



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

1

DEMANDANTE:	Jorge Luis Lopera Vásquez
DEMANDADA:	Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma y adiciona
Radicado	05001-31-05-004-2019-00665-01 (292) 05001310500420190066501

En la ciudad de Medellín, a los diecisiete (17) días de marzo de dos mil veintitrés (2023), la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por las Magistradas **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL**, **MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ**, y **CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación de Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, en el proceso ordinario laboral adelantado por el señor **JORGE LUIS LOPERA VÁSQUEZ** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y de **COLFONDOS S.A.**, frente a la decisión adoptada por el Juzgado de instancia.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

1. ANTECEDENTES:

El señor Jorge Luis Lopera Vásquez presentó demanda en contra de Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A. buscando se declare la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), disponiendo la reactivación automática de su vinculación al Régimen de Prima Media (en adelante RPM); que se ordene a Porvenir S.A. a devolver los saldos de

la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus correspondientes rendimientos, y las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que nació 25 de junio de 1961; que se afilió al ISS el 31 de marzo de 1981; que se trasladó al RAIS administrado por la Colfondos y posteriormente a Porvenir S.A.; sin embargo, aduce que los asesores de las entidades privadas, no le brindaron la debida información acerca de las implicaciones de su traslado.

2

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandas allegaron respuesta oportuna, así:

Porvenir S.A. se pronunció frente a los hechos de la afiliación al ISS y Colfondos que no le consta, por ser de terceros, que es cierto el traslado efectuado a dicha AFP, y que no son ciertos los hechos relativos a la falta de información; oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Colfondos S.A. se allanó a la demanda, no presentando oposición a las pretensiones.

Por su parte, **Colpensiones** indicó frente a los hechos que no le constan, que deberán probarse, aceptando únicamente como cierto que el actor se encuentra la prohibición legal de trasladarse de conformidad a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, presentando oposición a las pretensiones incoadas en contra de la entidad.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 03 de octubre de 2022, declaró la ineficacia de traslado del demandante Jorge Luis Lopera Vásquez, que hiciera del RPM al RAIS administrado por la sociedad Colfondos S.A. el 19 de diciembre de 1997, así mismo, declaró la ineficacia del traslado que el demandante hizo a la sociedad a Porvenir S.A. con fecha 07 de junio de 2004. Ordenó a la sociedad PORVENIR S.A. retornar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual, los cuales deberá recibir Colpensiones a satisfacción dentro del término de 30 días hábiles siguientes a la firmeza de la decisión, valores que incluyen los aportes y rendimientos en su totalidad, así como, los gastos de administración, pagos de seguro y reaseguro, y los aportes para el fondo de garantía

minina, debidamente indexados y con cargo al propio patrimonio de la entidad Porvenir S.A.; ordenó a Colfondos S.A. para que en virtud de la declaratoria de ineficacia de la afiliación retorne a Colpensiones los valores que causó y pagó el demandante mientras estuvo afiliado en esa entidad y que corresponden a los gastos de administración, los gastos de seguro y reaseguro y los destinados a la conformación del capital de garantía mínima, todo con cargo al patrimonio de la entidad y debidamente indexados, remitiendo la información relevante importante en fechas, valores y ciclos que requiera Colpensiones. Ordenó a Colpensiones permitir el traslado del demandante del RAIS al RPM conservando todos sus beneficios, brindando todas las garantías de afiliación, recibiendo todos los valores de la cuenta de ahorro individual y actualizando el histórico laboral de aportes sin solución de continuidad. Desestimo las excepciones propuestas por Porvenir S.A. y Colpensiones. Y condenó en costas a Colfondos S.A., sin condena en costas ni en favor ni en contra de Colpensiones y Porvenir S.A.

