



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: JUAN FERNANDO VALENCIA VERGARA
Demandados: ACP COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 024 2021 00364 01
Sentencia: S-241

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, 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 Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín el día 30 de marzo de 2023.

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

JUAN FERNANDO VALENCIA VERGARA demandó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia y/o nulidad del

traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debiéndose tener siempre como afiliado al RPM administrados por COLPENSIONES, sin solución de continuidad. Como consecuencia, se le ordene a la AFP PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, aportes voluntarios y obligatorio, rendimientos y gastos de administración, seguros previsionales, reaseguros, durante el tiempo que estuvo bajo su administración. Asimismo, se condene al fondo privado al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales y las costas procesales.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 1º de octubre de 1962; que a lo largo de su vida ha trabajado en distintas entidades del sector público y privado; que cotizó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -ISS- hoy COLPENSIONES desde 1981; que en 1995 suscribió formulario de afiliación a PORVENIR S.A., pero que nunca recibió información completa y veraz sobre su traslado; que tan solo se le manifestó que tendría muchos más beneficios que en el RPM, no se le dio información sobre las características del RPM y del RAIS y mucho menos se le realizó un comparativo, como tampoco se le explicaron los requisitos que debía cumplir para poder pensionarse, ni sus modalidades, incumpliendo con su deber de información. Aduce que radicó derecho de petición ante PORVENIR S.A. y al responderle se le informó que a sus 64 años en el RAIS tendría una mesada de \$1'373.700 y que en Colpensiones sería mayor, demostrando así el vicio en el consentimiento. Que presentó solicitud a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para que se declarara la ineficacia del traslado, las cuales fueron resueltas de forma negativa;

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES acepta la fecha de nacimiento del demandante, que ha laborado tanto en el sector público como en el

privado, así como su solicitud de aceptación de la ineficacia y la respuesta negativa que se le dio a la misma. A los demás hechos señala que no le constan porque no van dirigidos en su contra. Se opuso a todas las pretensiones y como excepciones propuso falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del traslado de régimen, inexistencia de la nulidad, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera, equivalencia del ahorro, devolución de aportes y cuotas de administración debidamente indexados, inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios, buena fe, prescripción, compensación e imposibilidad de condena en costas.

PORVENIR S.A. indicó que el traslado del demandante fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones del traslado, funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales sin omitir ningún tipo de detalle de las ventajas y desventajas del RAIS, ni se valió de artimañas o engaños en el trámite de vinculación, tampoco que no haya actuado de buena fe y cumpliendo con el ordenamiento jurídico y disposiciones previstas. Niega que no haya firmado el formulario de forma libre y voluntaria; que en cuanto a la solicitud al derecho petición y solicitud de aceptación de la ineficacia a Porvenir S.A. no es cierto como se presenta en la demanda y su respuesta, por lo que se atienen al contenido literal e íntegro de los documentos; y que no le constan los demás hechos por estar relacionados con un tercero ajeno a esta administradora. Se opuso a todas las pretensiones. Y propuso como excepciones la de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 30 de marzo de 2023, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –

RAIS- en 1995 administrado por PORVENIR S.A.; **CONDENÓ** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los saldos de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales, fondo de garantía de pensión mínima, descontados durante la permanencia del demandante en el fondo, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, los cuales deberán aparecer discriminados con sus valores, detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante y normalizar la afiliación en el SIAFP; **ORDENÓ** a COLPENSIONES a reactivar de forma inmediata la afiliación del demandante al RPM, a recibir la devolución de los dineros ordenados; y **CONDENÓ** en costas a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de PORVENIR presentó recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia, solicitando se revoquen las condenas impuestas y de manera indexada, pues era deber del demandante estar informado y cerciorarse de los servicios contratados, debió indagar sobre las características del régimen como la obligación de exigir explicaciones verbales o escritas necesarias y suficientes para informarse de la decisión. En cuanto a la indexación señaló que esta es improcedente, toda vez que los recursos del demandante no se han visto afectados por la inflación y por el contrario han generado excelentes rendimientos, por otro lado, en cuanto a la devolución de los rendimientos, que incluye frutos e intereses de los dineros recibidos por la administradora, son excluyentes con la indexación ordenada, por lo que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, que pudiera haber generado en los conceptos a retornar, fundamentando esto en las restituciones mutuas.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Una vez surtido el traslado respectivo, la AFP PORVENIR S.A., indicó que se debe revocar la sentencia de primera instancia, ya que no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez; que a la demandante siempre se le garantizó el derecho de retracto, así como a la libre escogencia de régimen; que este fondo privado si acreditó el deber de información, pues aportó los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos, no siendo posible imponer otras cargas procesales a las previstas en las leyes; que de acuerdo a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia no existe norma que prevea la situación de la ineficacia; que no puede condenarse a este fondo a restituir a favor del afiliado, y a un tercero como es COLPENSIONES, los rendimientos financieros que logró por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS; y que no debe proceder la indexación de las condenas, toda vez que los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPMPD.

