

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA CUARTA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Francisco Javier Pulgarín Builes
DEMANDADO	AFP Porvenir S.A. y Colpensiones
PROCEDENCIA	Juzgado 020 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 020 2021 00515 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	Sentencia Nro. 242 de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado afiliado
DECISIÓN	Confirma y adiciona

En la fecha, **seis (06) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Cuarta de Decisión Laboral integrada por las magistradas: María Eugenia Gómez Velásquez, Luz Patricia Quintero Calle y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al **recurso de apelación** interpuesto por el apoderado de la **AFP Porvenir S.A.**, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones**, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Francisco Javier Pulgarín Builes**. Radicado único nacional 05001 3105 **020 2021 00515** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración el proyecto discutido y aprobado mediante acta N°. **028**, que se plasma a continuación:

Antecedentes

Para lo que interesa a esta instancia se tiene que, el demandante pide se declare la ineficacia de su afiliación al RPM a través de la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia se le tenga inmerso en el RPM, y se ordene al fondo privado la devolución de la totalidad de sus aportes, con sus rendimientos, sin deducción por gastos de administración y se le tenga incorporado – sin solución de continuidad – a Colpensiones. Ruega también condena en costas a las accionadas.

En sustento afirma que, en sus inicios laborales estuvo afiliado al RPMPD, cuanta con más de 52 años. El 04 de noviembre de 2004, en su sitio de trabajo, fue abordado por un asesor para gestionar su traslado a Porvenir S.A., sin hacerle saber las consecuencias del cambio; tampoco recibió capacitación para el manejo y administración de los recursos de su pensión, ni se le explicó que con la movilidad perdía los beneficios del RPM. Agrega que **NO** autorizó el traslado de régimen porque su voluntad era continuar en el ISS, que la AFP no cumplió con sus obligaciones tales como: evaluación de su situación pensional, estudio de la prestación en ambos regímenes, negociación de bono pensional, IBL con que debía aportar para obtener mesada anticipada, entre otros; luego no se le dio buen consejo ni se le asesoró con profesionalismo e idoneidad, pues no le fueron explicadas las diferencias entre el ISS y el fondo privado, ni se le puso en contexto la restricción de los 10 años, pues no se le dio nunca asesoría posterior, siendo tan evidente esta falta que su prestación en prima media es más del doble de la ofrecida en el de ahorro individual. El 22 de septiembre de 2019, radicó en Colpensiones solicitud de retorno y al día siguiente le fue negada.

Subsanados los defectos advertidos por el Juzgado de conocimiento, en auto del 05 de abril de 2022, **se admitió** y ordenó dar trámite a la acción. Enteradas de la actuación, dentro del término para ello las entidades convocadas allegaron escritos de contestación, así:

Colpensiones, de los hechos tiene como ciertos: la afiliación del señor Pulgarín Builes al RPM, su edad para la fecha de presentación de la demanda, la solicitud de retorno al régimen público y la respuesta emitida. Los demás supuestos no le constan o no son hechos. **Resistió** las pretensiones y propuso **las excepciones** de: inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP al fondo público en casos de ineficacia de traslado de régimen, buena fe, prescripción, innominada, compensación e imposibilidad de condena en costas.

AFP Porvenir S.A., los hechos los niega o dice que no lo son, pero advierte que, *de manera amplia y suficiente asesoró al demandante acerca de las características propias* del RAIS, sus diferencias frente al RPM y las consecuencias del traslado, y este de manera libre y voluntaria suscribió el formulario. Sobre la reasesoría reclamada antes del arribo a los 52 años, dice que esta surgió con la Ley 1748 de 2014 y el actor arribó a ellos en el 2011. **Enfrentó** las pretensiones y con el fin de enervarlas planteó los medios defensivos de: validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la eventual nulidad relativa; aplicación del artículo 1746 del Código Civil en relación con los rendimientos financieros, gastos de administración y primas de seguro; prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

