



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, dieciséis (16) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: JOSÉ JOAQUÍN ROMERO LEÓN
Demandados: ACP COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 016 2020 00395 01
Sentencia: S-167

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 dar trámite al grado jurisdiccional de CONSULTA concedido a favor de COLPENSIONES, con ocasión de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín el día 21 de noviembre 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:

JOSÉ JOAQUIN ROMERO LEÓN demandó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado y afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS-, debiéndose ordenar el retorno a COLPENSIONES y este a activar

la afiliación, y consecuentemente se ordene trasladar a este fondo público las cotizaciones y rendimientos que estén en la cuenta de ahorro individual. Pretende además la condena en costas a las demandadas.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 10 de mayo de 1958; que a la fecha cuenta con más de 1.253 semanas cotizadas; que se realizó aportes al ISS desde noviembre de 1989; que se trasladó al RAIS en septiembre de 1997 cuando trabajaba en el Departamento del Guainía, cuando se presentó el aseso de PORVENIR S.A., quien no le brindó información sobre las implicaciones del traslado, como tampoco se le informó sobre la restricción de los 10 años; que la AFP no le realizó una proyección al cumplir los 52 años; que en 2020 solicitó ante COLPENSIONES su traslado, solicitud que fue negada; y que el 6 de mayo de 2020, solicitó ante PORVENIR S.A. aclaración de incógnitas sobre su traslado, la cual nunca dio respuesta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, PORVENIR S.A. indicó que no le consta la fecha de nacimiento del demandante; que no es cierto que el actor cuente con 1.253 semanas sino con 1.208 semanas en toda su vida; que no es cierto que el traslado del actor no se haya dado de una decisión voluntaria y libre y no es cierto que no se le haya brindado una asesoría respecto a los regímenes pensiones, riesgos, condiciones, ventajas y desventajas, bríndalo le información suficiente; que no es cierta la solicitud presentada ante el fondo privado, pues en su base de datos no consta el envío del derecho de petición; que no le consta ningún otro hecho por tratarse de hechos personalísimos del actor o por tratarse de hechos dirigidos contra terceros. Se opuso a las pretensiones, toda vez que la afiliación pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, ya que fue una asesoría clara, expresa, completa y veraz. Como

excepciones propuso buena fe, prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido.

COLPENSIONES acepta la fecha de nacimiento del demandante; que son ciertas las semanas cotizadas según historia laboral y que inició cotizando al ISS hoy Colpensiones; que es cierta la solicitud de traslado hecha a COLPENSIONES y que esta fue negada por encontrarse dentro de la prohibición legal de los 10 años; y que no le constan los demás hechos por no estar dirigidos a otra entidad. Se opuso a las pretensiones, por carecer de sustentos facticos y jurídicos que avalen su reconocimiento. Como excepciones propuso imposibilidad jurídica de declarar la ineficacia, prescripción, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 21 de noviembre de 2022, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** ineficaz la afiliación del demandante realizado a PORVENIR S.A. el 24 de septiembre de 1997; **DECLARÓ** que para todos los efectos legales nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media; **ORDENÓ** a PORVENIR S.A., trasladar al demandante al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES; **ORDENÓ** a PORVENIR S.A., devolver al régimen de prima media, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, incluyendo las cotizaciones de forma completa, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que pueda retener los gastos administrativos ni los aportes de solidaridad ni ningún concepto, con cargo a sus propios recursos; **ORDENÓ** a COLPENSIONES, reactivar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida a la parte demandante y recibir todos los dineros que sean trasladados por PORVENIR S.A.; **AUTORIZÓ** a COLPENSIONES a realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el RAIS, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir a la parte demandante al momento de cumplir

con las obligaciones pensionales a su cargo, cálculo que consiste en traer a valor presente las cotizaciones que se causaron después de la afiliación del demandante a Porvenir y hasta la fecha efectiva de pago; y **CONDENÓ** en costas a PORVENIR S.A.

Conoce la Sala del asunto en grado jurisdiccional de **Consulta** en favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

En el término concedido a las partes para alegar de conclusión, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos, solicitando equivocadamente la revisión de la suma reconocida y estudiar la condena sobre retroactivo pensional, lo cual no tiene ningún tipo de injerencia o relación con el tema que está siendo estudiado.

Por su parte, el apoderado del demandante manifestó que se debe aplicar el principio de favorabilidad, aplicando la norma más favorable al trabajador; que la Corte Suprema de Justicia ha sido muy enfática al establecer que la carga de la prueba está en cabeza de los fondos privados y que el formulario de afiliación no es válido para decir que se cumplió con el deber de información, que no se debe tener un beneficio tradicional para que proceda la ineficacia; que el fondo privado no pudo comprobar que suministró la información al momento del traslado y menos antes de cumplir 52 años el demandante, y es así como se evidencia que el demandante fue engañado.