3

3. RECURSO DE APELACIÓN:

3.1 RAZONES DEL RECURSO

El apoderado de **Porvenir S.A.** presento recurso de apelación en contra de los numerales primero y segundo, argumentando que no hay razones para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado porque el formulario suscrito por el demandante se hizo de manera libre, y contenía el apartado del retracto. Formulario de afiliación, que resalta era el único documento exigido para la época del traslado, aunado que la entidad le hizo una asesoría que cumplía con los requisitos impuestos en la ley. Indica que el demandante tuvo varias oportunidades para retornar al RPM pero no lo hizo, por el contrario realizó traslados horizontales entre fondos privados, por lo que mantuvo interés en mantenerse en el RAIS. Expresa que la motivación del demandante para este proceso radica en la inconformidad que no se cumplieron las expectativas de un eventual monto pensional, por lo que no puede predicarse un daño. Que las obligaciones del buen consejo y de la asesoría surgen a partir del año 2010, por lo que solicita se analice el comportamiento de la entidad.

Se opone a la condena del traslado de gastos de administración de manera indexada junto con los rendimientos, ya que atendiendo al principio de restituciones mutuas si las cosas vuelven a su estado anterior, los rendimientos no debieron haber existido en ningún momento, por los que estos suplen lo que se pretenden

con la indexación, que es resarcir el daño que sufrieron los aportes por el paso del tiempo, por lo que ordenar el traslado de los rendimientos y de las sumas indexadas se estarían condenando doblemente a la entidad.

4. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Porvenir S.A. presentó alegaciones reiterando los argumentos del recurso, resaltando que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley para la fecha de afiliación al RAIS, oponiéndose al traslado de manera indexada de los gastos o comisiones de administración, pagos de seguro y reaseguro, pagos destinados al fondo de Pensión de Garantía Mínima.

Colpensiones por su parte, solicita en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia, se ordene al fondo privado la devolución de aportes y demás rubros indicados en la sentencia debidamente indexados y en caso de existir montos faltantes en razón a las equivalencias una vez que Colpensiones valide la historia laboral de la demandante sean las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. quienes asuman de su propio patrimonio dicho monto faltante, lo anterior a raíz de que si el afiliado no va a hacer uso del fondo es claro que no tiene que quedarse el mismo con ningún monto, máxime que si el traslado efectuado se declaró ineficaz lo que los efectos surtidos quedan sin valor alguno.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala del recurso de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

5.2 PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala se ocupará de analizar, si se debe declarar la ineficacia del traslado del demandante Jorge Luis Lopera Vásquez, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y, en caso de ser así establecerá cuáles son las consecuencias que de ello se derivan.

5.3 HECHOS RELEVANTES PROBADOS

De acuerdo con el acervo probatorio arrimado, no hay duda que el demandante nació el 25 de junio de 1961 como se observa en la cedula de ciudadanía (folio 19 archivo 01ExpedienteDigital); se afilió al RPM hoy administrado por Colpensiones, el 31 de marzo de 1981, como se infiere de la historia laboral expedida por Colpensiones (folios 21 a 30 archivo 01 ibidem); posteriormente se trasladó al RAIS administrado por Colfondos S.A. suscribiendo solicitud de vinculación o traslado el 19 de diciembre de 1997 (folio 42 archivo 01ibidem); y finalmente se trasladó a Porvenir S.A. firmando formulario de vinculación el 07 de junio de 2004 (folio 36 archivo 01ibidem).

5

5.4 INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto que debemos observar consiste en recordar que, de acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando un empleador o cualquier persona natural o jurídica, en cualquier forma, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley. Esta última norma establece que cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quedará sin efecto.

Lo segundo a considerar es que, si bien la afiliación es libre y voluntaria, también es cierto que, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, de tal manera que la decisión de traslado esté precedida del cumplimiento de ese mandato.

Acerca del deber de información la CSJ desde la sentencia SL-31989 de 2008, sentó una jurisprudencia muy sólida que se mantiene inclusive hasta esta parte, que es importante memorar:

(...) 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. Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; (...) su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado,

Por lo tanto, no le asiste razón a la recurrente por cuanto es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, porque no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado cuando se carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a las circunstancias particulares del afiliado, tal como lo establecen los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993 la entidad administradora siempre ha estado obligada a brindarla.

