



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUZ STELA DÍAZ CARRERA
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Procedencia: JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA n.º 81
Radicado n.º: 05001-31-05-022-2022-00143-01 (O2-23-058)

En Medellín, a los veintinueve (29) días del mes de mayo de dos mil veintitrés (2023), en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022 en consonancia con el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados **CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES**, **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE** y **VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como magistrado sustanciador, procede a decidir el recurso de apelación propuesto por PORVENIR S.A.; así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la administradora de pensiones pública demandada, dentro del proceso ordinario instaurado por **LUZ STELA DÍAZ CARRERA** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, con radicado n.º 05001-31-05-022-2022-00143-01 (O2-23-058).

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue puesto a consideración de la Sala, y estando debidamente aprobado, se procede a dictar la sentencia que en derecho corresponda.

1. ANTECEDENTES

Mediante apoderada judicial, **LUZ STELA DÍAZ CARRERA** pretende que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, que se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación de al RPM a través de COLPENSIONES, con la devolución de todos los aportes, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración, y el pago de las costas del proceso, con sustento fáctico en que nació el 20 de diciembre de 1967; que inició a cotizar en el RPMPD desde el mes de julio de 1989 hasta el mes de enero de 2004 cuando se afilió al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A.; y que el

momento del traslado no obtuvo la suficiente información sobre la liquidación final de su pensión al momento de obtener los requisitos para pensionarse.

1.1 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 22 de abril de 2022 (doc. 2), con el cual ordenó su notificación y traslado a la parte accionada.

Una vez notificado (doc. 3), COLPENSIONES dio contestación a la demanda el 5 de mayo de 2022 (doc. 6 pág. 1 y 14) a través de apoderada judicial, con la cual se opuso a las pretensiones formuladas por carecer de fundamentación fáctica y legal, por cuanto dicho traslado se realizó de manera voluntaria al fondo de pensiones PORVENIR S.A.; al tiempo de proponer las excepciones de mérito que denominó: improcedencia de la declaración de ineficacia del traslado, falta de legitimación en la causa, prescripción, buena fe, e imposibilidad de condena en costas.

A su turno, luego de notificada (doc. 3) PORVENIR S.A., por intermedio de apoderada judicial, dio respuesta a la demanda el 6 de mayo de 2022 (doc. 5 pág. 1 a 23), en la cual se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto no se demostró la causal de la ineficacia que invalide la afiliación voluntaria, a la vez de nominar las siguientes excepciones de mérito: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo debido y buena fe.

1.2. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida 7 de febrero de 2023 (docs. 14 y 15), oportunidad en la cual la cognoscente de instancia declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, condenando a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos financieros, frutos e intereses y bonos pensionales; y a devolver de manera indexada lo descontado por el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, gastos de administración y primas de seguros previsionales y reaseguros, pormenorizando cada uno de una de los valores con sus ciclos, IBC y aportes; como también ordenó a COLPENSIONES recibir los valores devueltos del RAIS y de acuerdo al IBC con que fueron pagados, a la vez de gravar en costas a la AFP PORVENIR S.A. y a favor de la demandante.

1.3 APELACIÓN

Decisión que fue recurrida oportunamente en apelación por el apoderado judicial de PORVENIR S.A., en cuyo sustento afirmó que no existen razones fácticas o jurídicas para que se declare la ineficacia del traslado, ya que la accionante contó con múltiples oportunidades para trasladarse o vincularse al régimen de prima media y no lo hizo, a más de que la afiliación inicial fue por una presión del empleador, sin que se hubiera estudiado tal situación. En subsidio, solicita se revoque la indexación de los descuentos como gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, toda vez que atendiendo al principio de restituciones mutuas, los rendimientos no debieron ser generados al declararse la ineficacia, y condenar el traslado de los rendimientos y la indexación impone una condena doble y un enriquecimiento sin justa causa.

