



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Decisión No. 126

Medellín, diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022).

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, procede a proferir el fallo dentro de este proceso ordinario promovido por **LUZ NORELA ARROYAVE MUNERA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

A continuación, la Sala, previa deliberación del asunto, según consta en el Acta No. 037 de discusión de proyectos, adoptado por los integrantes de la sala, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE y JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES, quien actúa como magistrado ponente, se procede a proferir la decisión de segunda instancia en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

1.1 DE LOS HECHOS

Expone la demandante que nació el 17 de julio de 1961; que inició su vida laboral afiliada al RPMPD administrado por el ISS, fondo en el que estuvo inscrita hasta el mes de junio de 1995, cuando se hizo efectivo su traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A., sin que al momento del traslado se le haya suministrado una asesoría clara sobre las diferencias entre ambos regímenes, con sus respectivas ventajas y desventajas, ni de las

condiciones pensionales en cada uno; que a marzo de 2016 cuenta con más de 1.210 semanas cotizadas en toda su vida laboral; que en el año 2016 solicitó el traslado al ISS sin obtener respuesta.

1.2 DE LAS PRETENSIONES

Con base en los hechos expuestos solicita se declare la nulidad o subsidiariamente la ineficacia de la afiliación a PORVENIR S.A.; que se declare sin solución de continuidad su afiliación al RPMPD, encontrándose válidamente afiliada a COLPENSIONES desde el 31 de julio de 1980; que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados con los rendimientos y sin descuentos por cuotas de administración, y a pagar la diferencia que exista entre los aportes; que se ordene a COLPENSIONES a recibir las sumas trasladadas por el fondo privado; que si acredita los requisitos se ordene a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez; costas procesales a cargo de las demandadas.

1.3 DE LA RESPUESTA

COLPENSIONES presentó oposición a lo pedido y para su defensa propuso las excepciones de: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, BUENA FE E INNOMINADA.

Por su parte PORVENIR S.A. presentó oposición a lo pedido y formuló las excepciones de: PRESCRIPCIÓN, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES LABORALES DE TRACTO SUCESIVO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, INNOMINADA O GENÉRICA.

1.4 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, el día 16 de agosto de 2021, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación de la señora LUZ NORELA ARROYAVE MÚNERA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.; ORDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar dentro de los 30 días siguientes los valores que recibió con motivo

de la afiliación, tales como cotizaciones obligatorias, rendimientos, gastos de administración y comisiones, valores destinados a pago de seguros previsionales y garantía de pensión mínima y a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante a esa entidad, DECLARÓ probada la excepción de petición antes de tiempo con relación al reconocimiento y pago de la pensión de vejez. COSTAS a cargo de la accionada privada en favor de la demandante.

1.5 IMPUGNACIÓN

Interpuso recurso de alzada el apoderado de PORVENIR, en contra de la totalidad de la sentencia, solicitando sea revocada para lo cual argumento que su representada cumplió a cabalidad con el deber que le era legalmente impuesto para el momento del traslado, lo cual se evidencia con la declaración brindada por la demandante en el interrogatorio de parte dejando claro que tenía los elementos para que la decisión fuese libre y voluntaria. Acto seguido, solicita que, de confirmar la ineficacia del traslado, se analice las consecuencias jurídicas frente a los valores a trasladar, específicamente las cuotas de administración que corresponde a un descuento que opera en ambos regímenes y que no debería ser trasladado por corresponder a la buena gestión que la administradora realizó lo cual se ve reflejado en los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, por lo que solicita que no se ordene a trasladar dichos valores.

Por su parte la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, indicando que su representado es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre la demandante y la administradora privada, y que, por tanto, no debería verse perjudicado por la decisión libre y voluntaria de la parte demandante de trasladarse de régimen pensional. Solicita que teniendo en cuenta la jurisprudencia las sumas a trasladar por Porvenir deben ser indexadas, sumas tales como aportes al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales.

1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término oportuno anexó alegatos el apoderado de la parte demandante, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia, para

lo cual argumento que existe jurisprudencia que respalda la decisión del juez de primera instancia.

También apporto alegatos la apoderada de COLPENSIONES, quien reiteró lo expuesto en la sustentación del recurso de apelación.

2. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, advirtiendo que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el estudio del fallo recurrido se limitará a los puntos de inconformidad, así mismo, se hará un estudio de manera general por el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

2.1 PROBLEMA JURÍDICO.

Esta Sala se ocupará de analizar, si hay cabida a la declaratoria de la ineficacia del traslado de la demandante LUZ NORELA ARROYAVE MÚNERA al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, con el consecuente regreso al régimen de Prima media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, trasladando todos los valores que integran la cuenta de ahorro individual.

2.2 HECHOS PROBADOS

Que la señora LUZ NORELA ARROYAVE MÚNERA nació el 17 de julio 1.961, como se colige de la fotocopia de la cédula de ciudadanía que reposan en el archivo (03. 014-2019-000137Expediente.PDF– fls. 69); que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del ISS en julio de 1980, como se aprecia en las historias laborales insertas en la foliatura; que laboró al servicio del Municipio de San Pedro de los Milagros, desde junio de 1989 hasta marzo de 1997 (03. 014-2019-000137Expediente.PDF– fls. 55 – 66); que el 23 de enero de 1.995 suscribió formulario de afiliación a PORVENIR S.A., fondo en que se encuentra afiliada en la actualidad (03. 014-2019-000137Expediente.PDF– fls. 44 - 121); que el 07 de junio de 2.011, la accionante presentó solicitud de traslado ante el ISS, sin obtener

respuesta por la entidad; que el 06 de julio de 2011 se pronunció al respecto PORVENIR S.A., indicando el procedimiento para llevar a cabo el traslado de régimen pensional (03. 014-2019-000137Expediente.PDF– fls. 67 – 68, 129 - 130); que la actora elevó derecho de petición al fondo privado en aras de que le fuera suministrada información sobre su solicitud de traslado ante el ISS, dando respuesta el fondo el día 13 de febrero de 2.012, indicándole que la solicitud fue rechazada por no cumplir contar con 15 años o más de servicios para el 1 de abril de 1.994 (03. 014-2019-000137Expediente.PDF– fls. 132 - 133); por último, tenemos la historia laboral de la actora inserta en el archivo (03. 014-2019-000137Expediente.PDF– fls. 57 - 66);

2.3 MARCO NORMATIVO

Como el argumento esbozado por la 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 PORVENIR S.A., por contar con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, tenía la obligación de brindar una asesoría personalizada y completa, analizando las circunstancias particulares del caso, debiéndose informar a la actora 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 posible redención del bono pensional; 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), debe seguir cotizando; la existencia de diferentes modalidades pensionales, como efectuar las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios futuros de ambas opciones y otras tantas observaciones indispensables para la ilustración debida del usuario, reiterándose que la labor del funcionario del fondo privado, al realizar el traslado, debe trascender al “DEBER DEL BUEN CONSEJO” como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, pues tratándose la función de las administradoras de pensiones privadas de un servicio público a luz del artículo 48 superior, y atendiendo a la sensibilidad social de su rol, se exige de estas un papel activo en la asesoría, mostrándole al afiliada en detalle las ventajas y desventajas del traslado, a fin de que dicha decisión sea realmente pensada, libre y voluntaria, siendo explicado en la línea de la jurisprudencia especializada, citándose la SL1688-2019 y SL2030-2019, que no basta la simple suscripción de un formulario, ni completar espacios vacíos, ni una simple expresión genérica de las condiciones pensionales, pues lo que se echa de menos es el no brindarse una información clara, precisa, comprensible y específica para el caso particular de cada afiliado a fin de que conozca de la mejor manera posible su situación ante el sistema y de esa manera migre al RAIS con plena conciencia de las implicaciones de su decisión.

Y ese deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones es ineludible y se impone desde su creación, solo que sus parámetros e intensidad de exigencia dependen de la fecha en que se haya dado la afiliación, por lo que no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, sino que los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, prudencia y pericia, dentro de las cuales se debe entender: *la transparencia, vigilancia, y la información*. Esto, según lo ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas, sino también a las *que emanan de la naturaleza de la obligación*.

2.4 CASO EN CONCRETO

2.4.1 INEFICACIA DE AFILIACIÓN O TRASLADOS DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Así las cosas, el Fondo privado PORVENIR S.A. tenía la carga de acreditarlo, lo que no hizo, pese a que para estos asuntos la carga de la prueba se invierte, dada la mejor posición para probar de las AFP del RAIS (SL 1452 de 2019), carga que no fue satisfecha por el fondo ya que ninguna prueba se arrimó para demostrarlo, pues tan solo se aportó el formulario de afiliación, con los que igualmente no puede entenderse que la afiliación al régimen de ahorro individual se dio en forma libre, espontánea y sin presiones, porque esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella implica.