Es decir, el fondo de pensiones tiene la responsabilidad de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, todos aquellos elementos que resultan determinantes para tomar una decisión plenamente informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia)

Por lo tanto, cuando se alega por el afiliado la ausencia de información o la deficiente entrega de ésta por parte de la AFP, es la administradora quien tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, afirmación que encuentra respaldo en el artículo 1604 del Código Civil, pues esta norma señala: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*».

De tal manera que, al haberse afirmado por el actor que «*no recibió la información*», por tratarse de una negación indefinida, lo releva de probar ese hecho y a su vez, traslada la carga de la prueba en el demandado, quien deberá probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado.

Por lo tanto, conviene no olvidar el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, vertido en la SL19447-2017, en ella profundizó sobre la constatación del deber de información, afirmó que era ineludible, por lo que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación era insuficiente. Es por ello que «*el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y*

voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021,CSJ3719-2021), la cual no se infiere de la simple firma del formulario de afiliación.

7

Se insiste, el cumplimiento del deber de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, no se puede demostrar con las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado, ellas resultan insuficientes ya que quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la respectiva administradora del fondo pensional (CSJ SL4964-2018).

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, eran Colfondos S.A. y Porvenir S.A. quienes debían probar en el proceso que brindaron una asesoría personalizada y completa al demandante al momento de su traslado, 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 RAIS 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 SMLMV a la fecha de expedición de la L.100/93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), 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 de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

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 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien Porvenir S.A. afirmó al contestar la demanda que al actor se le brindó la asesoría requerida para el caso (folios 121 a 144 archivo 01 ibidem), de acuerdo con la jurisprudencia ya descrita tenía la carga de acreditarlo, sin embargo, solo aportó el formulario de afiliación que no da cuenta de la información realmente suministrada al demandante en ese momento, adicional que, 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 de régimen pensional**, y no con posterioridad a aquel, y el fondo privado al que se trasladó en principio el actor, Colfondos S.A. se allanó a las pretensiones.

Así las cosas, en el caso a estudio considera la Sala que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, esto es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho pensional, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, y con ello, que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión.

5.4 CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Por lo tanto, considera la Sala que al declararse la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, **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. (ultimo fondo donde se encuentra el demandante) traslade a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo

de garantía de pensión mínima, debidamente indexados como lo dijo el juez de instancia y como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga; correspondiéndole a Colfondos S.A. devolver los gastos de administración las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, todo debidamente indexado. Debiéndose confirmar en este punto la decisión, resaltando en lo correspondiente a la indexación, que esta Corporación se ciñe a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, en la que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado 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.

Y es que no comparte la Sala tampoco los argumentos expuestos por el apoderado judicial de Porvenir S.A. relativos a la no devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, por cuanto si bien del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, lo cierto es que ante la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, estos no se pueden generar en favor de la administradora del fondo privado de pensiones demandada.

En virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión en el sentido de precisar que las obligaciones de traslado que recaen en ambos fondos privados se deberán realizar dentro de los 30

días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia –art. 16 Decreto 692 de 1994-.

Así mismo, se complementará la sentencia de primer grado disponiendo que el traslado de los recursos que realicen los fondos privados deberá 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 del afiliado 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 ...”*.

10

5.5 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 los 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.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

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

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir S.A. y a favor del demandante, las agencias en derecho se fijan en \$2.320.000.

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,

6. DECIDE:

PRIMERO: Adicionar los numerales **Tercero y Cuarto** de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, el 03 de octubre de 2022, en cuanto a disponer que las obligaciones impuestas a **Porvenir S.A.** y **Colfondos S.A.** deberán realizarse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia -art. 16 Decreto 692 de 1994-, así mismo que deberán entregar la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada periodo cotizado, según las consideraciones de esta sentencia.

11

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en apelación y consulta.

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir S.A. y a favor de la demandante, las agencias en derecho se fijan en \$2.320.000.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**.

Las Magistradas,


CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL


MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