Y, por último el apoderado de PORVENIR S.A. solicita que se modifique el traslado de valores, en el sentido que no se debe ordenar los descuentos legales realizados a los aportes del demandante, como tampoco de manera subsidiaria se debe adicionar la orden de indexar los valores descontados, toda vez que los gastos de administración tienen un mandato específico y legal, y por tal motivo la inversión de estos gastos no se dio de manera antojadiza, es así como estos

descuentos ya han cumplido con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, así como las sumas del fondo de solidaridad ya que estos no construyen parte de la pensión; que atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de ineficacia, pues se está dando un enriquecimiento sin justa causa al no aplicar las normas legales sobre restituciones mutuas; y que no es procedente la indexación sobre los descuentos, ya que estos valores se resarcirían con el traslado de los rendimientos y al adicionarla se impondría una doble condena a la AFP y un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES:

Se procede a 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.

Conviene puntualizar que, entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado acreditados, se encuentran los siguientes: *i)* el señor JOSÉ JOAQUÍN ROMERO LEÓN nació el 10 de mayo de 1958; *ii)* se afilió por primera vez al sistema pensional ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 27 de noviembre de 1989, realizando cotizaciones desde dicha fecha y acumulando un total de 179,43 semanas de cotización; y *iii)* que el 24 de septiembre de 1997 suscribió el respectivo formulario a la AFP PORVENIR S.A.

Ahora. 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 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*

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

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° 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 del afiliado, 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 el actor, no se vislumbra confesión alguna respecto del cumplimiento a ese deber de

información, manifiesta simplemente el demandante sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado de régimen que, se encontraba trabajando en la gobernación del departamento del Guainía en 1997, cuando llegó un asesor del fondo privado quien reunió a los funcionarios de la gobernación y les manifestó que el ISS se iba a terminar, por lo que iban a quedar desprotegidos y había la posibilidad de pasarse a un fondo privado; que se les presentó un formato que llenó un tercero y este fue suscrito con la firma de la jefe de personal, su firma personal y la firma del asesor; que en ese momento no se les dio ninguna indicación adicional que no fuera que debían cumplir tiempo y que en cualquier momento podrían solicitar el retiro de los aportes, siendo esta la información general que les brindó; que no se le dio ningún otro tipo de asesoría como la posibilidad de realizar aportes voluntarios; y que posterior a la afiliación no tuvo ningún tipo de comunicación con el fondo privado.

De lo antepuesto no se deriva 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 al afiliado al momento de hacer efectiva la prestación.

Vale aclarar que el hecho de que tuviera conocimientos de derecho debido a su desarrollo educativo y profesional, por un lado, en nada influye a la hora de calificar la actitud del fondo privado al momento de proceder con el trámite del traslado de régimen, y por el otro, no significa que tuviera una comprensión completa de todas las implicaciones de la decisión, pues para ello se requiere un manejo de otros temas como los jurídicos en el campo del derecho de la Seguridad Social.

Esta sala tampoco comparte 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”.

Lo anterior permite dar aplicación al 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 ordenar también la devolución de las cuotas de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y demás conceptos, temas estudiados en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, basta con indicar que, siguiendo aquellos mismos pronunciamientos de la jurisprudencia laboral, esta Sala ha considerado que es factible ordenar a las AFP correspondientes, la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas recibidas con ocasión de la afiliación fallida, teniendo en cuenta que no es ello más que una consecuencia natural de la ineficacia del traslado, en tanto las cosas

vuelven a su estado anterior, como si el traslado 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 la 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 **CONFIRMADA** en cuanto se le ordenó proceder con la devolución de los conceptos descontados por cuotas y/o gastos de administración, incluyendo las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, es decir, todas aquellas sumas de dinero recibidas durante el tiempo

que el Sr. JOSÉ JOAQUIN ROMERO LEÓN estuvo vinculado a esa entidad.

Se advierte igualmente que la orden a PORVENIR S.A. de trasladar los conceptos mencionados, es decir, las cuotas y/o gastos de administración, seguros previsionales y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, 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, y según fue ordenado por el Juez de Primera Instancia, lo que además es procedente en tanto el proceso también se conoce en CONSULTA a favor de COLPENSIONES.

En ese aspecto, dicha Corporación ha ordenado tal ***indexación*** y lo ha hecho en sentencias como las ya citadas, pero de forma más clara en las sentencias SL 3349-2021, SL359-2021 y SL3394-2022, en las 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.*”

No obstante, en lo que respecta al **cálculo de equivalencia**, ha de decir la Sala que tal decisión no es consistente con el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, pues en estos casos, el criterio de este órgano jurisdiccional no ha tenido variación en cuanto, una vez verificada la ineficacia del traslado, lo procedente es la devolución todos los valores que por aportes hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, incluyendo lo descontado para cubrir las primas de los seguros previsionales, gastos o comisiones de administración, aportaciones al fondo de garantía de pensión mínima, con todos los rendimientos, frutos e intereses, como se indicó

con anterioridad (SL2877-2020, radicado 78667); razón por la cual en este punto será **REVOCADA** la sentencia de primera instancia.

Con base en lo anterior, la decisión de primera instancia será **CONFIRMADA y REVOCADA**.

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 Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín el día 21 de noviembre de 2022, pero la **REVOCA** en lo que tiene que ver el cálculo de equivalencia, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

Sn 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: **31668b45d9d0539f13a1030f34a04a61f8c5f48fc00a301c36155cb7e14ca4c9**

Documento generado en 16/06/2023 01:21:09 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>