



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Decisión No. 058

Medellín, siete (07) de abril de dos mil veintiuno (2021).

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, procede a proferir el fallo dentro de este proceso ordinario promovido por **HERNANDO BORJA CARDONA** contra la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

Se reconoce personería al doctor Jorge Enrique Martínez Sierra con tarjeta profesional No. 158.703 del Consejo Superior de la Judicatura para representar los intereses de Porvenir S.A.

A continuación, la Sala, previa deliberación del asunto, según consta en el Acta No. 023 de discusión de proyectos, adoptó el presentado por el ponente que se consigna enseguida:

Señala el demandante que nació el 7 de marzo de 1960; se afilió al Seguro Social e hizo aportes entre el 17 de octubre de 1978 y el 8 de diciembre de 1996, trasladándose al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. el 25 de noviembre de 1996 y posteriormente se trasladó a Horizontes, hoy Porvenir el 6 de diciembre de 1996. Dice que al momento del traslado no se le suministró la información adecuada sobre la edad mínima, saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, la edad en que se le redime el bono, ni la diferencia entre la mesada pensional

que recibiría en el RAIS y en RPMPD; que Porvenir le realizó una proyección pensional cuando contaba con 59 años, indicándole que la mesada sería de \$1'071.500 sin volver a cotizar y cotizando los 12 meses del año \$1'092.800, también le informó que no había lugar a anular la afiliación al RAIS. Que radicó solicitud a Colpensiones para que se declarara la ineficacia del traslado y le fuera aceptado el traslado a esa administradora, negándosele el requerimiento.

Con base en los hechos expuestos solicita se declare la ineficacia o nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual y como consecuencia de lo anterior se ordene a Porvenir S.A. la devolución del actor al RPMPD y devolver los aportes cotizados con sus rendimientos financieros a Colpensiones; se ordene a Colpensiones aceptar el regreso del actor y recibirlo nuevamente como afiliado. Se condene a Colpensiones a reconocer y pagarle la pensión de vejez bajo las prerrogativas del régimen general al momento de cumplir a cabalidad los requisitos de ley (7 de marzo de 2022), intereses moratorios, indexación, lo que ultra y extra petita resulte probado y costas. Y subsidiariamente se condene a Porvenir S.A. a reconocerle como indemnización de perjuicios, como mesada el valor equivalente a lo que hubiese recibido en el régimen de prima media.

La apoderada de **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y propuso las excepciones de: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, INNOMINADA O GENERICA.

La apoderada de **PORVENIR S.A.** Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones: PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y LA GENÉRICA.

EL JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, mediante sentencia DECLARÓ la ineficacia del régimen pensional efectuada en el año 1996 por el señor Hernando Borja Cardona del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. Condenó a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones la

totalidad de las sumas recibidas como producto de las cotizaciones realizadas por el demandante durante su permanencia en el RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones, con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además los porcentajes destinados a administración, seguros provisionales y fondo de garantía de pensión mínima; Ordenó a Colpensiones a reactivar, de manera inmediata la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, y además a recibir los dineros ordenados en este proveído. Costas a cargo de Porvenir S.A.

IMPUGNACIÓN

Interpuso recurso de apelación el apoderado de Porvenir S.A., pidiendo que se revoque la sentencia ya que los requisitos del formulario se encuentran satisfechos con la firma de Borja, tal como lo confesó el actor en el interrogatorio, teniéndose el mismo como válido, además de que al demandante se le asesoró sobre las condiciones del RAIS, nadie lo coaccionó y recibía los extractos, por lo que no puede predicarse que fuera engañado, tanto que por años ha permanecido en el RAIS. En caso de declararse la ineficacia no está de acuerdo con la devolución de las cuotas de administración, ya que estos dineros han surtido frutos que se deben a la buena gestión y administración realizada por su representada, tampoco comparte la obligación de devolver los seguros previsionales, teniendo en cuenta que esto ya fue pagado a un tercero que no fue integrado al litigio, así que de ordenarse la devolución de este emolumento Porvenir estaría efectuando un pago doble que ya se canceló conforme a la ley a un tercero y que ahora se viene a reclamar.

Como la sentencia fue adversa a los intereses de Colpensiones y no se interpuso recurso de apelación, se revisará en el grado jurisdiccional de la consulta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término anexó los alegatos en primer lugar la abogada de Colpensiones solicitando que se REVOQUE la sentencia de primera instancia,