Menos puede derivarse el cumplimiento de esa obligación del dicho de la actora, pues más que implicar confesión que contraría sus intereses, corrobora el incumplimiento al deber de información debida que correspondía suministrar al Fondo Privado para proceder con el traslado de la afiliada y luego en su permanencia en el mismo, pues era responsabilidad de estos tener plena certeza de que la nueva afiliada hubiera recibido la información correcta y de forma suficiente sobre las ventajas, desventajas y riesgos, teniendo en cuenta lo que implicaba quedarse en este régimen frente a sus derechos pensionales, lo que no puede darse por hecho con la sola firma del formulario donde ninguna advertencia frente a su caso específico puede ser advertido y de los que no se derivan ni siquiera una información generalizada suministrada, lo que da por hecho la omisión de PORVENIR S.A, fondo que más allá de captar afiliados, ningún interés demostraron frente a lograr una afiliación debidamente informada para promover la validez del acto.

Conforme a lo dicho, la Sala concluye que el fondo al suministrar a la actora la información errónea u omitir la relevante, la indujo a tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual, por lo que resulta acertada la declaratoria de la ineficacia de la vinculación al RAIS, debiéndose confirmar en este punto la decisión.

La anterior declaración de la ineficacia del traslado, da lugar al regreso automático de la actora al régimen de prima media con prestación definida, retrotrayendo la situación al estado de cosas iniciales, siendo dable afirmar que la afiliación de la señora Arroyave Múnera a COLPENSIONES nunca tuvo solución de continuidad.

Acorde con ello, al ser COLPENSIONES la administradora de pensiones que eventualmente tendrá a su cargo el reconocimiento de las prestaciones que puedan causarse en favor de la accionante, se tiene que la orden impartida en lo que atañe a recibir todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a la que pudiera tener derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida; debiendo precisarse que el traslado debe incluir todos los valores recibidos por PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación de la 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, acorde a lo que dispone el artículo 1746 del Código Civil.

Ahora en lo que corresponde a la indexación de las condenas, tenemos que este tema no fue analizado por la juez de primera instancia, sin embargo, esta Corporación ciñéndose a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, procede de oficio a ordenar la indexación de los descuentos de la garantía de pensión mínima, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deben ser devueltos debidamente indexados a favor de COLPENSIONES y a cargo de los recursos propios del fondo privado. Al respecto traemos a colación la sentencia SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, en la que se señala:

"... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones -- debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

En consecuencia, al resolver la consulta a favor de COLPENSIONES habrá de adicionarse el numeral primero del fallo del a quo, en el sentido de que PROTECCIÓN S.A. deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos..."

Y es que la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), y de tal modo, las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, se ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2877-2020, SL3199-2021, SL 4652-2021).

Con ello, se busca no afectar financieramente el régimen de prima media con prestación definida, además de que la H. Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación Laboral ha dispuesto que "*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales **serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio**, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.*"(SL4426-2021) (Negrilla de Sala), argumentos que conllevan a desestimar los recurso de alzada y a confirmar en este punto la sentencia, debiendo precisarse que las primas de seguros previsionales y los descuentos por cuotas de administración, también deben ser devueltas con cargo a los propios recursos de la AFP privada,

pues aun cuando fueron entregados a terceros que los recibieron de buena fe y en el período de afiliación de la demandante estuvo cubierta para los riesgos de invalidez y muerte, no son las aseguradoras quienes asumen su reconocimiento por ser claramente terceros ajenos al acto viciado, sino que ello recae en la AFP que incurrió en la omisión y se abstuvo de dar cumplimiento a sus deberes de información frente a los afiliados.

2.4.2 EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de 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, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y revisada en consulta, se adicionará y confirmará parcialmente.

Costas de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1 '000.000.

3. 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,

PRIMERO: SE **ADICIONA** el numeral **SEGUNDO, ORDENANDO** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia apelada y revisada en el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: COSTAS de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1 '000.000.

Lo decidido se ordena notificar por EDICTO.

Los Magistrados,



JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE