



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

DEMANDANTE:	Carlos Daniel del Espíritu Santo Posada Duque
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir S.A.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma parcialmente y Adiciona
TEMA:	Ineficacia de traslado del afiliado
Radicado	05001-31-05-018-2021-00267-01 (336) 05001310501820210026701

En la ciudad de Medellín, a los diecisiete (17) días de mayo 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 quien actúa como ponente **Claudia Angélica Martínez Castillo**, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, en el proceso ordinario laboral adelantado por el señor **CARLOS DANIEL DEL ESPÍRITU SANTO POSADA DUQUE** en contra de **COLPENSIONES** y de **PORVENIR S.A.**, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín.

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

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES

El señor Carlos Daniel del Espíritu Santo Posada Duque presentó demanda en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., buscando se declare nula o ineficaz su afiliación 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., devolver a Colpensiones todos los aportes cotizados en el RAIS a Colpensiones. Que se ordene a Colpensiones aceptar los aportes y registrarlo como afiliado sin solución de continuidad; y las costas del proceso.

1.2 HECHOS

En respaldo de sus pretensiones informó que nació el 15/08/1959; estuvo afiliado al RPM, administrado por el ISS hoy Colpensiones entre el 24 de junio de 1985 y el 31 de marzo de 1995 y luego se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 20 de abril de 1995, pero el asesor de la entidad no le dio información sobre su traslado.

1.3 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandadas se pronunciaron en forma oportuna, así:

Porvenir S.A. aceptó los hechos relativos a la entrada en vigencia del RAIS y la afiliación del demandante, de los demás indicó que no son ciertos o 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.

Colpensiones por su parte, admitió que el accionante le solicitó aceptar el traslado y que la entidad lo negó; a los demás hechos dijo no constarle o no son hechos, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de falta de carga dinámica de la prueba, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, prescripción, devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados, buena fe, improcedencia de condena en costas y compensación.

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 3 de noviembre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación del señor Carlos Daniel del Espíritu Santo Posada Duque al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

PORVENIR S.A. a quien ordenó efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiere recibido con motivo de las afiliaciones del demandante en el tiempo, como cotizaciones, con los rendimientos que se hubieren causado, las cuotas de administración debidamente indexadas, primas de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos y por el tiempo que el demandante realizó aportes en el Régimen de Ahorro individual con solidaridad a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES; a ésta le ordenó reactivar la afiliación del demandante, recibir las sumas indicadas y continuar como su administradora de pensiones.

Así mismo declaró infundada la excepción de prescripción, y que las demás quedaron implícitamente resueltas como meras oposiciones; condenó en costas a cargo de PORVENIR S.A., a favor de la parte demandante, y como Agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente por cada una y para cada proceso, al momento de la liquidación. Y que de no ser apelada se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.

1.5 RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Porvenir S.A.** impugnó la sentencia, argumentando que no hay razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, ya que la afiliación de la demandante a Porvenir se dio voluntariamente sin presiones, proporcionándole la debida información con un formulario que cumplía con los únicos requisitos exigidos para la época de la afiliación; incluso el fondo le hizo la advertencia de que iba a entrar en edad de “prohibición”.

En caso de confirmarse la decisión, solicita no se condene al traslado de los gastos de administración, seguros previsionales, y porcentaje al Fondo de garantía de pensión mínima, indexadas, pues, en primer lugar frente a los gastos de administración, son sumas destinadas a generar los rendimientos que hoy se reflejan en la cuenta de ahorro del afiliado; en cuanto a los seguros previsionales, se destinaron a un tercero que es la aseguradora, y ya no están en el patrimonio de Porvenir y con ellos se cubrieron todas las contingencias de invalidez y muerte.

Por último, frente a las costas, indica que la entidad siempre ha obrado de buena fe, por lo que solicita se revoque la condena.

1.6 ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colpensiones, presentó alegatos indicando la prueba de los hechos de la demanda recaen en el demandante, que la AFP cumplió con las atribuciones legales vigentes y aplicables para el momento de la afiliación y en razón a los principios rectores de equidad y solidaridad, no es posible imponer una carga adicional, más allá del formulario de afiliación, el cual acredita consentimiento y aceptación del afiliado, así mismo, de la prueba de interrogatorio practicada en el proceso, se colige que el traslado fue realizado de manera voluntaria, por lo que solicita se revoque la sentencia de primera instancia íntegramente, y que en caso de se confirme se ordene a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante incluyendo: (i) cotizaciones, (ii) bonos pensionales, (iii) sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, los rendimientos causados, (iv) cuotas de administración, la indexación (v) el porcentaje de garantía de pensión mínima y (vi) el traslado de los reaseguros y seguros previsionales; conforme a lo indicando por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia.

