



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veinte (20) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: NELDY MIREYA CARMONA RODRÍGUEZ
Demandados: ACP COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 014 2020 00287 01
Sentencia: S-104

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 ACP COLPENSIONES, así como dar trámite al grado de CONSULTA concedido a favor de COLPENSIONES, con ocasión de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín el día 13 de septiembre de 2022.

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

NELDY MIREYA CARMONA RODRÍGUEZ demandó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. por omisión del deber de

información, teniendo como válida y sin solución de continuidad la afiliación a COLPENSIONES, con la consecuente orden de trasladar todos los aportes recibidos, incluidos rendimientos y sin ningún descuento por cuotas de administración. Pretende además se condene a las demandadas a las costas del proceso.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 5 de julio de 1966; que inició sus cotizaciones al Régimen de Prima Media en el mes de julio de 1992 hasta el mes de junio de 2002, año en el que se trasladó al RAIS; que actualmente se encuentra afiliada en la AFP PORVENIR S.A., fondo privado que no le brindó la suficiente información sobre su pensión y las ventajas y desventajas de pertenecer a uno y otro régimen; que solicitó la afiliación a COLPENSIONES, la cual fue negada; y que el daño sufrido es latente reflejado en la mesada pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES acepta la fecha de nacimiento de la demandante, de sus cotizaciones la Régimen de Prima media y su posterior traslado al RAIS, indicando que no le consta lo demás por tratarse de circunstancias ajenas al conocimiento de esta entidad, y como tal, no le consta las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que originaron el traslado. Se opuso a las pretensiones en tanto no existe vicio en el consentimiento alguno, proponiendo como excepciones la de prescripción, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración, imposibilidad de condena en costas y compensación.

PORVENIR S.A. indicó que no le consta la fecha de nacimiento de la demandante como tampoco la edad, y que no es cierto como se dio el traslado, toda vez este se efectuó en el año 2002, producto de una

decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, además de que nunca se le omitió detalle de las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual; y que no le constan los hechos que van dirigidos en contra de terceros ajenos a la entidad. Se opuso a las pretensiones al considerar que la afiliación fue producto de una decisión libre e informada. Como excepciones propuso la de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 13 de septiembre de 2022, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la demandante 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 actora incluyendo para el efecto los rendimientos financieros, las comisiones de administración que incluyen lo pagado por seguro previsional y la garantía de pensión mínima, a partir del 1º de julio de 2002; **ORDENÓ** a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante al RPMPD, sin solución de continuidad; **ORDENÓ** a PORVENIR S.A. a que comunique el contenido de la decisión al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para los fines legales; y **CONDENÓ** en costas a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de COLPENSIONES, presentó recurso de apelación de manera parcial, en el sentido de que todas las sumas de dinero se deben hacer de manera indexada, toda vez que las cuotas de administración que cobran las administradoras del RAIS son un ingreso propio en favor de la generación de un patrimonio, todo ello en virtud de la afiliación realizada por el cotizante obligatorio al sistema general de pensiones, que de

encontrarse ineficaz esos dineros constituirían un enriquecimiento sin causa, y de no trasladarse de manera indexada constituyen un desmedro para Colpensiones, ya que nunca tuvo la administración de estos conceptos, la cual sirve para capitalizar el fondo de naturaleza común.

Se conoce igualmente del asunto por **Consulta** a favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término del traslado concedido a las partes, ninguna de estas hizo uso de los alegatos de conclusión.

C O N S I D E R A C I O N E S:

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia, e igualmente conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado acreditados, se encuentran los siguientes: **i)** NELDY MIREYA CARMONA RODRÍGUEZ nació el 5 de julio de 1966; **ii)** se afilió al sistema pensional en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones allí, el 1º de enero de 1996; y **iii)** que suscribió formulario de afiliación o traslado ante la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el día 24 de mayo de 2002, entidad a la cual se encuentra actualmente vinculada.

Ahora bien. La diferencia jurídica que se plantea en este caso, consistente en la pretensión de la parte actora en punto que se declare ineficaz el traslado que efectuó desde el Fondo público y

común administrado por el ISS, al Fondo privado de ahorro individual, fundada en una insuficiente información por parte de esta última entidad en cuanto a las consecuencias reales de dicha determinación, ha sido materia de múltiples decisiones judiciales orientadas desde la cúspide de la jurisdicción ordinaria laboral.

Si bien es cierto, en principio, tal traslado se hizo como producto de un concurso de voluntades entre personas plenamente capaces, no lo es menos que se presentaba una relación asimétrica en el sentido de que los Fondos privados como agentes del sector financiero de la economía, tenían, desde su creación, el deber legal de suministrarle al afiliado una explicación completa pero concreta, hecha a la medida de la situación particular del interesado, de la consecuencias del traslado y con la esencial finalidad de que este pudiese tomar una decisión informada sobre un aspecto ligado a su proyecto de vida futura.

