



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

DEMANDANTE:	Carmen Adriana Agudelo Avendaño
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir S.A.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma parcialmente y Adiciona
Radicado	05001-31-05-013-2021-00421-01 (362) 05001310501320210042101

En la ciudad de Medellín, a los treinta 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 **CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Porvenir SA, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, en el proceso ordinario laboral adelantado por el señor **CARMEN ADRIANA AGUDELO AVENDAÑO** en contra de **COLPENSIONES** y de **PORVENIR SA**, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Trece 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. PRETENSIONES

La señora Carmen Adriana Agudelo Avendaño presentó demanda en contra de Colpensiones y Porvenir SA, 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 SA 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; que se declare que Colpensiones le reconozca la pensión de vejez desde el 30 de julio de 2021, o desde la fecha efectiva del retiro del sistema; y las costas del proceso.

2. HECHOS

Así lo fundamentó: nació el 05/10/1963; se afilió al RPM, administrado por el ISS hoy Colpensiones del 25 de abril de 1983 al 30 de noviembre de 2004 luego se trasladó a Porvenir S.A. el 20 de octubre de 2004, pero el asesor de la entidad no le dio información sobre su traslado; que de no haberse trasladado hubiera recibido su pensión desde el 30 de julio de 2021, pero contrario a ello le tocó continuar cotizando más allá de lo requerido.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

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

Porvenir S.A. indicó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Se opuso a la prosperidad de lo pedido y propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y compensación.

Colpensiones por su parte, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, el tiempo que estuvo afiliada al RPM su traslado a Porvenir SA, la totalidad de semanas cotizadas, el salario devengado a la fecha de traslado al RAIS, la solicitud elevada ante Porvenir SA solicitando la anulación e ineficacia de la afiliación, y la reclamación administrativa agotada ante ellos en el mismo sentido y su respuesta negativa, y la fecha en que aseveró pudo haber obtenido el reconocimiento pensional en Colpensiones; frente a los otros, señaló que no le constan o no son hechos, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, realizar juicio de proporcionalidad y ponderación, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, improcedencia de intereses moratorios, improcedencia de la indexación de las condenas, 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.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 5 de diciembre de 2022, decidió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora CARMEN ADRIANA AGUDELO AVENDAÑO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 01/11/2004 exclusivamente por la afiliación de la señora CARMEN ADRIANA AGUDELO AVENDAÑO, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados. En concordancia, se condena a COLPENSIONES a recibir tales sumas de dinero.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a activar la afiliación de la señora CARMEN ADRIANA AGUDELO AVENDAÑO, al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES una vez se retire de la publica empleadora la señora CARMEN ADRIANA AGUDELO AVENDAÑO, a reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta el IBL dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 con la opción mas favorable, toda la vida laboral o los últimos 10 años, y con la tasa de reemplazo prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

QUINTO: DECLARAR improbadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.

SEXTO: COSTAS en ésta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Se fijan las agencias en derecho en la suma de \$2.000.000 en favor de la parte demandante.

6. RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Porvenir S.A.** interpuso recurso parcial contra el numeral 2, argumentando que no hay razones fácticas o jurídicas para que se condene al traslado de los gastos de administración, prima de reaseguro seguros previsionales, y porcentaje al Fondo de garantía de pensión mínima, porque no tienen incidencia en el reconocimiento de la posible pensión, sino que son sumas destinadas a generar los rendimientos que hoy se reflejan en la cuenta de ahorro del afiliado.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Porvenir, presentó alegatos indicando que no se probaron los elementos de la nulidad absoluta, ni los vicios de consentimiento afirmados por lo que el traslado goza de plena validez, que siempre garantizó a la actora la posibilidad de regresar al régimen y le brindó la información necesaria sobre el funcionamiento, características y requisitos del RAIS, el cual escogió de manera libre y voluntaria y donde permaneció por más de 20 años sin hacer ninguna manifestación para retornar al RPM, que cuando se celebró la vinculación la única carga de la entidad era dejar constancia de la libre escogencia a través del formulario de vinculación sin necesidad de registrar otras pruebas del acto jurídico. Apoyó su posición en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la inexistencia del acto jurídico de traslado pensional e indicó no puede ordenarse la devolución de los rendimientos y primas de seguro, ni tampoco la indexación y en caso de ordenar el traslado de la totalidad de los recursos se autoricen las restituciones mutuas en favor de la entidad. Solicita se revoque la sentencia.

Colpensiones, ratificó los argumentos de la contestación a la demanda y lo expresado al interponer el recurso de apelación y reitera que la entidad no tuvo incidencia en el acto jurídico de afiliación por lo que no puede ser afectada por ser un tercero de buena fe, por lo que la sentencia crea una obligación injustificada y desproporcionada a su cargo y afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Solicitó se revise la proporcionalidad de la decisión y sean las AFP privadas quienes asuman el costo del traslado, el cual debe hacer con base en el cálculo actuarial de la entidad; en subsidio solicitó la confirmación de la sentencia en lo relacionado al traslado de todos los recursos de la cuenta individual de manera indexada y lo relacionado al reconocimiento pensional, advirtiendo que solo tendrá efectos una vez se acredite el retiro del sistema.

La **parte demandante**, solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia ya que para el momento del traslado no recibió asesoría clara, completa y eficiente y su traslado no fue libre y voluntario, posición que apoya en la jurisprudencia de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, así mismo, solicita se confirme la sentencia en lo relacionado al derecho pensional reconocido en la sentencia por cumplir los requisitos de edad y semanas cotizadas necesarias para ser beneficiaria de la pensión de vejez en el RPMPD.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala se ocupará de analizar, si hay cabida a la declaratoria de la ineficacia del traslado del demandante Carmen Adriana Agudelo Avendaño 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.

3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Según el acervo probatorio arrimado, la demandante nació el 5 de octubre d 1963 como se observa en la historia laboral de Porvenir (fl. 126 archivo 12); se afilió al RPM desde 25/04/1983, según se infiere de la historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 20 a 26 archivo 02); y se trasladó al RAIS a través del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. suscribiendo formulario de afiliación el 20 de octubre de 2004 (fl. 44 archivo 02 y 82 archivo 12), con fecha de efectividad 01/12/2004 según certificado de Porvenir SA (fl. 145 archivo 12).

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.

Aunque la afiliación es 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 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.

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, como el afiliado alegó la ausencia de información o la deficiente entrega 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, que señala: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*».

De tal manera que el actor, al afirmar 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 al 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, 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 explicarle 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, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios para tomar la decisión de traslado.

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 a la actora se le brindó la asesoría requerida para el caso (archivo 12 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.

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; 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.

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 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.

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 que se surte en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para disponer 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 ...*”.

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. 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 Trece Laboral del Circuito de Medellín, el 5 de diciembre de 2022, en cuanto a que, **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. 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