



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

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

Demandante: ANA CECILIA MESA ARANGO
Demandados: ACP COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 004 2019 00345 01
Sentencia: S-290

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 a favor de **Colpensiones**, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín el día 7º de junio de 2023.

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

ANA CECILIA MESA ARANGO demandó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la nulidad o ineficacia de la

afiliación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS- administrado por PORVENIR S.A.

Como consecuencia, solicita se entienda sin solución de continuidad su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM- con derecho a pensionarse bajo los términos de dicho régimen, y que se ordene a PORVENIR S.A. devolver el total de los dineros existentes en la cuenta de ahorro, incluyendo rendimientos, cuotas de administración y reaseguros, entre otros; a COLPENSIONES, a recibir los dineros y convertirlos en semanas cotizadas.

De forma subsidiaria, en caso de no concederse la nulidad o ineficacia, debido a la violación del deber objetivo de información antes de cumplir los 47 años, se ordene a PORVENIR S.A. autorizar el traslado al RPM, y a COLPENSIONES aceptarlo, conservando el derecho a pensionarse bajo los términos del RPM.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 21 de noviembre de 1964; que ingresó a laborar el 16 de agosto de 1989 en la empresa MILES INTERNATIONAL, afiliándose al ISS, prestando sus servicios a diferentes empleadores y realizando aportes en calidad de independiente hasta el 31 de octubre de 1995 con 128,43 semanas cotizadas; que laboró como Empleada Pública en la Dirección Seccional de Salud de Antioquia desde el 5 de mayo de 1990 hasta el 16 de junio de 1991, cotizando 66,75 semanas correspondientes a tiempos público; que el 22 de abril de 1996, laborando con la Universidad de Antioquia se trasladó a PORVENIR S.A., donde realizó aportes desde el 1º de enero de 1996 hasta la presentación de la demanda de forma ininterrumpida en calidad de Empleada Pública de carrera, con un total de 1.191.32 semanas en el RAIS y en toda su vida laboral de 1.386,5 semanas; que en 2018 solicitó a PORVENIR S.A. proyección pensional, y al ver los valores arrojados solicitó a COLPENSIONES traslado de

régimen, el cual fue negado. Indica que la AFP incumplió con su deber objetivo de información, al no explicarle las condiciones, ventajas y desventajas del régimen e incumpliendo con las directrices de la Superintendencia Bancaria; que la AFP no garantizó su derecho a recibir información transparente, cierta y suficiente, para tener claras las implicaciones del traslado, constituyendo una causal de ineficacia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES admite la fecha de nacimiento de la demandante, el total de semanas cotizadas e igualmente que negó la solicitud de traslado de régimen; frente a los demás hechos manifestó no constarle por ser apreciaciones subjetivas las que deberán ser demostradas en el juicio. Se opuso a las pretensiones por carecer de fundamentación fáctica y legal. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación de permitir el retorno al RPM y el consecuente reconocimiento de la pensión de vejez, petición antes de tiempo, improcedencia de la declaración de la nulidad de traslado de régimen, falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la obligación de pagar intereses moratorios, prescripción, buena fe de Colpensiones e imposibilidad de condena en costas.

PORVENIR S.A., manifestó que no le consta la fecha de nacimiento de la actora ni los hechos dirigidos a COLPENSIONES; niega que a la demandante no se le haya informado las condiciones de afiliación, ya que su elección se dio de manera libre y espontánea, cumpliendo con el deber objetivo de brindar una asesora e información suficiente; y en lo que se refiere al derecho de petición se atiene al tenor literal de dicho documento. Se opuso a todas las pretensiones. Como excepciones propuso la prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 07 de junio de 2023, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del RPM al RAIS, realizado en el año 1996 a PORVENIR S.A.; **CONDENÓ** a PORVENIR S.A. para que traslade a COLPENSIONES todos los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, descontado durante la permanencia en dicho fondo, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados a la fecha de pago. DISPUSO que al momento de cumplir la orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante; **ORDENÓ** a COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al RPM y recibir la devolución de los dineros; y **CONDENÓ** en costas a la sociedad PORVENIR S.A. y en favor de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, la apoderada de PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación parcial con el fin de que se revoque la condena al traslado de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima indexados, toda vez que no resulta procedente su devolución ya que se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, pues son descuentos autorizados por ley, especialmente los gastos de administración, los cuales se cobra por la gestión de la administración de los recursos de la demandante, Y los seguros previsionales, son descuentos que se giraron a terceros. Expresa que, si se mantiene la condena, se estaría afectando el patrimonio del fondo y desconociendo la labor de PORVENIR al generar rendimientos superiores a los indicados por ley. Indica que no está de acuerdo con la indexación, pues