1.4. CONSULTA

Toda vez que la decisión de primera instancia fue desfavorable a los intereses de COLPENSIONES, de igual forma, se analizará integralmente la decisión en el grado jurisdiccional de consulta a su favor, en los puntos que no fueron objeto de apelación.

1.5. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

En el trámite de segunda instancia, PORVENIR S.A., por intermedio de su apoderada judicial, remitió alegatos finales, indicando que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia, que la afiliación se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, y que se entregó la información necesaria y obligatoria; que no procede la devolución de los valores descontados por la AFP sobre las cotizaciones del demandante y que su representada tampoco debe ser condenada en costas.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., advirtiéndose que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del C.P.L. y S.S., el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada, al igual que se estudiará la decisión en el grado

jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, para lo cual se plantea el estudio del siguiente:

2.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El *thema decidendi* en la presente Litis se circunscribe en definir: ¿Si procede la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional del demandado al régimen de ahorro individual con solidaridad?, y en caso afirmativo, ¿Cuáles son los efectos jurídicos que devienen de la ineficacia del traslado?

2.2 TESIS DE LA SALA Y SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

El sentido del fallo de esta Corporación será **confirmatorio** en cuanto a la declaración de ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional a la AFP demandada, siguiendo la tesis de que no se brindó la asesoría integral y cualificada que pregonaba el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con las consecuencias jurídicas que determina la devolución de las cotizaciones, esto es, que se debe contemplar también el traslado de las sumas descontadas para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, para pago de seguros previsionales y para cubrir los gastos o comisión de administración, descuentos que deben retornarse en forma indexada, de conformidad con los planteamientos que pasan a exponerse:

2.2.1 Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS

En lo que interesa a la Litis, no es objeto de discusión los siguientes hechos: que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición ni por edad (doc. 1 pág. 18) ni por tiempo de servicios cotizados (doc. 5 pág. 24 y 25); que LUZ STELA DÍAZ CARRERA laboró desde el 10 de julio de 1989 al servicio de ECOPETROL S.A., tiempo por el cual se le generó un bono pensional (doc. 5 pág. 24 y 25), luego de lo cual se afilió el **28 de enero de 2004** a la AFP PORVENIR S.A. (doc. 1 pág. 28) administradora en la que se encuentra actualmente afiliada; y que el 21 de enero de 2022 impetró ante COLPENSIONES el traslado de régimen pensional (doc. 1 pág. 52 y 55), al que la entidad no accedió mediante comunicado del 21 de enero de 2022 (doc. 1 pág. 56 a).

Para resolver de fondo la Litis, sea lo primero señalar que esta Colegiatura viene acogiendo el criterio jurisprudencial sostenido antaño por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y desarrollado desde el año 2008 con la sentencia de radicación n.º 31989 del 9 de septiembre de 2008, línea jurisprudencial en la que se cimienta el

precedente judicial por seguir, de donde se desprende que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación; que el formulario de afiliación es insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado; que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor del afiliada como parte débil de la relación jurídica contractual, y que el alcance de la jurisprudencia laboral citada, permite aplicarla a todos los eventos de traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho esté consolidado, sea beneficiario del régimen de transición, o esté próximo o no a pensionarse, precedente jurisprudencial replicado más recientemente en la sentencia SL5680-2021.

En esa misma dirección, preciso es ponderar por la Sala que para la fecha de la afiliación al régimen pensional el 28 de enero de 2004, la AFP PORVENIR S.A., tenía la obligación de brindar información detallada en cumplimiento de lo normado en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, lo que en palabras de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1217-2021, consiste en: *“ilustrar a sus potenciales afiliadas, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.”*

Conforme los anteriores basamentos legales y jurisprudenciales, tenemos que, en lo concerniente a la afiliación al régimen pensional, se aportó al plenario el correspondiente formulario de afiliación (doc. 1 pág. 28); empero tal probanza no refleja que de manera documentada se haya presentado la asesoría privilegiada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto no basta con hacer referencia de las características de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas previo, o cuando menos, al momento de efectuarse la afiliación y traslado del régimen pensional.