La primera instancia culminó con **sentencia** proferida el 03 de octubre del año que corre, en la que el Juzgado Veinte Laboral del Circuito declaró **ineficaz** el cambio que del RPM al RAIS hizo el demandante, ello porque la AFP no demostró el cumplimiento del deber de información conforme al precedente de la jurisprudencia especializada, del que cita algunos apartes y radicaciones, lo que genera su regreso automático y sin solución de continuidad al primero, administrado actualmente por Colpensiones. Condenó a la **AFP Porvenir S.A.** a restituir al fondo público, dentro de los

30 días siguientes a la ejecutoria de la decisión, el 100% de los aportes y cualquier otro valor que se encuentre en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren generado, así como los bonos pensionales, asumiendo con cargo a su propio patrimonio las comisiones de administración, las primas por seguros previsionales y lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima, valores que deberán entregarse debidamente indexados desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación – 01 de enero de 2005, hasta la de entrega efectiva; ordenó a Colpensiones recibir tales rubros y tener en cuenta el tiempo cotizado, el cual deberá reflejarse en la historia laboral. De las excepciones propuestas solo encontró prosperidad la de imposibilidad de condena en costas a Colpensiones, las demás fueron desestimadas. Impuso costas a Porvenir S.A., fijó el monto de las agencias en derecho y ordenó el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones.

Contra este veredicto se manifestó inconformidad, **mediante recurso de apelación, por el apoderado de Porvenir S.A.**, ratificándose en los hechos, razones de defensa y excepciones propuestas. Explica que para dar por cumplido el deber de información **no eran necesarias proyecciones**, pues según lo dicho por la Superintendencia Financiera esta obligación surgió en los años 2014 y 2015. Agrega que para decidir no se tuvieron en cuenta las manifestaciones del demandante que confesó haber recibido asesoría y **firmar el formulario de forma libre, espontánea y sin presiones**, luego sí contaba con información para el tránsito entre regímenes, y ello se acredita con la documental adosada, evidenciándose de los dichos del actor que su inconformidad es de índole económico, lo que no vicia el consentimiento. Advierte que para la época de la movilidad el deber de información era menos rígido e insiste en que no se valoraron las confesiones y en el desinterés del señor Francisco Javier en su derecho pensional, a quien solo cuando entró en la prohibición por edad le surgió la inquietud sobre su

condición en el sistema, sin haber manifestado antes inconformidad ni acudir a los canales dispuestos por la AFP.

Finalmente explica que los descuentos por seguros previsionales y garantía de pensión mínima están autorizados por la ley para cubrir, los primeros, riesgos de invalidez y muerte, luego entregarlos a Colpensiones sería un enriquecimiento sin justa causa, sumado a que con la orden de restituir los rendimientos se compensa la devaluación, tornándose la indexación en una doble condena. El juez declaró la ineficacia solo con base en la jurisprudencia. Refuta también la condena en costas, porque la AFP ha actuado de buena fe y con apego a la ley.

De la oportunidad para presentar alegaciones hicieron uso los apoderados de:

Colpensiones, pide no mantener la decisión de primer grado, pues para decidir se debe observar el principio de sostenibilidad financiera traído por el artículo 48 Superior, citando a título ilustrativo apartes de la sentencia T 489 de 2010. En el evento de mantenerse el fallo, ruega no imponer condena alguna al ente público al ser un tercero ajeno al negocio jurídico y disponer que Porvenir S.A. restituya la totalidad de aportes y demás dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual, con los respectivos archivos planos ante ASOFONDOS para el respectivo cague en las historias laborales.

Demandante, peticiona confirmar el fallo, haciendo referencia a la obligación de las AFP de suministrar la debida información, detallando los puntos sobre los que considera recae la misma y la evolución normativa y jurisprudencial frente al tema, Pide también el retorno integro de recursos, debidamente indexados.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones:

Como hechos debidamente acreditados se tienen: **la fecha de nacimiento del demandante, 22 de octubre de 1959**; su vinculación al RPM el **10 de diciembre de 1985**, aportando un total de **543,71 válidas para bono pensional**, según documentación expedida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; su tránsito al RAIS a través de **Porvenir S.A.**, con formulario suscrito el 04 de noviembre de 2004, efectividad a partir del 1º de enero de 2005, **entidad en la que aún continúa**. En historia laboral adjunta al escrito de contestación, generada el 24/08/2022 se registran con entidades públicas: traslado aportes 429 semanas, validas para bono 18.08 y en Porvenir 867,7, para un total de 1.405.