sería una doble sanción, ya que se debe tener en cuenta que se generó una rentabilidad mínima en la cuenta de la demandante, lo cual resulta incompatible al no verse los recursos afectados.

De igual forma, se conoce del asunto vía grado jurisdiccional de **Consulta**, en las condenas adversas a COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término del traslado concedido a las partes, PORVENIR S.A. expuso que se debe revocar íntegramente la sentencia de primera instancia, toda vez 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 se le garantizó el derecho de retracto y la libre escogencia; que si se acreditó el deber de información; que no se pueden imponer cargas probatorias distintas a las previstas en la ley; que debe ser analizada en conjunto todas las pruebas; que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, no existe norma que prevea tal situación; que se debe mirar la buena o mala fe de las parte en las restituciones mutuas; y que no se debe imponer la indexación en las condenas.

Por otro lado, COLPENSIONES, señaló que, en caso de confirmarse la sentencia, se debe ordenar al fondo privado que traslade todos los conceptos debidamente indexados, tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES:

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por la AFP 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)** la Sra. ANA CECILIA MESA ARANGO nació el 21 de noviembre de 1964; **ii)** se afilió por primera vez al sistema pensional en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y comenzó a realizar cotizaciones allí, el día 16 de agosto de 1989¹ acumulando un total de 128,43 semanas; **iii)** y que el 23 de abril del año 1996 suscribió formulario de vinculación con PORVENIR S.A.², 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 las 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.

¹ Folio 21 a 22 de la Demanda.

² Folio 35 de la contestación de Porvenir S.A.

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 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

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

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, éste obedeció cuando se encontraba laborando en la Universidad de Antioquia, siendo PORVENIR S.A la única opción en ese momento como requisito para vincularse de forma laboral en la universidad; que le manifestaron que el ISS se iba acabar, pero sin recibir ningún tipo de asesoría adicional, pues tan solo el asesor le expresó que era la mejor opción, sin informarle de las ventajas y desventajas del régimen o de las condiciones.

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

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

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

Conceptos a trasladar

De otro lado, en cuanto a 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, 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 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.”*

Por otro lado, en lo que tiene que ver con la orden de la a quo, de reintegrar a COLPENSIONES el bono pensional que se pudiera haberse pagado a favor de la actora, tal decisión resulta imprecisa, toda vez que al ser ineficaz la afiliación de la 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**.

Conforme a las ordenes anteriores, no se puede pasar por alto los reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022 y SL-756-2022, en donde se impone a las AFP privadas la obligación de que junto con las sumas objeto de traslado, se entregue información donde los conceptos trasladados aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Así pues, para esta Sala es válido que se exija una claridad en los valores y conceptos a devolver, por lo que se deberá confirmar las condenas proferidas, reiterando que, al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a COLPENSIONES, todos los conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, tal y como lo señaló el juez.

Con base en lo anterior, la decisión de primera instancia será **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 el 7 de junio de 2023, pero **PRECISANDO** que en el evento tal que se hubiese pagado bono pensional tipo A, en favor de la demandante, la devolución del importe correspondiente debe efectuarse al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, 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 decisión.

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: **bc961ff2061f8cbffa9dc0bc7831d3b3336759ba37aecea2e8cb26688be846**

Documento generado en 20/10/2023 03:51:54 PM

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