



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL.

Medellín, veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

DEMANDANTE: FANNY ESPERANZA PABÓN RESTREPO.
DEMANDADO: PORVENIR S.A. y Otro.
TIPO DE PROCESO: ORDINARIO.
DECISIÓN: **ADICIONA, y CONFIRMA.**

En la fecha, **EI TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, conformada por los Magistrados, Nancy Gutiérrez Salazar, Carlos Alberto Lebrún Morales y María Eugenia Gómez Velásquez, procede a resolver el Recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y el Grado Jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, frente a la Sentencia proferida en el Proceso Ordinario Laboral instaurado por la Señora **FANNY ESPERANZA PABÓN RESTREPO**, en contra de **PORVENIR S.A.** y de **COLPENSIONES**.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 74 y 75 del Código General del Proceso, en los términos de la sustitución de Poder obrante en el archivo 06 –Segunda instancia-, se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada INGRIS RUIDIAZ SOTO, con Tarjeta Profesional 240.222 del C.S. de la J..

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA.

DEMANDANTE.

Expone que las Administradoras de pensiones tienen el deber profesional de información, correspondiéndoles demostrar cual fue la información brindada al afiliado sobre los beneficios y desventajas del cambio de régimen, y sin que el solo hecho de firmar un formulario signifique que se haya cumplido con tal obligación.

PORVENIR S.A.

Solicita que se revoque la sentencia de instancia; en primer lugar, porque no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia de traslado de régimen, ya que este fue una decisión espontánea y libre de la parte actora, cumpliéndose con el deber de

información previsto para la época del traslado, realizándose incluso campañas masivas para la educación del consumidor financiero por medio de diversos comunicados de prensa; y sin que para el momento de traslado, se exigiera documentación diferente al formulario de traslado, siendo las exigencias de la doble asesoría, buen consejo, entre otras, exigencias posteriores al traslado de la demandante. Que el único interés de la demandante para cambiar de régimen, es la diferencia en el valor de la mesada pensional, lo cual depende de muchas variables y no de la información suministrada; desconociéndose que la actora incumplió con su deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, sin que se pueda beneficiar de su propia culpa; y que las condiciones del RAIS están previstas en la ley, sin que el desconocimiento de este sirva de excusa para inaplicar el mismo.

Pero en subsidio, solicita que se revoque la orden de devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la actora, los rendimientos causados, y las comisiones de administración, los cuales están previstos en la ley y tienen una destinación específica, cumpliendo tales recursos con la finalidad para la cual fueron previstos. Y frente a la condena en Costas Procesales, finaliza argumentado que esta no es procedente, dado que la entidad siempre actuó de buena fe y en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes.

COLPENSIONES.

Expone que el Art. 13 de la Ley 100 de 1993 asegura la libertad de escogencia de régimen pensional y solo con la expedición de la Ley 1748 de 2014 se establece la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros, y consecuentemente, diferentes niveles de intensidad en el deber de información. Que el traslado de régimen de la demandante se dio el 1 de diciembre de 1995, cuando solo se exigía atender el formulario con el lleno de los requisitos -Decreto 663 de 1993-, por lo que imponer cargas adicionales a las previstas en la ley constituye una situación imposible, correspondiéndole a la Parte demandante probar los supuestos de hecho narrados en la demanda. Pero que de confirmarse la sentencia de instancia, se debe ordenar a PORVENIR S.A. trasladarle todos los valores recibidos con motivo de la afiliación e la actora, tales como, cotizaciones, frutos, intereses, cuotas de administración, seguros previsionales, porcentaje de la garantía de pensión mínima, reaseguros, sumas adicionales de la aseguradora, y bonos pensionales, todos debidamente indexados.

La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por la Ponente, el cual se traduce en la siguiente decisión:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

ANTECEDENTES:

PRETENSIONES:

- Declarar que la afiliación realizada por la demandante a PORVENIR S.A. es ineficaz; asistiéndole derecho a que la AFP privada devuelva a COLPENSIONES todas las cotizaciones realizadas por la demandante.
- Y Condenar a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. las cotizaciones realizadas por la actora al RAIS.

HECHOS:

- Que efectuó cotizaciones desde el 17 de enero de 1989 en el RPMPD, hasta octubre de 1996, cuando se trasladó al RAIS; desconociendo las consecuencias de tal traslado, debido a que se le omitió información fundamental, brindándole una errónea y engañosa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Declaró la Ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES y a esta a recibir, dentro de los 60 días siguientes a la ejecutoria de la Sentencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la actora, los rendimientos causados y las comisiones de administración, como si ella hubiere permanecido en el RPM. Declaró improbadas las Excepciones propuestas. Absolvió de las restantes pretensiones; y Condenó en Costas Procesales a PORVENIR S.A., absolviendo de estas a Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR S.A.

Dice que se deben declarar probadas las Excepciones propuestas, revocándose las condenas impuestas, toda vez que no se puede dar una aplicación retroactiva a la norma, y es por ello que a la actora se le brindó la información vigente para el año 1995 cuando se trasladó de régimen, procediendo ésta a suscribir el formulario de afiliación de manera consciente y espontánea.