En este punto, estima pertinente la Sala acotar que si la AFP no cuenta con ningún soporte documental para la fecha del traslado de régimen, al brindarse la información únicamente

de manera verbal, tal circunstancia deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegar un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que pregonan la Superintendencia Financiera de Colombia deben reunirse para el traslado voluntario de régimen pensional, sino que se requiere acreditar la efectiva asesoría integral brindada en la antesala del traslado de régimen, ilustrando al interesado sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, con la advertencia de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debían efectuarse aportes voluntarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones; que para causar la pensión de vejez se debe contar con una suma dineraria mínima en la cuenta de ahorro individual; que la existencia de eventuales beneficiarios por sobrevivencia incrementan dicha suma mínima requerida, entre otras particularidades, en razón a que la asesoría no debe estar encaminada a persuadir al afiliada con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe atender también a que la afiliada pueda lograr la prestación económica que mejor se acompañe con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

Ahora, si bien la litigiosa por activa de la relación procesal acepta en el interrogatorio que antes de suscribir el formulario de afiliación hubo una reunión grupal (min. 41:30), no puede pasar de soslayo la Sala que el deber de información únicamente se satisface con la evidencia de que la decisión del afiliada haya sido libre e informada, lo que no se logra acreditar por la AFP accionada, puesto que por el contrario, el accionante enfatizó no que en tal reunión no se dio ningún tipo de asesoría, ni tampoco se le expresó cuáles eran las características puntuales y comparativas del RAIS y del RPMPD, ni las posibles desventajas de su traslado de régimen pensional.

Es de resaltar que la AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad a la que se afilió y trasladó la pretensora, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el ejecutivo de servicios que atendió a la litigiosa por activa cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, pues por el contrario, la falta de soporte documental o archivo de la historia laboral de que trata el artículo 38 del Decreto 692 de 1994 permite inferir que, el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales, sin que resulten suficientes las manifestaciones ambiguas y generalizadas hechas por el extremo litigiosa activo en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las referidas a la condición académica o nivel de instrucción del demandante frente a un tema de alta complejidad como lo es la liquidación y cálculo de una mesada pensional, como también las referidas a que la afiliada

no haya realizado indagaciones por su cuenta de su situación pensional, en tanto el deber de brindar tal información privilegiada corresponde *ope legis* a la AFP.

De igual forma, ha de precisarse que el cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, esto es, el restablecimiento del *status quo*, en razón a que: *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019).

Así las cosas, en este ítem habrá de impartirse confirmación al fallo de instancia.

2.2.2 Traslado de las cotizaciones

Sobre el punto, huelga precisar que tal devolución debe ceñirse a los términos del artículo 1746 del Código Civil, en consonancia a lo pregonado por la jurisprudencia del máximo tribunal de esta jurisdicción, en sentencias con radicados n.º 31898 de 2008, SL4989-2018 y SL1429-2019, al tiempo que COLPENSIONES tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que el hecho de que dicha entidad pueda tratarse de un tercero la imposibilite para recibir los aportes realizados, por la simple y llana razón de que esta entidad administra el régimen de prima media con prestación definida, con independencia de si la demandante se encontraba afiliada con antelación.

En el anterior contexto, la Sala estima pertinente resaltar las prédicas de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en la sentencia SL2877-2020, en la que se recapitulan las consecuencias e implicaciones de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, de la cual se trasuntan los apartes pertinentes:

“i) que ésta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que 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;

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el

tiempo que el demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima.

iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva 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.”

Así pues, la ineficacia del traslado conlleva precisamente a que el fondo privado de pensiones devuelva todas las cotizaciones que hubiere recibido, incluyendo lo correspondiente al porcentaje que por gastos o comisión de administración haya descontado de las cotizaciones, así como también lo descontado para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima (Decreto 3995 de 2008 artículo 7, Sentencia SU-062 de 2010) y los gastos de la aseguradora (primas previsionales), pues carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de la información exigida, de no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida la AFP sin razón financiera atendible, pues a pesar de que tales descuentos tuvieron un origen legal y sirvieron en su momento a un propósito preestablecido como el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, la administración financiera de las cotizaciones o el fortalecimiento de un fondo de garantía, aquellos nunca hubieran sido deducidos por la AFP de no haberse verificado la afiliación y traslado de régimen pensional.

