



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

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

Demandante: LUZ MIRIAN BERMÚDEZ LÓPEZ
Demandados: ACP COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 007 2021 00412 01
Sentencia: S-141

AUTO

En atención a la escritura pública 3374 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 MUÑOZ Y ESCRUCERÍA S.A.S., se le reconoce personería como apoderada judicial a la Dra. ELIANA MORENO PEDROZA, T.P. 173.191 del C. S. de la Judicatura. Y se accede a la sustitución de poder presentada por la referida apoderada, a favor del Dr. DANIEL MATEO ORTIZ GONZÁLEZ portador de la T.P. N° 342.083 del C. S. de la Judicatura, a quien se le reconoce personería judicial para actuar en los mismos términos que la apoderada 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 COLPENSIONES, al igual que el grado jurisdiccional de Consulta en lo no recurrido por esta entidad, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín el día 30 de agosto de 2022.

De acuerdo con 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

LUZ MIRIAN BERMÚDEZ LÓPEZ demandó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- administrado por este fondo privado, disponiéndose su retorno a COLPENSIONES, con la consecuente orden de trasladar todas las cotizaciones con sus rendimientos. Pretende además se condene en costas y gastos del proceso a las entidades demandadas.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 17 de abril de 1963; que al comenzar su vida laboral se afilió al Instituto de Seguros Sociales -ISS-; que el 13 de marzo de 2001 se trasladó a PORVENIR S.A., ya que recibió a un funcionario de éste fondo privado, quien no le brindó toda la información necesaria, limitándose a decir que el ISS se acabaría y que su pensión sería mejor y a cualquier edad; que no se le explicó de las características del RAIS y como podría obtener su pensión; y que el 27 de julio de 2021 solicitó el regreso a COLPENSIONES, el cual fue negado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, PORVENIR S.A. manifiesta que no le consta la fecha de nacimiento de la demandante, tampoco su afiliación al ISS ni la solicitud elevada a COLPENSIONES; niega los hechos relacionados con la falta de información de dicho fondo al momento del traslado de la actora, indicando que la misma se realizó de forma libre y voluntaria el 13 de marzo de 2001; y que la asesoría otorgada se dieron en cumplimiento de las obligaciones vigentes para esa época, otorgándose información sobre las condiciones y características del régimen pensional. Se opuso a todas las pretensiones de la demanda indicando que la decisión de la demandante fue libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión. Como excepciones propuso prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

COLPENSIONES acepta la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS el 15 de octubre de 1983, el traslado a PORVENIR S.A. el 13 de marzo de 2001, así como la solicitud de traslado presentada por la actora y su negativa; no le consta lo demás por tratarse de situaciones relacionadas con terceros que deben ser probadas en el curso del proceso. Se opuso además a las pretensiones por cuanto no se encuentran soportes fácticos y legales para acceder a las mismas. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación, inexistencia de nulidad del traslado ante la AFP PORVENIR S.A., inoponibilidad del acto jurídico de afiliación de la demandante con la AFP PORVENIR S.A. frente a COLPENSIONES como tercero de buena fe, indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media, equivalencia del ahorro o diferencias pensionales, devolución de aportes debidamente indexados, devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por parte de la AFP PORVENIR S.A., devolución de los aportes debidamente discriminados por parte de la AFP PORVENIR S.A., buena fe, prescripción, indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, compensación, e imposibilidad de condena en costas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 30 de agosto de 2022, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín resolvió, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado en el 2001 del RPMPD al RAIS efectuado por la demandante con destino a PORVENIR S.A., debiéndose tener como válidamente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad; **CONDENÓ** a PORVENIR S.A. a trasladar los dineros con destino a COLPENSIONES, los montos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con sus rendimientos financieros, exceptuando de dicha devolución los dineros destinados a pago de cuotas de administración y prima de seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte; **CONDENÓ** a COLPENSIONES a validar la afiliación de la demandante y recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído, además de tener en cuenta el tiempo cotizado por la demandante en el RAIS, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral; y **CONDENÓ** en costas a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, la apoderada de Colpensiones presentó recurso de apelación solicitando que se considerase que efectivamente es procedente la declaratoria de la ineficacia, se modifique la sentencia de instancia, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones el 100% de las cotizaciones realizadas por la demandante sin descuento alguno, esto es, que además de los aportes, rendimientos, traslade el valor de todos los gastos de administración y cuotas de seguros previsionales, en virtud de lo establecido en la Sentencia SL8989 de 2008 en la que ordenó a los fondos de pensiones privados, incluso con cargo a su propio patrimonio, devolver la totalidad de las cotizaciones sin descuento alguno, posición reiterada en la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte

Suprema de Justicia, en donde ha sido vehementes en ordenar tal circunstancia; lo anterior, en atención al principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Se conoce del asunto también vía grado jurisdiccional de **Consulta** a favor de COLPENSIONES, en lo no recurrido.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legalmente concedido, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, pues reitera que no se debe dar la ineficacia, ya que la misma demandante manifestó en su interrogatorio que el fondo privado le generó confianza en su asesoría; que si bien existe una línea jurisprudencial respecto a este tema, para el caso de autos no se encuentra probado que el trámite de traslado se dé por falta de información, sino por la disparidad de cifras; que la demandante no puede trasladarse, pues se encuentra dentro de la restricción legal para hacerlo, la cual ya ha sido estudiada por la Corte Constitucional; que se debe recordar que Colpensiones es un tercero de buena fe y se deben proteger sus intereses patrimoniales; que al considerarse la ineficacia de traslado, se debe ordenar todos los aportes y demás rubros a que haya lugar.

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.

CONSIDERACIONES:

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por la ACP COLPENSIONES 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 acreditados, se encuentran los siguientes: **i)** la señora LUZ MIRIAN BERMÚDEZ LÓPEZ nació el 17 de abril de 1963¹; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS- y comenzó a realizar cotizaciones allí, el 25 de octubre de 1983²; y **iii)** que el 13 de marzo de 2001 suscribió formulario de vinculación o traslado ante la AFP PORVENIR S.A.³, 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

¹ Cedula de ciudadanía – folio 103

² Historia laboral de folios 37 a 41 de la demanda

³ Folio 28 de la demanda y 87 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 1993⁴, 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

⁴ 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, advirtiéndolo, 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, efectuó el traslado a PORVENIR S.A., cuando trabajaba en una Cooperativa, explicándole el asesor del fondo privado que el ISS se iba a acabar y que se quedarían sin pensión, perdiendo todo lo consignado en el ISS; que se iba a pensionar con más dinero, que la pensión sería heredable y que no tenía que pensar en el requisito de la edad, pues se podía pensionar mucho antes; que no le informó que pasaría con las

semanas una vez se trasladara, ya que la charla fue muy corta; que nunca se le habló de las semanas cotizadas ni la financiación de la pensión de vejez; que no se le habló de la manera de obtener una mejor pensión; y que no le hablaron de los aportes voluntarios ni los rendimientos financieros.

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”*.

Ahora bien, no es de recibo el argumento de COLPENSIONES en cuanto solicita considerar las implicaciones económicas que se pueden llegar a generar con decisiones como ésta, especialmente por existir una eventual afectación a la sostenibilidad financiera del sistema más cuando no participó en el acto de traslado, siendo un derecho que ejerció la demandante en su momento y permitido según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

El principio de sostenibilidad financiera de las pensiones, entronizado en el Acto Legislativo 01 de 2005, está orientado a lograr el aseguramiento de su propia subsistencia. Esto es, se impone la garantía de que se pueda contar con los recursos necesarios para reconocer y pagar las diversas prestaciones a los afiliados al sistema,

presuponiendo la limitación de los recursos disponibles, y que, por ello mismo, deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población, buscando la efectividad de los derechos y la eficacia y solidaridad del sistema. Y para esto es indispensable asegurar el pago efectivo de las cotizaciones, aunado al concurso del Estado cuando ello sea requerido, de tal modo que el sistema sea viable para el pago de las pensiones de los actuales y futuros pensionados.

En casos como el presente, el regreso de la demandante al RPM no implica que necesariamente vaya a haber una afectación al sistema, pues a dicho fondo le llegan los dineros que la demandante alcanzó a acumular en el Régimen de Ahorro Individual junto con los rendimientos financieros y todos aquellos conceptos recibidos por administración de los recursos, seguros y garantía de pensión mínima como más adelante se verá, sin que esté probado en el proceso que no sea posible financiar la pensión a la que pueda llegar a acceder.

De igual forma, tampoco es de recibo el argumento de COLPENSIONES en sus alegatos 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 la decisión de la *a quo* de ordenar el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, pero sin incluir lo relacionado con las cuotas y/o gastos de administración y los seguros previsionales, tema que se revisará según el recurso de apelación planteado por COLPENSIONES, 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 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.

(...)

En consecuencia, la decisión deberá ser **MODIFICADA** en el sentido de ordenarle a la AFP PORVENIR S.A. que proceda igualmente a la devolución de los porcentajes descontados por concepto de cuotas y/o gastos de administración, incluyendo las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, es decir, todas aquellas sumas de dinero recibidas durante el tiempo que la señora LUZ MIRIAN BERMÚDEZ LÓPEZ estuvo vinculada a esa entidad.

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

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 Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, el día 30 de agosto de 2022, pero la **MODIFICA** en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A., que proceda igualmente a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, el valor recibido por concepto de cuotas

y/o gastos de administración, incluyendo porcentajes de seguros y reaseguros, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esa entidad.

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: **32ce4fd9177aaf100737d9426cb38c8300ff2d543e02c0d16d2960b98a146cc4**

Documento generado en 26/05/2023 01:22:23 PM

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