



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

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

Demandante: ÁNGELA MARÍA MOLINA PATIÑO
Demandados: ACP COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 018 2021 00446 01
Sentencia: S-293

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 éste 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., así como en grado jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín el día 14 de junio 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

ÁNGELA MARÍA MOLINA PATIÑO demandó a COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A., pretendiendo se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual -RAIS-, disponiendo su regreso a

COLPENSIONES para que active su afiliación, ordenándosele a PORVENIR S.A. trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, frutos e intereses y cuotas de administración. Y se condene al pago de las costas procesales.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 2 de junio de 1966; que cuenta con más de 1.500 semanas conforme a su historia laboral; que después de entrada en vigencia la ley 100 de 1993, fue afiliada a PORVENIR S.A., debido a que le indicaron que el Seguro Social se iba a acabar, sin explicársele los requisitos para obtener la pensión en el RAIS, por lo que no se le brindó una adecuada, suficiente, clara, comprensible y oportuna información para su traslado, en donde se objetivaran las ventajas y desventajas de ambos regímenes; que le solicitó a PORVENIR S.A. que le remitiera información sobre su traslado, recibiendo como respuesta que no contaban con tales soportes, pues este se realizó de manera verbal y le anexó una proyección pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES indicó que es cierta la fecha de nacimiento, pero que no le constan las semanas; y que no le constan los demás hechos por ser ajenos a la entidad. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por carecer de fundamentación legal y jurídica. Y como excepciones propuso las que denominó carga dinámica de la prueba, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados, buena fe, improcedencia de condena en costas y compensación.

PORVENIR S.A. al contestar manifiesta que no le consta la edad ni el número de semanas cotizadas; indica que la demandante no fue forzosamente trasladada, sino por el contrario se evidencia la libre escogencia al Régimen de ahorro individual, después de haber recibido información, clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones, características y funcionamiento del mismo, de conformidad con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993; y que se atiene al contenido dado a la respuesta elevada por la actora. Se opuso a todas las pretensiones. Como excepciones propuso, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 14 de junio de 2023, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.; **ORDENÓ** a PORVENIR S.A. efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, con los rendimientos que se hubieren causado, las cuotas de administración debidamente indexadas, primas de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargos a sus propios recursos y por el tiempo que la demandante realizó aportes en el Régimen de Ahorro a COLPENSIONES; **ORDENÓ** a **COLPENSIONES**, reactivar la afiliación de la demandante; y **CONDENÓ** en costas a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación de manera parcial en lo que respecta a la indexación, manifestando que dentro de las obligaciones que deben de cumplir las AFP, está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, resulta

entonces incompatible y excluyente el ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario se le ha generado rendimientos muy superiores a los que pudieran garantizar RPM, señalando de manera ilustrativa sentencias de otros tribunales como lo es el de Cundinamarca y de Cali; y que de ordenarse esta condena sería una doble sanción.

De igual forma, la presente decisión se conoce en **Consulta** a favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia, una vez surtido el respectivo traslado el apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** presentó alegatos de conclusión solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia, básicamente reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, dijo que no se probó el vicio del consentimiento para que procediera la declaratoria de nulidad del acto jurídico, puesto que el mismo goza de validez. Agregó que PORVENIR S.A. garantizó al actor la posibilidad de retornar al RPMPD, así mismo le informó sobre las características y requisitos del RAIS; de otro lado, reiteró que en la celebración del acto jurídico de traslado no puede condenarse a PORVENIR S.A. a restituir a favor del afiliado en un tercero como Colpensiones los rendimientos financieros que logró esa sociedad; tampoco se puede ordenar la devolución de las primas de seguros, pues el afiliado siempre estuvo protegido en las contingencias que ellos amparan; siempre se le garantizó el derecho de retracto y de la libre escogencia; que no se le pueden imponer cargas probatorias inexistentes; y sobre la indexación de las condenas, agrega que, dentro de las obligaciones de esa administradora está garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual, razón por la cual es incompatible y excluyente ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual no se han visto afectados por la inflación, por el contrario,

han generado rendimientos. Luego, ordenar que Porvenir S.A. indexe cualquier suma de dinero, es sin duda imponer una doble sanción.

Por otro lado, la parte **DEMANDANTE** en sus alegatos indicó que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, dado el reiterado precedente de la Corte Suprema de Justicia, por lo que invoca varias sentencias.

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 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)* el Sra. ÁNGELA MARÍA MOLINA PATIÑO nació el 02 de junio de 1966; *ii)* se afilió por primera vez al sistema pensional régimen de prima media en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –ISS- y realizó cotizaciones allí desde el 1º de octubre de 1990¹; *iii)* y que el 24 de febrero de 1995² suscribió formulario de vinculación con PORVENIR S.A., entidad en la que se encuentra actualmente afiliada.

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.

¹ Folio 42 de la contestación de COLPENSIONES

² Folio 75 de la contestación de PORVENIR S.A.

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.

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*

³ 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 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 aquella 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, mientras laboraba con la COMPAÑÍA DE MOLDURAS Y LAZOS LTDA, en el año de 1995, fue que ocurrió el traslado a PORVENIR S.A., al llegar varias personas de esta entidad, las cuales le manifestaron que el Seguro Social se iba a acabar y que la mejor figura eran los fondos privados; que no le manifestaron en dicho momento que tendría una cuenta de ahorro individual como tampoco que obtendría una rentabilidad; y frente a las semanas cotizadas en el ISS solo le dijeron que ellos realizarían los trámites.

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”*.

Sin que tampoco sea de recibo el argumento relacionado con la imposibilidad en el traslado de régimen con fundamento en el art. 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 13 de la Ley 100 del 1993, tema frente 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 ordenar también la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y demás conceptos, 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 la AFP 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, precisando que es sobre estos conceptos, conforme a lo indicado por la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, además es procedente en tanto el proceso también se conoce en CONSULTA a favor de dicha entidad.

En ese aspecto, debe señalarse que la Corte ha ordenado la indexación en sentencias como las ya citadas, pero de forma más clara SL 3349 del 28 de julio de 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.”

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 la juez.

En consecuencia, será **CONFIRMADA** y **PRECISADA** la decisión adoptada en primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, fijándose como agencias en derecho 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:

CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín el día 14 de junio de 2023. Y la **PRECISA** en el sentido de que la orden de devolución a Colpensiones de las cuotas y/o gastos de administración, seguros previsionales y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, deben incluir la respectiva indexación.

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: **ffe58eea39fa509e04a97adb11241cb2e97a09f407b69b2bb9d0bc6d319a318b**

Documento generado en 20/10/2023 03:52:08 PM

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