Que la acción para reclamar la ineficacia se encuentra prescrita en los términos del Art. 1.750 C. Civil, 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., dado que no se está cuestionando el derecho a la pensión, sino la ineficacia del acto de traslado de régimen, el cual se puede ver afectado por tal fenómeno.

Que al declararse la ineficacia, no hay lugar a la devolución de los rendimientos y al mismo tiempo de los gastos de administración, ante las restituciones mutuas, entendiéndose estas como los deterioros que debe asumir cada una de las partes con el paso del tiempo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

- **Objeto:** Determinar si en el caso a estudio, es o no procedente la declaración de Ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; la prescripción; y las consecuencias que de ello se derivan. Veamos:

PRESCRIPCIÓN.

Considera La Sala que al ser tema de estudio la ineficacia de traslado de régimen por falta de consentimiento informado y no la nulidad del mismo, no le son aplicables los términos de prescripción previstos para la nulidad relativa contenidos en el artículo 1750 del Código Civil, así como tampoco los arts. 488 del C.S.T y 151 C.P.T y la S.S.; siendo este un caso de ineficacia, conforme a lo dispuesto en el Art. 13, literal b, de la L.100/93, según el cual, la selección del régimen pensional debe ser libre y voluntaria so pena de que el Fondo de pensiones incurra en las sanciones previstas en el Art. 271 de la citada Ley, que consagra que la afiliación respectiva queda sin efecto y puede realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, cuando quiera que alguna persona natural o jurídica impida o atente de cualquier forma contra el derecho del mismo a su afiliación o selección de régimen. Adicional a ello, el traslado de régimen en materia pensional constituye un aspecto inescindible del derecho a la pensión, por cuanto incide en su causación, requisitos y valor, y por ese motivo debe afirmarse la imprescriptibilidad de la acción; y al no existir el acto jurídico de traslado, no es posible invocar la extinción de un derecho que nunca nació a la vida jurídica.

En el caso concreto, la demandante se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, inicialmente al ISS hoy COLPENSIONES, desde el **17 de enero de 1989**, según se infiere de la Historia Laboral obrante a fls. 42 a 44 -archivo 011, Primera Instancia-; trasladándose al RAIS a través del Fondo privado de pensiones HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. el **1 de diciembre de 1995**, tal como se desprende del historial de vinculación de fl. 30 –archivo 06 ibídem-; y luego directamente a esta última AFP el **22 de mayo de 1998** –fl. 30, archivo 02 ibíd.-.

Respecto al tema de la Ineficacia de traslado de régimen pensional, conforme a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Cas. Laboral, vertida en Sentencias Radicados 33.083 del 22 de noviembre de 2011, y 46.292 del 03 de septiembre de 2014, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y más recientemente en las Sentencias Laborales 1452 del 3 de abril de 2019, Rad 68852 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo y 1421 del 10 de abril del mismo año, Rad. N.º 56174 M.P. Gerardo Botero Zuluaga, para los casos de afiliados, las Administradoras de Fondos de pensiones tienen

el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculan a ellas, que surge desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación, por lo que el engaño en el que incurre la entidad, tiene su fuente en la falta al deber de información, tanto en lo que se afirma, como en lo que se omite informar sobre lo que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue, independientemente que para el momento del traslado, una norma lo exija o no.

Ahora, respecto a la firma del formulario proforma, en la Sentencia Laboral 1688 del 8 de mayo de 2019, Rad. N° 68838, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, dicha Corporación sostuvo que:

“... no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada”.

“... la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no *informado*...”.

En similar sentido, se pronunció dicha Corporación en la SL 4360 del 9 de octubre de 2019, Rad 68852, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

En ese orden de ideas, al presentarse el traslado de la carga de la prueba del afiliado a las Administradoras de Fondos de pensiones, por ser estas las que cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, era PORVENIR S.A. la que tenía la obligación de probar en el Proceso que brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado de régimen, analizando las circunstancias particulares de su caso, debiéndole informar por ejemplo, que existen diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, actualizado con el IPC-, debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado, para que la misma sea realmente consensuada, libre y voluntaria y otras tantas observaciones al respecto.

Y es que debe reiterarse que la labor del funcionario del Fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al “DEBER

DEL BUEN CONSEJO”, como lo ha señalado la jurisprudencia laboral; en la medida que es responsabilidad de dichas Administradoras y de sus promotores, velar por la información suministrada a sus usuarios -art. 10 Decreto 720 de 1994 por el cual se reglamentaron los arts.105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993-; lo cual fue reiterado en el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2255 de 2010, que le impone a las Administradoras de Fondos de pensiones, en desarrollo de tal deber, la obligación de proporcionar a los consumidores financieros información completa, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de la decisión.