Porvenir S.A. y la **parte demandante** interpusieron sus alegatos por fuera del término legal.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala del recurso de apelación y 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, en concordancia con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-424 de 2015.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará si hay cabida a la declaratoria de la ineficacia del traslado del demandante Carlos Daniel del Espíritu Santo Posada Duque al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por COLPENSIONES, y, si es así se

establecerá sus consecuencias. También estudiará si hay lugar a la condena en costas a cargo de Porvenir.

2.3 HECHOS RELEVANTES PROBADOS

De acuerdo con el acervo probatorio arrojado, no hay duda que el demandante se afilió al RPMPD hoy administrado por Colpensiones, desde el 24/06/1985, según se verificó en la historia laboral del demandante (fl. 43 – 46 archivo 10); trasladándose al RAIS el 20/04/1995 a través del fondo privado de pensiones Horizonte (absorbido por Porvenir SA) como consta en el formulario de vinculación (fl. 46 archivo 02) con fecha de efectividad en fecha 01/05/1995 según certificado de Porvenir SA fechado marzo 7 de 2022 (fl. 63 archivo 09); y solicitó regresar al RPM administrado hoy por Colpensiones el 20/04/2021 (fl. 49 archivo 02).

2.4 INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto, es 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 cualquier persona natural o jurídica, 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.

Así, con el fin de que la afiliación cumpla el presupuesto de ser libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, de modo 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

fuelle 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, ya que, tal como lo establecen los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, la entidad administradora siempre ha estado obligada a brindarla.

Sin duda, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión 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)

Siguiendo las reglas de la carga de la prueba previstas en el inciso final del artículo 167 del CGP, como el afiliado realizó una negación indefinida cuando alegó la ausencia de información por parte de la AFP, se invierte la carga demostrativa y es la administradora quien tiene sobre sí el deber de demostrar que si lo hizo, en otras palabras que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado cumpliendo con el deber de información, porque de acuerdo con el artículo 1604 del Código Civil *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»*.

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, que las AFP cumplan el deber de información y su acreditación en el proceso no se puede demostrar con las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado, son insuficientes ya que quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la 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.

En esa línea no demostró haberle explicado que en este régimen, si no completa el capital suficiente para obtener al 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, no analizó si la parte actora es beneficiaria del régimen de transición pensional y las ventajas derivadas del mismo, tampoco hay constancia de haberle efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios para tomar la decisión de traslado.

Y es que, se reitera, 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 a la actora se le brindó la asesoría requerida para el caso (archivo 9 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, y a pesar de que el demandante confesó que hubo una re asesoría antes de cumplir los 52 años, tampoco allegó documental al respecto; 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 sometido a estudio considera la Sala que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, 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 de la 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.

Frente a lo correspondiente a la indexación, 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 adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Tampoco comparte la Sala los argumentos expuestos por la apoderada 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 están previstos para ambos regímenes, 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.

Según el grado jurisdiccional de consulta favorable a Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir S.A. se deberán realizar en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta 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.

2.7. COSTAS PROCESALES.

Finalmente, en relación con el punto de impugnación de Porvenir S.A. relativo a la imposición de las costas procesales, al respecto el artículo 365 del CGP indica que se trata de una condena objetiva que opera por el solo hecho de resultar la parte vencida en el proceso o en el recurso; por lo que al haber prosperado las pretensiones de la demanda, declarándose la ineficacia del traslado de régimen, resultando la demandada Porvenir S.A. vencida en el proceso, sí hay lugar a imponer tal condena a su cargo, y a favor de la parte activa (Ver al respecto CSJ SCL, Rad 40993 del 22 de enero de 2013, M. P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), por lo que se confirmara este punto.

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 Colpensiones en favor de la demandante, por resultar vencida en el recurso, las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 a cargo de Porvenir.

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 Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, el 3 de noviembre de 2022, en cuanto a que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **Porvenir S.A.** deberá trasladar a **Colpensiones, debidamente indexados**, los conceptos dispuestos en la primera instancia, junto con la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período 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 en favor de la demandante, por resultar vencida en el recurso, las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 a cargo de Porvenir.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**.

Las Magistradas,


CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL


MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