



**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Medellín, ocho (08) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

<b>DEMANDANTE:</b>	Luis Salvador Ospina Sánchez
<b>DEMANDADA:</b>	Colpensiones y Porvenir S.A.
<b>TIPO DE PROCESO</b>	Ordinario Laboral
<b>DECISIÓN:</b>	Confirma y Adiciona
<b>Radicado</b>	05001-31-05-022-2019-00210-01 <a href="#">(322) 05001310502220190021001</a>

**AUTO**

Conforme con lo dispuesto en los artículos 74 y 75 del Código General del Proceso, en los términos del poder obrante el archivo 02PoderColpensiones -02Segunda instancia, se reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones a la doctora Sara Botero García con Tarjeta Profesional 340.780 del Consejo Superior de la Judicatura.

En la fecha indicada, 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 interpuesto por 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 **Luis Salvador Ospina Sánchez** en contra de **Colpensiones y Porvenir 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:

**I. ANTECEDENTES:**

## 1. PRETENSIONES.

El señor Luis Salvador Ospina Sánchez presentó demanda en contra de Porvenir S.A. y Colpensiones buscando se declare la ineficacia o nulidad de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), disponiendo el regreso automático al Régimen de Prima Media (en adelante RPM); que se ordene a Porvenir S.A. el traslado de los aportes realizados por el actor, incluidos las cotizaciones, sumas adicionales de los afiliados, rendimientos e intereses causados; y costas del proceso.

## 2. HECHOS

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 21 de septiembre de 1959; que se afilió al RPM, el 07 de junio de 1978 y posteriormente se trasladó a Porvenir S.A. el 01 de marzo de 1999, sin embargo, aduce que el asesor de la entidad, no le brindó la debida información acerca de las implicaciones de su traslado.

## 3. TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandas se pronunciaron de forma oportuna, así:

**Colpensiones** aceptó como ciertos los hechos de la fecha de nacimiento del actor y su vinculación al extinto ISS, de los demás indicó que no le constan por ser hechos ajenos a la entidad, oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, **Porvenir S.A.** manifestó que no son ciertos los hechos relativos a la indebida información, y que los demás no le constan. Se opuso a la prosperidad de lo pedido y propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

## 4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 21 de septiembre de 2022, dispuso:

**PRIMERO:** Se **DECLARA** la ineficacia del traslado que hizo **LUIS SALVADOR OSPINA SÁNCHEZ** de cédula de ciudadanía 70507524 en septiembre 28 del año 1998 desde el RSPMPD al RAIS a la AFP **PORVENIR** y de la continuidad en ese régimen y administradora hasta la actualidad. Y se **DISPONE** que la parte actora ha estado vinculada, sin solución de continuidad, en el **RSPMPD** y se **CONDENA** a **COLPENSIONES** como actual administradora de ese régimen a tener a la parte demandante como su afiliado y a consolidar en la historia pensional de ella todo el tiempo servido o cotizado al SGP sólo en RSPMPD.

**SEGUNDO:** Se **CONDENA** a **PORVENIR** como actual administradora de los recursos pensionales del demandante a trasladar a la ejecutoria de este fallo, al **RSPMPD** todos los valores de la cuenta de ahorro individual del señor SALVADOR, que incluyan además de los aportes concretamente destinados a la CAI, los rendimientos. Y también se **CONDENA** a **PORVENIR** a devolver, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de este fallo, de su propio peculio y debidamente indexados, los valores de los aportes pensionales que recibió o reciba de la demandante o en su favor destinados a cuotas o gastos de administración del artículo 20 de la Ley 100 de 1993; y se **CONDENA** a **COLPENSIONES** a recibir y/o a cobrar esos dineros.

**TERCERO:** Se **DECLARAN** como no probadas las excepciones de fondo propuestas por las codemandadas **PORVENIR** y **COLPENSIONES**.

**CUARTO:** Se **CONDENA** a **PORVENIR** en costas en favor del demandante y como agencias en derecho, se fija el valor equivalente a 2 smmlv para el momento de liquidación de las costas.

Sin costas ni a cargo ni en favor de **COLPENSIONES**.

**QUINTO:** Se **ORDENA** enviar el expediente y la causa al Honorable Tribunal Superior de Medellín para que en la Sala De Decisión Laboral conozca del asunto en grado jurisdiccional de **CONSULTA** en favor de **LA NACIÓN**.

