



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiséis (26) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: IRLESA MARÍA LOPERA GÓMEZ
Demandados: ACP COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 018 2021 00403 01
Sentencia: S-145

AUTO

En atención a la escritura pública 3370 del 2 de septiembre de 2019 allegada al expediente, en la que se otorga poder general para representar a la ACP COLPENSIONES a la sociedad PALACIO CONSULTORES S.A.S., se le reconoce personería como apoderado judicial al Dr. FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI, T.P. 198.214 del C. S. de la Judicatura. Y se accede a la sustitución de poder presentada por el referido apoderado, a favor de la Dra. ADRIANA DEL ROSARIO OCAMPO MAYA portadora de la T.P. N° 135.035 del C. S. de la Judicatura, a quien se le reconoce personería judicial para actuar en los mismos términos que el apoderado principal.

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 este acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP 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 Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín el día 26 de octubre 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:

IRLESA MARÍA LOPERA GÓMEZ demandó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, disponiéndose su retorno a COLPENSIONES sin solución de continuidad, con la consecuente orden de trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual, como son cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, frutos e intereses y rendimientos, para que sean incorporados en la historia laboral. Pretende además se condene en costas a las entidades demandadas.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 20 de junio de 1969; que hizo su primer aporte a pensiones el 2 de junio de 1994 al ISS; que se trasladó a PORVENIR S.A. en agosto del año 2000, sin advertírsele los efectos que conllevaban dicho traslado de régimen, y sin brindarle información debida acerca de las graves consecuencia, ya que tan solo se le manifestó que se pensionaría anticipadamente y con una mesada superior a la obtendría en el Instituto de Seguros Sociales –ISS-, por lo que este fondo privado no le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado; que PORVENIR S.A. nunca se le realizó una proyección pensional; y que elevó solicitud para el traslado a Colpensiones, el cual fue negado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, COLPENSIONES aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; que es cierta la afiliación a esta entidad y el traslado efectuado al fondo privado; que es cierta la solicitud elevada, la cual fue negada; y que no le consta los hechos que van dirigidos en contra de PORVENIR S.A. Se opuso a las pretensiones por no estar demostrados los vicios en el consentimiento. Como excepciones propuso prescripción, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen, devolución de cuotas de administración, buena fe de Colpensiones, improcedencia de condena en costas y compensación.

A su turno, la AFP PORVENIR S.A. indica que no le consta la fecha de nacimiento de la demandante, como tampoco la afiliación al ISS; que la afiliación a este fondo privado se efectuó el 23 de junio de 2000, producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su traslado; que no le consta los hechos que van dirigidos en contra de COLPENSIONES; y señala que siempre se le brindó a la actora una información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo a las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993. Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que fue un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento. Como excepciones propuso prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 26 de octubre de 2022, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A., a quien le **ORDENÓ** trasladar a COLPENSIONES todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones completas, rendimientos financieros,

cuotas de administración debidamente indexadas, primas de reaseguros de Fogafín, primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargos a sus propios recursos y por el tiempo que la demandante realizó aportes en el fondo privado; **ORDENÓ** a COLPENSIONES a reactivar la afiliación y recibir las sumas indicadas y continuar como su administradora de pensiones; y **CONDENÓ** en costas a PORVENIR S.A.

DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación manifestando que se debe revocar las condenas impuestas, teniendo en cuenta que la demandante al momento del traslado era una persona capaz, y por ende tenía conocimientos de tomar una decisión de manera libre, voluntaria e informada para trasladarse; que para el año 2004 todos los fondos de pensión realizaron una publicación en un periódico de alta circulación como lo es el periódico el tiempo, en el que se informaba a todos los afiliados que se podían trasladar de régimen de acuerdo al período de gracia que trajo la ley 797 de 2003; que a la demandante se le aplica la restricción del literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo segundo de la ley 100 de 1993; que no se comparte la decisión de la ineficacia del traslado ni los efectos jurídicos de estos, porque no se alegaron ni probaron los eventos del artículo 1.741 CC; que PORVENIR S.A. siempre ha garantizado a los potenciales afiliados y a los actuales afiliados la protección del deber de información, siendo la misma clara, precisa, veras y suficiente, de acuerdo con las disposiciones de la ley 100 de 1993, la cual de ser de alcance nacional, y que expresa el funcionamiento, requisitos y alcances del RAIS; que la entidad si le entregó a la actora una información cierta, veraz, cierta y oportuna, cumpliendo con la carga procesal impuesta pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba; y que las condenas impuestas de forma indexada son

improcedentes, ya que en virtud de los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, la condena resulta incompatibles, pues estos han sido superiores a los mínimos establecidos del gobierno nacional.