para lo cual me permito reiterar que el asunto sometido a debate judicial se circunscribe al hecho de establecer si el traslado de régimen de la parte demandante, fue realizado de manera voluntaria y consentida, y en virtud de ello si hay lugar a que se declare la ineficacia y en consecuencia se condene a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes del fondo privado. Tratándose de la afiliación al sistema pensional, lo primero que se advierte es que los afiliados cuentan con el derecho de elegir libremente a que régimen quieren pertenecer, tal y como lo indica el literal B) y E) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 que fuere modificado por la ley 797 de 2003; en esa libertad de escogencia implica una voluntad de elegir, la cual se materializa en la suscripción del formulario de afiliación. Si bien existe una sólida línea jurisprudencial respecto a la procedencia de la declaratoria de ineficacia, lo cierto es que para el caso concreto no se encuentra probado dentro del trámite surtido que el traslado al Régimen de Ahorro Individual, realizado por el hoy demandante haya sido por falta de información o por una información insuficiente, pues como quedo establecido en la declaración rendida por este y del material documental aportado como medio de prueba, la asesora del fondo privado le suministro la información suficientes para generar un grado de confiabilidad que lo llevo a optar por la AFP privada. Por otra parte, el demandante no puede ser trasladado nuevamente al Régimen de Prima Media con prestación definida, pues es claro que como lo manifiesta la norma, ya supero la edad permitida por la Ley para realizar el cambio de Régimen, advirtiendo además que dicha pretensión desestabilizaría el sistema financiero del régimen de prima media, pues es claro que el objeto central del presente proceso está encaminado a declarar la ineficacia del traslado en tanto existe una inconformidad de carácter netamente financiero respecto a la mesada pensional que recibiría en uno y otro régimen, circunstancia que no deben ser interpretadas como una falta de información o como causal para la declaración de ineficacia, ya que para la fecha de traslado le era imposible determinar al fondo de pensiones, la liquidación de la pensión del demandante. Es claro pues, que estamos frente a un asunto que involucra una comparación netamente financiera más no sobre la esencia que dé lugar a la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico suscrito entre el demandante y la AFP, hecho que desnaturaliza el presente proceso, pues el objeto del mismo es la protección de una expectativa pensional, el cual no

está siendo negado por parte de la administradora del RAIS, pues como fue acreditado en el proceso por parte del fondo privado, actualmente el demandante cuenta con una suma ahorrada que le permite hacerse acreedor de la pensión de vejez. Por otra parte, y conforme al artículo 167 del Código General del proceso, por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias, circunstancias estas que no habilitan a que la parte demandante asuma una actitud 100% pasiva. Por lo anterior, teniendo en cuenta los argumentos antes esbozados, me permito insistir se proceda a REVOCAR la sentencia de primera instancia objeto de revisión y apelación por parte de PORVENIR, y por tanto se desestimen las pretensiones y se absuelva a mi representada de cualquier responsabilidad que se le pudiere imputar.

También anexó alegaciones el abogado de Porvenir S.A. quien expresó que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de su vinculación con mi representada es eficaz, en lo demás reitero lo expuesto en el recurso de apelación.

Por último, la parte demandante, quien solicitó que proceda a confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el a quo, es decir, confirmando la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuara la parte demandante del régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el ISS y hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual y como consecuencia de tal ineficacia, el retorno sin solución de continuidad del RAIS al régimen de prima media. Debe tener presente el despacho que a mi poderdante, la AFP privada, al momento de efectuar el traslado inicial de régimen pensional, no le brindó una asesoría clara, completa y eficiente, la cual le permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones que en su futuro pensional acarrearía

dicho traslado, por lo cual, ante la falta de esa asesoría e información, no puede hablarse que el traslado de régimen pensional se dio de manera libre y voluntaria, así las cosas, al no ser libre y voluntaria la decisión por el desconocimiento de las consecuencias que este le ocasionaría, el mismo se torna ineficaz, tal y como lo indica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 271 del mismo texto normativo. Sobre el particular, más concretamente en lo referente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 46292 del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la doctora ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERON. El anterior criterio jurisprudencial sobre el tema ha sido reiterado hasta la fecha por las diferentes sentencias que sobre el particular se han proferido, indicando el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, que ese deber de información que se encuentra en cabeza de los fondos privados de pensiones, aplica para cualquier tipo de afiliado que se vaya a trasladar o a afiliarse al régimen de ahorro individual, independiente de que sea o no beneficiario del régimen de transición, así mismo ha indicado que el libre consentimiento, es decir, debidamente informado, no se puede concluir de la firma que el afiliado plasma en el formulario de afiliación al RAIS, por lo que es deber del fondo privado, demostrar al interior del proceso, que cumplió con el deber de darle al afiliado esa información clara, completa y eficiente, que le permitiera tener presente las consecuencias que le acarrearía ese traslado de régimen en su futuro pensional, lo que en el caso que nos ocupa brilla por su ausencia. Teniendo en cuenta las normas aplicables al caso concreto, así como el criterio jurisprudencial que debe aplicarse para resolver las pretensiones de la demanda y el material probatorio que reposa en el expediente, se solicita una vez más a la Sala Laboral, que proceda a confirmar la sentencia que fue proferida en primera instancia.