En efecto, desde la expedición del decreto 663 de 1993¹, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el que en su Capítulo VIII incluye a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, dispuso dicha obligación en los siguientes términos:

*“Art 97. **Información a los usuarios.** Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claro y objetivo, escoger las mejores opciones del mercado.*

Por su parte, la Ley 100 de 1993 también intervino el punto, pues en su artículo 271 estableció:

*“Art. 271. **Sanciones para el Empleador.** El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y*

¹ Norma posteriormente actualizada por la ley 795 de 2003 “*ley por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero*”

selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor en cada caso y por cada afiliado a una multa, impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador."

Así mismo, importa señalar al respecto, que la jurisprudencia laboral ha sido consistente, reiterada, pacífica y uniforme desde el año 2008, en señalar que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es un deber exigible desde su creación, advirtiendo, además, que en este tipo de casos la carga de la prueba recae sobre los fondos privados, especialmente por plantearse una afirmación indefinida como lo es el hecho que la persona afiliada no ha recibido la suficiente información, lo que solo puede ser desvirtuado con la prueba positiva por la cual se acredite que tal obligación sí se cumplió.

Tesis que se introdujo desde las sentencias 31.989 y 31.314, ambas del 9 de septiembre de 2008, por cuenta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyas consideraciones se han venido renovando y reiterando con el transcurso de los años a través de múltiples pronunciamientos. Cabe destacar lo que se dijo en aquellas primeras providencias, así, en la Rad. N.º 31.989 de 2008:

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad

social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."

Del desarrollo jurisprudencial posterior se evidencian algunos ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado y que se resumen en lo siguiente:

- (i) El juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico;
- (ii) El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente, pues ello no demuestra por si solo que se hubiere brindado una información idónea, y se requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado;
- (iii) Le incumbe a la respectiva AFP del RAIS, por inversión de la carga de la prueba, demostrar que en el momento del traslado le suministró al afiliado (a) la información suficiente y completa sobre las consecuencias de tal decisión, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, según el cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo; y
- (iv) No es necesario ser beneficiario del régimen de transición o estar próximo a causar el derecho para que se produzca la ineficacia del traslado.

En el presente caso, no se observan pruebas fehacientes que permitan tener por acreditado que el fondo privado brindó, en el momento del traslado, una información integral de las condiciones subjetivas de la afiliada, con explicación de las ventajas y desventajas de la reubicación entre regímenes y su incidencia en su caso particular, de tal manera que aquel pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas. Esto es, el Fondo privado incumplió su

deber de información, al no suministrar, de modo claro y preciso, las características, consecuencias y efectos del cambio de régimen.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, no se vislumbra confesión alguna respecto del cumplimiento a ese deber de información, manifiesta simplemente la demandante sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado de régimen que, se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., debido al diligenciamiento que le hicieron del formulario estando en la secretaría general en donde funciona al área de personal, y ella simplemente lo firmó; que la suscripción fue libre y voluntaria; que decidió trasladarse a HORIZONTE pero para efectos de la cesantía, más no para pensiones; que no existió una persona que les brindara alguna capacitación al respecto; que nunca recibió los extractos del fondo privado; que no le hablaron de rendimientos financieros ni de la pensión anticipada, como tampoco que pasaría con sus ahorros en caso de que ella muriera; que no le explicaron que pasaría con las semanas ya cotizadas; y que desea estar afiliada a COLPENSIONES, porque sería mejores sus beneficios en cuanto a la pensión.

De lo anterior no se deriva –entonces- que aparezca clara la prueba de un reconocimiento de que los promotores del Fondo privado hubieren informado en detalle las diferencias jurídico-financieras de los sistemas pensionales, con expresión de sus características propias, así como las repercusiones que una decisión de semejante calado podría traerle a la afiliada al momento de hacer efectiva la prestación.

Lo anterior permite dar aplicación al citado artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de que cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social como lo son las AFP, *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”*.

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

Conceptos a trasladar

De otro lado, en cuanto a decisión de ordenar también la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y demás conceptos, 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."

Por otro lado, de acuerdo a la inconformidad presentada por la apoderada de COLPENSIONES, debe advertirse que la orden a PORVENIR S.A. de trasladar los conceptos referidos en la sentencia de primera instancia anteriormente mencionados, deben incluir la respectiva indexación, según lo ha indicado la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo que además es procedente en tanto el proceso también se conoce en CONSULTA a favor de esta entidad.

En ese aspecto, dicha Corporación ha ordenado tal indexación y lo ha hecho en sentencias como las ya citadas, pero de forma más clara y reciente en la sentencia SL 3349 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."*

En consecuencia, la decisión de primera instancia deberá ser **CONFIRMADA y ADICIONADA.**

Sin costas en esta instancia.

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 14 Laboral del Circuito de Medellín, el día 13 de septiembre de 2022, pero la **ADICIONA** en el sentido de ordenarle a la AFP PORVENIR S.A., que los conceptos de comisiones por administración, aportes para la garantía de pensión mínima y los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, deben incluir la respectiva INDEXACIÓN.

Sin costas en esta instancia.

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: **03ef4e7060b492d109f7e6864b5d34c12ede6dcca62841e64ef6fa3f833ea374**

Documento generado en 20/04/2023 01:49:18 PM

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