Conoce la Sala igualmente del asunto por **Consulta** a favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Dentro del término legalmente concedido, el apoderado de la parte actora, manifestó que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que el fondo privado omitió información al trasladar de régimen a la actora, la información suministrada fue errónea y no se ajusta a la realidad y la información fue incorrecta, inoportuna e insuficiente, no existiendo prueba de la información entregada a la demandante en los términos exigidos por la jurisprudencia.

La apoderada de COLPENSIONES, señaló en sus alegatos, que se debe revocar la sentencia, ya que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993; y que en caso de confirmarse la decisión se ordene la indexación.

Por su parte el apoderado de PORVENIR S.A. solicita se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que no se probó la ineficacia del traslado por parte de la demandante, demostrando que siempre se le garantizó el derecho de retracto y se le brindó la información pertinente, no siendo jurídicamente válido imponer otras cargas probatorias a este fondo privado diferentes al formulario de afiliación, y que se debe tener en cuenta las restituciones mutuas al momento de devolver los conceptos a Colpensiones.

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 PORVENIR S.A. en contra de la sentencia de primera instancia, e igualmente conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA en lo no recurrido por esa misma entidad, 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 plenamente acreditados, se tiene que: *i)* IRLESA MARÍA LOPERA GÓMEZ nació el 20 de junio de 1969¹; *ii)* que se afilió por primera vez al sistema pensional ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones el 2 de junio de 1994, acumulando en esa entidad un total de 177.86 semanas de cotización; y *iii)* que el 23 de junio de 2000, suscribió el respectivo formulario de afiliación² a la AFP PORVENIR S.A., entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

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

¹ Folio 21 de la demanda

² Folios 72 de la contestación de PORVENIR S.A.

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 1993³, 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 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

³ Norma posteriormente actualizada por la ley 795 de 2003 “*ley por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero*”

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° 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, en agosto del año 2000, fueron a su sitio de trabajo unos vendedores autorizados por la empresa, quienes le manifestaron que el ISS se iba a acabar y que lo más viable era trasladarse a un fondo privado, y a raíz de ellos fue que firmaron el documento; que la reunión duró más o menos 5 minutos; que nunca se le explicaron los requisitos para pensionarse en el fondo privado ni le hablaron que tendría una cuenta

de ahorro individual; que no se le informó que podía realizar aportes voluntarios como tampoco que eran los rendimientos financieros; y que no se le explicó sobre la heredabilidad de sus aportes.

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"*.

Tampoco es de recibo el argumento relacionado con la imposibilidad en el traslado de régimen con fundamento en el art. 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 13 de la Ley 100 del 1993, tema frete al cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según sentencias como la SL 655 y SL 1022 del 23 de marzo de 2022, ha considerado que es un despropósito *"... centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Porvenir S.A. en el año 1999"*.

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, tema cuestionado en el recurso de apelación por PORVENIR S.A., 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.”

Todo lo anterior 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 igualmente que la orden dada a PORVENIR S.A. de trasladar el concepto de las cuotas de administración, debe 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, contrario a lo que sostiene la apoderada de PORVENIR S.A., dicha Corporación sí 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 deberá ser **CONFIRMADA** en todas sus partes.

Costas en esta instancia por haber resultado vencida en el recurso, a cargo de PORVENIR S.A., cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1 ´ 160.000.

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 Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, el día 26 de octubre de 2022.

Costas en esta instancia por haber resultado vencida en el recurso, a cargo de PORVENIR S.A., cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1 ' 160.000.

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: **c36f33ebb8e6bbacce4c2095c75d3fd3517fb8fb4a4eb47d2eeac2e3e0efef95**

Documento generado en 26/05/2023 01:23:12 PM

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