## 5. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso argumentando que no se encuentran razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, ya que la afiliación del actor a Porvenir se dio de manera voluntaria sin presiones de ninguna naturaleza, proporcionándole la debida información a través de un formulario que cumplía con los únicos requisitos que se exigían para la época que se dio la afiliación. El demandante contó con varias oportunidades para trasladarse y no lo hizo manifestando su interés de permanecer en dicho fondo, tal como lo dijo en su interrogatorio de parte, y su inconformidad solo radica en el monto pensional, por lo que no puede predicarse un engaño, por no cumplir las expectativas de la

pensión. Además, que no puede alegar en su favor la culpa de su falta de interés en su situación pensional.

Frente a la condena del traslado de las cuotas de administración, estas constituyen una doble condena, pues se ordenó también el traslado de los rendimientos, olvidando el principio de las restituciones mutuas. Así mismo, se opone al traslado las pólizas de seguros, toda vez que las mismas ya no se encuentra en el patrimonio de Porvenir y el demandante estaba cubierto por los riesgos de invalidez y muerte.

## **6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

### **6.1 Alegatos Colpensiones**

La apoderada señaló que no procede la imposición de recibir y pensionar a afiliados que decidieron trasladarse libre y voluntariamente de fondo pensional, y solo cuando están próximos a pensionarse solicitar el traslado cuando no ha cotizado por más de 20 años al RPM; que el actor supera la edad permitida de traslado de régimen y y que el hecho de cambiarse el actor de fondo presumen su voluntad de permanecer en el RAIS; que sea Porvenir la condenada a trasladar todos los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los aportes concretamente destinados a la CAI, los rendimientos; indexados así como los valores de los aportes pensionales que recibieron de la parte accionante o destinados a gastos de administración.

### **6.2 Alegatos Porvenir**

La apoderada esgrimió como reparos que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, 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; que cumplieron con el deber de información para la época, contó con oportunidades para trasladarse de régimen y no lo hizo; que su motivación de traslado reposa en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en ese fondo; frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte actora así como tampoco la obligación del buen consejo, doble asesoría y de desincentivar la

afiliación; que incumplió la parte actora con el deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios.

Que no se puede ordenar el traslado de los recursos pensionales, los rendimientos y las cuotas o gastos de administración puesto que han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, por haber sido destinados a cubrir gastos, generación de frutos o rendimientos que se ven en la cuenta del afiliado; que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza, sino por el contrario se dio por mandato legal; que tampoco es posible que se condene a una indexación de los valores ordenados a trasladar, pues dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los aportes se busca reponer con la indexación, el mismo se resarciría con los rendimientos financieros que se generaron debido a su buena gestión, y que en razón de haber obrado con buena fe objetiva no hay lugar a condena en costas.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **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.

### **2. PROBLEMA JURÍDICO**

Esta Sala se ocupará de analizar, si se debe declarar la ineficacia del traslado del demandante Luis Salvador Ospina Sánchez al RAIS, 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.

### **2.3 HECHOS RELEVANTES PROBADOS**

De acuerdo con el acervo probatorio arrojado, no hay duda que el demandante nació el 21 de septiembre de 1959 como se observa en la cédula de ciudadanía (folio 1 archivo 03expediente digital); se afilió al RPM desde 07 de junio de 1978,

según se infiere de la historia laboral para bono pensional (folios 54 y 55 archivo 32 expediente digital); y se trasladó al RAIS a través del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. suscribiendo formulario de afiliación el 28 de septiembre de 1998 (folio 5 archivo 32 ibidem).

## **2.4 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 al 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)

Es entonces que, cuando alega 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.

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.

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, era Porvenir S.A. quien debía probar en el proceso que brindó 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 (archivo 31 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.

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 el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión.

## **2.5 CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.**

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.** 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, **no pudiendo la AFP conservar ningún valor descontado de la cotización**, 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; debiéndose adicionar en este punto el fallo de primer grado, ordenando trasladar también los porcentajes destinados a los seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

Y es que no comparte la Sala tampoco los argumentos expuestos por el apoderado judicial de Porvenir S.A. relativo a la no devolución de las cuotas de administración y seguros previsionales, 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 recae en Porvenir S.A. 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 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 ...*”.

## **2.6 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.

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, por resultar vencida en el recurso, las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000.

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,

### III. DECIDE:

**PRIMERO:** Adicionar el numeral Segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín, el 21 de septiembre de 2022, en cuanto que **Porvenir S.A.** deberá trasladar a **Colpensiones** además de los conceptos dispuestos en la primera instancia, los porcentajes descontados para los seguros previsionales y el fondo de garantía pensión mínima, mientras la demandante estuvo afiliado a dicha Administradora, de manera indexada, obligación de traslado que **Porvenir S.A.** deberán realizarse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia -art. 16 Decreto 692 de 1994, entregando la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada periodo cotizado, según las consideraciones de esta sentencia.

**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 del demandante, por resultar vencida en el recurso, las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**.

Las Magistradas,

  
CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

  
LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL

  
MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