COLPENSIONES, en sus alegatos, señaló que esta entidad es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado y es por ello que no debe verse perjudicado por el error en el cual incurrió la parte demandante; que a lo largo del proceso se logra probar que la demandante realizó su afiliación al fondo privado, a través de un acto libre y voluntario; y que en caso tal de que el Tribunal decida confirmar la decisión todos los conceptos a devolver deben ser asumidos a cargo del propio patrimonio

de la administradora privada, debidamente indexados, como lo ha expuesto la línea de la Corte Suprema de Justicia.

Y por último, la parte demandante manifestó en sus alegatos que se debe confirmar la sentencia, toda vez que esta se sustentó en los parámetros que ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en su línea jurisprudencial, quedando plenamente acreditado que los fondos privados demandados no cumplieron con el deber legal, profesional y ético que les asiste a las Administradoras de Fondos de Pensiones, de brindar una información completa, veraz, clara, precisa, técnica, adecuada y oportuna.

CONSIDERACIONES:

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 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)* JUAN FERNANDO VALENCIA VERGARA nació el 1º de octubre de 1962; *ii)* se afilió al sistema pensional en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones allí, el 27 de agosto de 1981, contando con un total de 73,57 semanas cotizadas; y *iii)* que suscribió formulario de vinculación ante la AFP PORVENIR S.A. el día 17 de julio de 1995¹, entidad a la cual se encuentra actualmente vinculado.

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

¹ Folios 50 de la demanda y 100 de la contestación de Porvenir S.A.

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 1993², 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*

² Norma posteriormente actualizada por la ley 795 de 2003 “*ley por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero*”

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 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, cuando entró a trabajar a laborar en 1995, en ese momento les entregaron el formulario pre diligenciado de PORVENIR S.A., pensando que era requisito para poder trabajar en dicha empresa, así que lo firmó, pero indica que nunca se le brindó ningún tipo de información por parte de un asesor, como tampoco un comparativo de ambos regímenes, y afirma que desconocía la prohibición legal de trasladarse al faltarle menos de 10 años para cumplir la edad pensional.

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 al afiliado 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 la 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 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."

Se advierte igualmente que la orden a PORVENIR S.A. de trasladar los conceptos mencionados, es decir, las cuotas de administración, seguros previsionales y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima deben 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, 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.*"

En lo que tiene que ver con la orden del a quo, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor del actor, tal decisión resulta desacertada, toda vez que al ser ineficaz la afiliación del demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional, al menos el tipo A, y por tal razón, si el referido bono fue pagado se debe efectuar la devolución al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES, por lo que tal orden será precisada.

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

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., por haber sido vencida en el recurso, 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 Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, 30 de marzo de 2023, pero **PRECISANDO** que en el evento tal que se hubiese pagado bono pensional tipo A, a favor del demandante, la devolución del importe de este debe efectuarse al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES. Respecto del importe de bono pensional distinto al tipo A, se confirma que debe ser entregado a COLPENSIONES.

Costas como se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

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: **2a49ff3d72908fe55c31ba7abba1608cb8e5463e478d433925dacc02549bd6f8**

Documento generado en 31/08/2023 02:23:45 PM

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