Ahora, si bien PORVENIR S.A. afirmó al contestar la demanda que a la demandante se le brindó la asesoría requerida para el caso –fls. 2 a 28, archivo 06 ibíd.-, de acuerdo con la jurisprudencia ya descrita tenía la carga de acreditarlo, y sin embargo, la prueba que trajo al Proceso no fue lo suficientemente persuasiva de ello, pues nótese que el **formulario de afiliación y/o traslado ya referenciado corresponde a uno preestablecido** que no da cuenta de la información realmente suministrada a aquella en ese momento; y sin que con los comunicados de prensa de fls. 98 a 100 ibíd. –generales e ilegibles-, se pueda dar por ratificado el acto inicial de traslado de régimen pensional, al tenor de lo dispuesto en el artículo 898 del Código de Comercio, pues como lo viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad de la información se juzga es al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad al mismo – Sentencia Laboral 1688 de 2019 antes citada, en la que se reitera lo expuesto en la también citada Sentencia 19447 de 2017-.

Así las cosas, en el caso a estudio considera la Sala que se incumplió una de las solemnidades legalmente previstas para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como lo es el deber de información en un asunto tan importante para un afiliado por su incidencia en el derecho pensional, trayendo como consecuencia la declaración de Ineficacia del traslado de régimen, y con ello, que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de la misma, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS.

Consecuente con lo anterior, se **CONFIRMARÁ** lo decidido por la juez de instancia al respecto.

TRASLADO DE SALDOS.

Considera la Sala que al declararse la Ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante; por lo que es legítimo que PORVENIR S.A. traslade a Colpensiones el 100% de los aportes obligatorios efectuados por la demandante, esto es, el saldo de la cuenta

de ahorro individual, sus rendimientos financieros y los gastos de administración, tal como lo concluyó la juez de instancia, pero incluyendo además, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, la prima de reaseguros de Fogafín, y en caso de haberse generado, los aportes al Fondo de solidaridad pensional, causados durante el tiempo en que la misma estuvo afiliada a dicha Administradora, incluido el tiempo en que permaneció en la fusionada Horizonte S.A. Lo anterior, según lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral desde la Sentencia Radicado 31.989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Eduardo López Villegas, y más recientemente en las Sentencias Laborales 4.989 y 4.964 del 14 de noviembre de 2018, Radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en la 1.688 del 8 de mayo de 2019, Radicado 68.838 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. **CONFIRMA y ADICIONA.**

Y es que no comparte La Sala los argumentos expuestos por la apoderada de la AFP PORVENIR S.A. en torno a la no devolución de los gastos de administración, ya que si bien del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que del valor mensual de la cotización, un porcentaje se destina al pago de tales conceptos, lo cierto es que ante la declaratoria de Ineficacia del traslado, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, los conceptos antes referidos –incluidos los rendimientos financieros–, NO se pueden generar ni en favor de la Administradora de Fondos privados de pensiones demandada, ni en favor de terceros, sin que además, tal reintegro dependa de la gestión realizada, la pérdida de la especie, el detrimento del bien, o de la equivalencia de los rendimientos.

Adicional a ello, La Sala se permite resaltar que el precedente judicial proveniente de los máximos Órganos de cierre tanto de la justicia constitucional como de la justicia ordinaria, vincula a los demás jueces, es decir, es de obligatorio cumplimiento, al tenor de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la SU 354 del 25 de mayo de 2017, M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo, en la que manifestó:

“Según lo consagrado en los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, como tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, al igual que la Corte Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Carta, tienen el deber de unificar la jurisprudencia al interior de sus jurisdicciones, de tal manera que los pronunciamientos por ellas emitidos se conviertan en precedente judicial de obligatorio cumplimiento...”

(Otra Providencia en similar sentido, es la SU 611 del 4 de octubre de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Aunado a lo anterior, advierte la Sala que el traslado de los recursos debe hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por

medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, esto es, entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada periodo cotizado, especificando cada valor, "...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...", según lo sostuvo la Sala de Cas. Lab. de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia Laboral 1637 del 11 de mayo de 2022, Radicado 89208, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, entre otras. **ADICIONA.**

Se **CONFIRMARÁ** también la orden dada a COLPENSIONES de recibir todas las sumas provenientes de PORVENIR S.A., para financiar la pensión de vejez de la actora.

Costas Procesales en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por haber resultado vencida en el Recurso, y en favor de la demandante. Agencias en derecho: 1 SMLMV.

En mérito de lo expuesto, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

DECIDE:


PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia proferida por el **Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín** el 27 de abril de 2022, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por la Señora **FANNY ESPERANZA PABÓN RESTREPO**, en contra de **PORVENIR S.A.** y de **COLPENSIONES**, en cuanto que la primera demandada deberá efectuar a esta última, la devolución del 100% de los aportes obligatorios efectuados por la demandante ordenados en la Sentencia de primera instancia, pero incluyendo además, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, la prima de reaseguros de Fogafín, y en caso de haberse generado, los aportes al Fondo de solidaridad pensional, causados durante el tiempo en que la misma estuvo afiliada a dicha Administradora, incluido el tiempo en que permaneció en la fusionada Horizonte S.A.; entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada periodo cotizado; según las consideraciones de esta Sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.


TERCERO: Costas Procesales en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. en favor de la demandante. Agencias en derecho: 1 SMLMV.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO** y se firma en constancia.


Los Magistrados,



NANCY GUTIÉRREZ SALAZAR



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