CONSIDERACIONES

El señor Hernando Borja Cardona nació el 7 de marzo 1960, como se ve en la copia de la cédula de ciudadanía de folios 15; inició su vida laboral afiliado al ISS el 17 de abril de 1989, estando en este fondo hasta el 31 de diciembre de 1996, como se lee en la historia laboral inserta en el cd

contentivo del expediente administrativo de folios 70; se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 25 de noviembre de 1996, como se desprende del formulario de afiliación inserto a folios 16 y 140; posteriormente se trasladó a Horizontes pensiones y cesantías S.A. suscribiendo formulario (fls. 17 y 139) en diciembre de 1999, fondo que luego muto a Porvenir S.A., y en el cual se encuentra inscrito en la actualidad, como se lee de la historia laboral de folios 18 a 26 y 147 a 172. El actor, el 7 de junio de 2019, solicitó a Porvenir la declaración de ineficacia del traslado, la proyección pensional y demás información relacionada con la afiliación al fondo (fls. 31 y 39), dando respuesta el fondo privado en comunicados de junio de 2017, informándole que no era posible la ineficacia ya que su afiliación al RAIS se realizó de manera libre y voluntaria con lo cual aceptó la cobertura del riesgo en la AFP, indicándolo que también resultaba imposible el traslado por faltarle menos de 10 años para pensionarse y no cumplir con los parámetros de la sentencia SU 062 de 2010. (fls. 32 ,33, 36 y 37); también elevó derecho de petición a Colpensiones buscando el traslado de régimen (fl.38), indicándosele que la afiliación al RAIS se presumía válido y no podía trasladarse de régimen por faltarle menos de 10 años para pensionarse. (fl.39 y 40)

El problema jurídico se circunscribe en determinar si hay lugar a la declaratoria de la ineficacia de afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, con el consecuente regreso al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, tema que analizaremos en el grado jurisdiccional de consulta.

Como el argumento esbozado por el demandante, como fuente de su derecho, es el de la indebida información, debemos señalar que a lo largo de los años se ha pronunciado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia sobre este particular, trayéndose a colación las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas; del 22 de noviembre de 2011, radicación 33.083, del 03 de septiembre de 2014, radicación 46.292, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y 03 de abril de 2019, radicación No. 68852, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, exponiéndose en esta última lo siguiente:

*“En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).”*

Así que, la **AFP PORVENIR S.A.**, tenía la obligación de brindarle al demandante una asesoría personalizada y completa sobre su traslado de régimen pensional, debiéndole informar entre otras cosas, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual, el número de beneficiarios y la edad de los mismos; la densidad y constancia de los aportes; y que si no se completa el suficiente capital para obtener, por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo legal vigente, a la fecha de expedición de dicha ley actualizado con el IPC), deberán seguir cotizando; que existen diferentes modalidades pensionales, así como efectuarles las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios futuros en ambas opciones y otras tantas observaciones; reiterándose que la labor del funcionario del fondo debe trascender al “DEBER DEL BUEN CONSEJO” como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, mostrándole al afiliado en detalle, las ventajas y desventajas de su afiliación, a fin de que dicha decisión sea realmente pensada, libre y voluntaria.

Sin embargo, la labor probatoria de Porvenir S.A. se limitó a la afirmación de que el actor fue debidamente asesorado por el ejecutivo de la administradora, quien le orientó con claridad acerca del funcionamiento del régimen de ahorro individual; las formas cómo se financia la pensión, y las implicaciones de la afiliación, afirmaciones que de acuerdo con la jurisprudencia reseñada, tenía el deber de probar, sin embargo no lo hizo, ya que no se trajo ningún elemento probatorio diferente al formulario de afiliación, el que nada dice sobre las implicaciones de la vinculación, no logrando acreditar dicho documento una decisión libre, voluntaria e

informada del actor sobre las implicaciones de su afiliación al RAIS, siendo procedente, como lo concluyó el juez de primera instancia, la ineficacia de la afiliación del demandante a Porvenir S.A..

La anterior declaración conlleva consecuencias en contra de Colpensiones, pues la ineficacia del traslado da lugar al regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, retrotrayendo la situación al estado de cosas iniciales, siendo dable afirmar que la afiliación del actor a Colpensiones nunca sufrió alteración.

Al ser Colpensiones la administradora de pensiones que eventualmente tendrá a su cargo el reconocimiento de la prestación, es viable confirmar la orden impartida, de recibir los dineros de las cuentas de ahorro individual, ya que con dicho capital se pagarán los beneficios que se causaren; traslado que debe incluir todos los valores recibidos por Porvenir S.A., con motivo de la afiliación del demandante, como: Cotizaciones, descuentos de la garantía de pensión mínima, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos sin deducción alguna, como lo dispone el Artículo 1746 del Código Civil y la sentencia del 09 de septiembre de 2008 de La. Corte Suprema de Justicia, radicación 31.989, como lo determinó el A quo, sin que en este punto le asista razón a la abogada del fondo privado, quien pretendía la no devolución de los gastos de administración y gastos de aseguramiento.

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema del traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, por lo cual se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción. (Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019).

Se confirmará íntegramente la sentencia

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir S.A. Se fijan las agencias en derecho en \$908.526.

FALLO DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA INTEGRAMENTE** la sentencia apelada y revisada en el grado jurisdiccional de consulta, de fecha y procedencia indicadas.

Costas de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. Se fijan las agencias en derecho en \$908.526.

Lo decidido se notifica por ESTADOS.

Los Magistrados,



CARLOS JORGE RUIZ BOTERO



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO



SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE

EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN –
SALA LABORAL - HACE CONSTAR

Que la presente providencia se notificó por estados N° 057 del 08
de abril de 2021

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>