De acuerdo con la revisión realizada, las inconformidades del apelante y el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones, **el problema jurídico** en esta instancia se centra en determinar, si procede la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS a través de Porvenir S.A. y como consecuencia de ello, su inmersión automática en el RPM administrado por Colpensiones, las restituciones económicas a que hay lugar, si procede o no su actualización y lo relativo a la condena en costas.

Pues bien. Reiterada ha sido la línea de la jurisprudencia **mayoritaria** de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2008, en torno a la **carencia de efectos jurídicos del traslado de régimen pensional cuando no está precedido de una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información, sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras**. Para el caso concreto, teniendo en cuenta que la migración se dio en

noviembre de 2004, se estaba en el primer estadio de la regulación normativa, **contenida entre otros en los arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993**, disposiciones constitucionales referentes al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal, y por tanto, el contenido mínimo estaba circunscrito a brindar ilustración sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, dando a conocer la existencia de ventajas, desventajas, riesgos, modalidades de pensión, requisitos para obtener tal prestación, entre otros, lo que implica el estudio particular de la situación de cada usuario ante el sistema, estando también definido jurisprudencialmente que tal información constituye:

... una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CP, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de la política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto. Ver sentencia SL4322-2022.

Y,

... en cuanto al deber de información exigible a las AFP, esta Corporación ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Lo anterior, comoquiera que desde la creación de las AFP, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», prescribió en el numeral 1.º del artículo 97 la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado» y la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores

opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Sin que en el **caso concreto** se haya demostrado por Porvenir S.A. la debida ilustración a la parte actora como se afirma insistentemente en el escrito de contestación, ni se hubiese verificado siquiera la documentación allegada, pues en el formulario en que se sustenta la defensa se registró que se estaba ante **un traslado de régimen, entidad anterior ISS**, quedó también escrita allí la fecha de nacimiento y se incorporó copia de cedula de ciudadanía, se arrimó historia laboral con dato de semanas validas para bono y las directamente aportadas, al igual que el registro de la oficina de Bonos Pensionales. Siendo claro el precedente vertical que la debida ilustración no se infiere del formulario con leyenda preimpresa de libertad y voluntariedad, ya que:

... la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no *informado* (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL373-2021 y CSJ SL1108-2022).

Ni es viable estimar improcedente la ineficacia por no estarse ante una expectativa legítima, un derecho consolidado, no gozar el afiliado de transición, por los actos de relacionamiento o por estar motivado el retorno a Colpensiones en la diferencia de la mesada (ver sentencia SL1055-2022), y menos es posible aplicar el aforismo de conocimiento de la ley, por ser el tema pensional de carácter técnico, o hacer recaer en el afiliado la obligación de instruirse, así se explica, entre otras en sentencia SL1197-2021:

Así lo es, pues en su disertación llega al punto de postular que era la accionante la que debía tener conocimiento de aquellos presupuestos, contrario a ello, debió el Colegiado considerar que el deber de información debió ser veraz, oportuno e insoslayable en este campo de la seguridad social. Las AFP tienen la imperativa obligación de brindar una asesoría suficiente, y por

ello, si el afiliado alega que no fue así, como aquí ocurrió, el Tribunal debía entonces contraer su atención en elucidar si ese deber se satisfizo o no, con pruebas que lo demuestren de forma contundente, más aún, si aquella está, tal y como se indicó en el precedente transcrito, en mejor posición que los afiliados, para demostrar esas circunstancias. Negritas extra texto.