Finalmente, esta Sala considera que hay lugar al traslado de todas las cotizaciones y sus rendimientos a COLPENSIONES, a propósito de que engrosen el fondo común de naturaleza pública, según las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, de modo que, se garantice no solo la sostenibilidad financiera del sistema, sino también la plena realización del principio de solidaridad de que trata el artículo 2 *ibídem*. Por demás, no hay lugar a reconocer restituciones mutuas, pues como se predica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia atrás referenciada, se deben devolver todos los rubros descontados de las cotizaciones, y si bien no soslaya esta Sala la existencia de un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en contrario, es preciso indicar que el mismo se refiere a los traslados de régimen pensional por iniciativa propia, y que en últimas, tal acto no es de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales, allende que, la Sala se aviene a línea jurisprudencial que en derredor del tema ha venido desarrollando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quedó dicho *in extenso* en líneas anteriores.

Así mismo, debe ordenarse que la devolución de los descuentos de manera indexada, atendiendo a que si bien aquella no fue impetrada con la demanda, esto es, no fue materia de debate en el presente proceso, debe procederse a su reconocimiento oficioso, en tanto en cuanto, ello no se traduce en una condena sino en el reconocimiento del efecto de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda de las sumas descontadas de las cotizaciones por los rubros atrás descritos por el transcurso del tiempo, prohijándose el criterio jurisprudencial expuesto en la reciente sentencia SL950-2022 emitida por la H. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral.

Como corolario de lo expuesto, se impone para la Sala confirmar la sentencia de primer grado estimatoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, y de las consecuencias directas de la declaratoria de ineficacia.

2.2.3 Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, se memora que *“a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria”* (SL1465-2021), a más de que la Sala ha sido del iterativo criterio que en esta clase de procesos, las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia determinan que sea un imperativo el traslado de las aportaciones de manera íntegra, y al tratarse de un asunto íntimamente ligado con la materialización del derecho a la pensión de vejez, de naturaleza imprescriptible, unívoco tratamiento ha de reconocérsele, como así lo decantó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL361, radicación 63615 del 13 de febrero de 2019.

2.3. COSTAS

Costas en segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor del demandante, por haberse resuelto desfavorablemente el recurso de apelación propuesto, fijándose las agencias en derecho en la suma de \$1.160.000, equivalente a un (1) SMMLV y en favor de la accionada. Sin costas en contra de COLPENSIONES, pues la sentencia se analizó integralmente en su favor en virtud al grado jurisdiccional de consulta.

Las costas de primera instancia se confirman, en tanto PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, formulando excepciones de mérito, y fue vencida en juicio.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

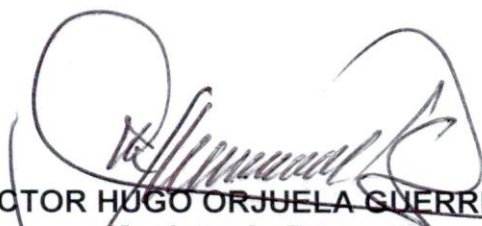
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de materia de apelación y de consulta proferida el 7 de febrero de 2023 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, según y conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, fijándose como agencias en derecho en la suma de \$1.160.000. Las de primera instancia se confirman.

Lo resuelto se notifica mediante **EDICTO**, acogiéndose el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, vertido en la reciente providencia AL2550-2021 del 23 de junio de 2021, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Déjese copia digital de lo decidido en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.


Cópiese, comuníquese y cúmplase



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente



CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES
Magistrado



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada

CONSTANCIA SECRETARIAL

Se deja constancia de que las anteriores firmas corresponden a las firmas originales de los magistrados que integran la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín.



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario