado.

En la misma providencia, se analizaron los diferentes estadios de la evolución normativa respecto de esta exigencia, cada uno de ellos con regulaciones propias que apuntan a la misma finalidad en cuanto a la garantía para el afiliado de su derecho a una debida información, bien al momento de elegir el régimen pensional, ora cuando opte por trasladarse de régimen. Exigencias que se tornan cada vez más rigurosas, así:

1. Partiendo de una primera fase, compuesta por aquellas disposiciones que se derivaron de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 literal b), 271 y 272, así como el decreto 663 de 1993 o Decreto Orgánico del Sistema Financiero dentro del cual se hallan

inmersos los fondos de pensiones, momento para el cual, el alcance mínimo del deber de información incluía la 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”*

2. Vino luego una segunda etapa a partir de la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010, caracterizado porque obligó al análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y de los pormenores de los regímenes pensionales, Y
3. Un tercer periodo que viene dado desde la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015, tildada como la ley de doble asesoría, el cual lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En el presente caso, no se evidencia prueba alguna que permita 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, incumplió el Fondo privado su deber de información al afiliado, al no suministrarle, *“en forma clara y precisa, las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen”* (SL 1689-2019)

El simple hecho de que se haya suscrito un formulario de afiliación de ninguna manera 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 contravirtiendo en este evento. También a este respecto se ha pronunciado la jurisprudencia ordinaria, v. gr. sentencia SL 19447-2017:

*“Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

Lo anterior permite dar aplicación al art. 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.

De otro lado, en cuanto a decisión de ordenar la devolución de la totalidad de aportes recibidos, incluyendo cuotas de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, tema cuestionado en el recurso de apelación de PORVENIR, basta con indicar que la Sala ha considerado en múltiples

pronunciamientos que es factible ordenar a la AFP correspondiente, que proceda con el traslado 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, como por ejemplo en las sentencias SL 31989 - 2008; SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 1688 de 2019, rad. 68838 de mayo 8 de 2019, o más recientemente la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667. En esta última 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.*

(...)

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima» (Resaltado por la Sala)

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, también en este aspecto de la apelación, la sentencia será confirmada.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, y a favor de la demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$908.526 a cargo de cada una de ellas.

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 2 Laboral del Circuito de Itagüí, el día 19 de junio de 2020.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, y a favor de la demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$908.526 a cargo de cada una de ellas.

Lo resuelto se notifica por ESTADOS en los términos del artículo 295 del Código General del Proceso.

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE MEDELLÍN – SALA LABORAL - HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por estados N° 061
del 14 de abril de 2021

Consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>

Firmado Por:

JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

JAIME ALBERTO ARISTIZABAL GOMEZ

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

FRANCISCO ARANGO TORRES

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD 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: 615c4d3ce913b9e226540963f0d4f5f1966e8c0c2df5cd124b020eb05cb655de

Documento generado en 13/04/2021 02:25:19 PM