Y en lo atinente al tema de **las proyecciones pensionales**, en sentencia SL4322-2022, se expone que no es factible afirmar,

*... que para la época en que el demandante se trasladó, la selección del régimen pensional no tenía relación con el monto de la pensión, **pues lo que se espera al momento del traslado no es precisamente que se le informe el valor futuro de la prestación, sino que se le explique que aquella depende del capital acumulado en la cuenta individual**, por lo que, las AFP como expertas en el aseguramiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, cuentan con los soportes técnicos, estadísticos y actuariales para realizar proyecciones del capital que en el tiempo puede acumular el afiliado para acceder a su derecho pensional, teniendo en cuenta las condiciones particulares de cada uno al momento del traslado, como la edad, sexo, nivel de ingreso, persistencia en la cotización, etc; información con que cuenta la AFP por encontrarse registrada en el formulario de afiliación y en la historia laboral del afiliado.*

*Así mismo, advierte el juzgador de alzada que la solicitud del demandante de retornar a Colpensiones no se realizó dentro de los plazos previstos, según las sentencias de la Corte Constitucional que citó en la providencia; **sin embargo, resultaría ser un desaguizado centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., con lo cual, se desdibujaría por parte del Colegiado de instancia el pedimento efectuado desde el escrito inaugural (CSJ SL1475-2021).*** Negrillas intencionales.

Luego, acertada resulta la declaratoria de **ineficacia** o la exclusión de todo efecto jurídico al acto de traslado, siendo sus consecuencias idénticas a las de la nulidad – vuelta al estado anterior, exponiéndose por la Sala de Casación Laboral que en estos casos la AFP debe reintegrar a **Colpensiones, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos**. Y también deberá devolver el porcentaje correspondiente a

los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos,
adjuntando documento en que aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, precedente que acata esta Sala de Decisión, contenido entre otras en sentencias: **SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803-2021, SL4609-2021, SL755-2022, SL756-2022, SL843-2022, SL1019-2022, SL1055-2022, SL2484-2022, SL4322-2022 y SL1084-2023.**

Sin que con ello se genere enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES o del reclamante, y menos doble condena, ya que se trata de la reivindicación de unas sumas que integran la cotización y que deben dirigirse a la administradora a la que ha pertenecido siempre sin solución de continuidad, máxime que fue la conducta de la AFP la que dio lugar a la ineficacia aquí declarada, por lo que se **confirma** la sentencia revisada en cuanto ordenó a **Porvenir S.A.** restituir a **Colpensiones**, además del saldo obrante en la cuenta de ahorro individual (aportes y rendimientos), y **con cargo a su propio peculio, debidamente indexadas,** las sumas descontadas **por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, adicionando** que al momento del reintegro, se acompañará la relación de conceptos con sus montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

No se está en este caso autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *después de un (1) año de la vigencia de la*

*presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento de la movilidad del Iss al fondo privado, en los términos del literal b) de la misma norma, en concordancia con los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, **decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida**, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la vinculación al régimen público.*

En relación con **las costas**, en las que se incluyen las agencias en derecho, al ser una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción, se traduce en una obligación que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir (auto Sala de Casación laboral Corte Suprema del 24 de enero de 2007, radicado 31.155, reiterado en sentencia SL 5141-2019), por lo que es procedente **confirmar las de primer grado a cargo de la AFP Porvenir S.A.**, y ante el resultado adverso del recurso interpuesto, también se le cargan en esta instancia (art. 365-1 del C. G. del P.). Las agencias en derecho a favor del demandante, se tarifican en la suma de \$1.160.000,00.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **adiciona** la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Francisco Javier Pulgarín Builes**, para indicar al momento de efectuar las **restituciones económicas ordenadas, la AFP Porvenir S.A.**, entregará a **Colpensiones** relación de conceptos discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado

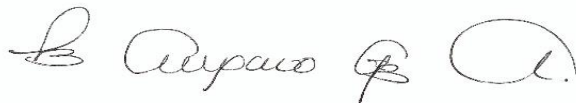
de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En lo demás se confirma.

Costas en esta instancia a cargo de **Porvenir S.A.** a quien se desata adversamente la apelación. Las agencias en derecho a favor del demandante se tarifican en **\$1.160.000,00.**

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO**, que se fijara por **secretaria por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Las magistradas:



LUZ AMPARO GÓMEZ ARITIZABAL



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Aclaración de voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado

Aunque acojo la decisión de la Sala, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría, concentrando el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral de la Alta Corporación (entre muchas, la providencia CSJ STL3201-2020), en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, (que la suscrita integraba) a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga; bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada