



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Decisión No. 161

Medellín, quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022).

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, *"Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones"*, procede a proferir el fallo dentro de este proceso ordinario promovido por promovido por **JOSÉ LEONIDAS MORALES LARA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Radicado N° 05001-31-05-010-2018-00682 00.

A continuación, la Sala, previa deliberación del asunto, según consta en el Acta No. 042 de discusión de proyectos, adoptado por los integrantes de la sala, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE y JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES, quien actúa como magistrado ponente, se procede a proferir la decisión de segunda instancia en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

1.1 DE LOS HECHOS

Expone el demandante que inicio su vida laboral afiliada en el Seguro Social; que posteriormente en el año 1.996 suscribió formulario de afiliación al RAIS con PORVENIR S.A., que a la fecha cuenta con más de 1.611 semanas cotizadas y 60 años de edad; que comenzó a cotizar a pensión en el ISS en el año 1.980; señala que al momento de su traslado le fue proporcionada información sobre una mejor mesada pensional, que el seguro social se iba a acabar, sin que se le diera información alguna sobre las diferencias entre ambos regímenes, con sus respectivas ventajas y desventajas, ni de las condiciones pensionales en cada uno; que en el año 2018 solicitó ante PORVENIR S.A. información sobre su situación pensional, así como una simulación pensional con comparativos entre ambos regímenes, y sobre las asesorías brindadas por el fondo pensional entre otra información, solicitud que fue resuelta por el fondo en el mes de agosto del mismo año; que en septiembre de 2018 solicitó el traslado a COLPENSIONES, requerimiento que le fue negado por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensionarse.

1.2 DE LAS PRETENSIONES

Con base en los hechos expuestos solicita el demandante se declare la ineficacia del traslado efectuado al RAIS que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar todos los aportes realizados junto con los respectivos rendimientos indexados; que se ordene a COLPENSIONES aceptar su traslado y recibir los valores a trasladar. Se condene en costas a las demandadas.

1.3 DE LA RESPUESTA

COLPENSIONES presentó oposición a lo pedido y para su defensa propuso las excepciones de: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE ACEPTAR EL TRASLADO DEL DEMANDANTE A COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS, BUENA FE DE COLPENSIONES, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR PENSIÓN DE VEJEZ, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INDEXACIÓN E INTERESES MORATORIOS.

Por su parte el abogado de PORVENIR S.A. presentó oposición a lo pedido y formuló las excepciones de: PRESCRIPCIÓN, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR

E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES LABORALES DE TRACTO SUCESIVO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, INNOMINADA O GENÉRICA.

1.4 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, el día 22 de abril de 2021, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación del señor JOSÉ LEONIDAS MORALES LARA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.; CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar las cotizaciones con los rendimientos sin descuentos de ningún tipo y a COLPENSIONES a recibirlos; COSTAS a cargo de la accionada privada.

1.5 IMPUGNACIÓN

Interpuso recurso de alzada la apoderada judicial de COLPENSIONES, manifestando oposición frente a la sentencia de primera instancia por no ordenarse los descuentos en los valores a trasladar, correspondientes a los gastos de administración, fondo de garantía de pensión mínima y cuotas de seguro, todo debidamente indexado; para lo cual citó jurisprudencia al respecto de acuerdo con la cual al ordenar el traslado consecuencia de una ineficacia debe hacerse con todos los valores en pro de mantener la sostenibilidad financiera del sistema, por tratarse de personas próximas a pensionarse.

Por su parte el apoderado de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada y se absuelva de las pretensiones a su representada, para lo cual manifestó que no es acorde a derecho la sentencia en tanto que no se probó por la parte demandante el argumento esbozado, que fue el incumplimiento del deber de información, al no allegar el demandante ningún documento o prueba de dicho incumplimiento, realizando el despacho un traslado de la carga de la prueba que para el caso no era procedente.

Señalo igualmente que el demandante al momento del traslado el mismo se encontraba en pleno uso de sus facultades cognitivas siendo el traslado hecho de manera libre y voluntaria; de igual manera que no existe soporte documental de la asesoría al momento del traslado por haberse realizado la

misma de manera verbal , así mismo manifiesta que no existe vulneración al derecho a la seguridad social del demandante solo porque las condiciones pensionales de cada régimen son diferentes, en la medida en que en RAIS también puede acceder al derecho pensional, siendo la verdadera razón de su traslado una diferencia económica entre las mesadas en ambos regímenes.

Concluye con que no hay lugar a condenar a Porvenir a la devolución de unos rendimientos que fueron generados por la vinculación al RAIS, porque de encontrarse afiliado a COLPENSIONES sin solución de continuidad, no habría lugar a dichos rendimientos.

1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término oportuno anexó alegatos el apoderado COLPENSIONES solicitando se modifique la sentencia de primera instancia para lo cual argumento que en el proceso no fue probado por el demandante la falta al deber de información, realizándose una inversión de la carga de la prueba que resulta desproporcional para las administradoras; igualmente que frente al deber de información que este tuvo un incremento progresivo a lo largo de los años, por lo que para el momento del traslado el consentimiento plasmado en el formulario era suficiente para demostrar la voluntad de trasladarse de manera libre por parte del afiliado, y que la orden de trasladar al demandante es un atentado contra el principio de sostenibilidad financiera, que afecta todo el sistema de pensiones.

Finaliza solicitando que de confirmarse la sentencia se modifique la orden de no realizar descuentos y en su lugar se ordene trasladar todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual debidamente indexados.

2. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, advirtiendo que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el estudio del fallo recurrido se limitará a los puntos de inconformidad, así mismo, se hará un

estudio de manera general por el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

2.1 PROBLEMA JURÍDICO.

Esta Sala se ocupará de analizar, si hay cabida a la declaratoria de la ineficacia del traslado del demandante JOSÉ LEONIDAS MORALES LARA al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, con el consecuente regreso al régimen de Prima media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, trasladando todos los valores que integran la cuenta de ahorro individual.

2.2 HECHOS PROBADOS

Que el señor JOSÉ LEONIDAS MORALES LARA nació el 13 de mayo de 1.958, como se colige del registro civil de nacimiento y de la fotocopia de la cédula de ciudadanía que reposan en el archivo (01ExpedienteOrdinario– fls. 152 - 153); que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del ISS en diciembre de 1.980, como se aprecia en las historias laborales insertas (01ExpedienteOrdinario– fls.107); que en el año 1.996 suscribió formulario de afiliación en PORVENIR S.A., fondo en que se encuentra afiliado en la actualidad (01ExpedienteOrdinario– fls. 59 - 243); que el 25 de septiembre de 2.017, el accionante presentó solicitud de traslado ante COLPENSIONES, siendo esta rechazada por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensionarse (01ExpedienteOrdinario– fls. 117 - 118); que el actor elevó derecho de petición al fondo privado en aras de que le fuera suministrada información sobre su situación pensional, la asesoría que se le había brindado al momento del traslado, entre otra documentación, dando respuesta el fondo el día 06 de agosto de 2018, suministrando alguno de los documentos requeridos y efectuándole la simulación pensional determinándose que su mesada en el RAIS a los 62 años de continuar cotizando sería de \$1 ´ 274.700, mientras que en el RPMPD a la misma edad sería de \$2´121.800 (01ExpedienteOrdinario– fls. 49 - 150).

2.3 MARCO NORMATIVO

Como el argumento esbozado por el demandante como fuente de su derecho es el de la indebida información, debemos señalar que a lo largo de los años se ha pronunciado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia sobre este particular, trayéndose a colación las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas; del 22 de noviembre de 2011, radicación 33.083, del 03 de septiembre de 2014, radicación 46.292, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y 03 de abril de 2019, radicación No. 68852, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, exponiéndose en esta última lo siguiente:

*"En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito." (CSJ SL12136-2014)."*

Así que PORVENIR S.A., por contar con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, tenía la obligación de brindar una asesoría personalizada y completa, analizando las circunstancias particulares del caso, debiéndose informar al actor entre otras cosas, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual, el número de beneficiarios y la edad de los mismos; la posible redención del bono pensional; la densidad y constancia de los aportes; y que si no se completa el suficiente capital para obtener, por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo legal vigente, a la fecha de expedición de dicha ley actualizado con el IPC), debe seguir cotizando; la existencia de diferentes modalidades pensionales, como efectuar las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios futuros de ambas opciones y otras tantas observaciones indispensables para la ilustración debida del usuario, reiterándose que la labor del funcionario del fondo privado, al realizar el traslado, debe trascender al "DEBER DEL BUEN CONSEJO" como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, pues tratándose la función de las administradoras de pensiones privadas de un servicio público a luz del artículo 48 superior, y atendiendo a la sensibilidad social de su rol,

se exige de estas un papel activo en la asesoría, mostrándole al afiliado en detalle las ventajas y desventajas del traslado, a fin de que dicha decisión sea realmente pensada, libre y voluntaria, siendo explicado en la línea de la jurisprudencia especializada, citándose la SL1688-2019 y SL2030-2019, que no basta la simple suscripción de un formulario, ni completar espacios vacíos, ni una simple expresión genérica de las condiciones pensionales, pues lo que se echa de menos es el no brindarse una información clara, precisa, comprensible y específica para el caso particular de cada afiliado a fin de que conozca de la mejor manera posible su situación ante el sistema y de esa manera migre al RAIS con plena conciencia de las implicaciones de su decisión.

Y ese deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones es ineludible y se impone desde su creación, solo que sus parámetros e intensidad de exigencia dependen de la fecha en que se haya dado la afiliación, por lo que no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, sino que los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, prudencia y pericia, dentro de las cuales se debe entender: *la transparencia, vigilancia, y la información*. Esto, según lo ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas, sino también a las *que emanan de la naturaleza de la obligación*.

2.4 CASO EN CONCRETO

2.4.1 INEFICACIA DE AFILIACIÓN O TRASLADOS DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Así las cosas, el fondo privado PORVENIR S.A. tenía la carga de acreditarlo, lo que no hizo, pese a que para estos asuntos la carga de la prueba se invierte, dada la mejor posición para probar de las AFP del RAIS (SL 1452 de 2019), carga que no fue satisfecha por el fondo ya que ninguna prueba se arrimó para demostrarlo, pues tan solo se aportó el formulario de afiliación, con los que igualmente no puede entenderse que la afiliación al régimen de ahorro individual se dio en forma libre, espontánea y sin presiones, porque esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella implica.

Menos puede derivarse el cumplimiento de esa obligación del dicho del actor, pues más que implicar confesión que contraría sus intereses, corrobora el incumplimiento al deber de información debida que correspondía suministrar al Fondo Privado para proceder con el traslado del afiliado y luego en su permanencia en el mismo, pues era responsabilidad de estos tener plena certeza de que el nuevo afiliado hubiera recibido la información correcta y de forma suficiente sobre las ventajas, desventajas y riesgos, teniendo en cuenta lo que implicaba quedarse en este régimen frente a sus derechos pensionales, lo que no puede darse por hecho con la sola firma del formulario donde ninguna advertencia frente a su caso específico puede ser advertido y de los que no se derivan ni siquiera una información generalizada suministrada, lo que da por hecho la omisión de PORVENIR S.A., fondo que más allá de captar afiliados, ningún interés demostraron frente a lograr una afiliación debidamente informada para promover la validez del acto.

Conforme a lo dicho, la Sala concluye que el fondo al suministrar al actor la información errónea u omitir la relevante, lo indujo a tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual, por lo que resulta acertada la declaratoria de la ineficacia de la vinculación al RAIS, debiéndose confirmar en este punto la decisión.

La anterior declaración de la ineficacia del traslado, da lugar al regreso automático del actor al régimen de prima media con prestación definida, retrotrayendo la situación al estado de cosas iniciales, siendo dable afirmar que la afiliación del señor Morales Lara a COLPENSIONES nunca tuvo solución de continuidad.

Acorde con ello, al ser COLPENSIONES la administradora de pensiones que eventualmente tendrá a su cargo el reconocimiento de las prestaciones que puedan causarse en favor del accionante, se tiene que la orden impartida en lo que atañe a recibir todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a la que pudiera tener derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida; debiendo precisarse que el traslado debe incluir todos los valores recibidos por PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación del demandante, como: Cotizaciones, descuentos de la garantía de pensión

mínima, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos sin deducción alguna, acorde a lo que dispone el artículo 1746 del Código Civil, debiéndose modificar este punto.

Ahora en lo que corresponde a la indexación de las condenas, tenemos que este tema no fue analizado por el juez de primera instancia, sin embargo, fue recurrido por la abogada de COLPENSIONES, así que esta Corporación ciñéndose a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, procede a ordenar la indexación de los descuentos de la garantía de pensión mínima, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deben ser devueltos debidamente indexados a favor de COLPENSIONES y a cargo de los recursos propios del fondo privado. Al respecto traemos a colación la sentencia 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.

En consecuencia, al resolver la consulta a favor de COLPENSIONES habrá de adicionarse el numeral primero del fallo del a quo, en el sentido de que PROTECCIÓN S.A. deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y 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..."

Y es que la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), y de tal modo, las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, se ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones 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, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir

el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2877-2020, SL3199-2021, SL 4652-2021).

Con ello, se busca no afectar financieramente el régimen de prima media con prestación definida, además de que la H. Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación Laboral ha dispuesto que *“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales **serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio**, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*(SL4426-2021) (Negrilla de Sala), argumentos que conllevan a desestimar el recurso del apoderado del fondo privado, debiendo precisarse que las primas de seguros previsionales y los descuentos por cuotas de administración, también deben ser devueltas con cargo a los propios recursos de la AFP privada, pues aun cuando fueron entregados a terceros que los recibieron de buena fe y en el período de afiliación el demandante estuvo cubierta para los riesgos de invalidez y muerte, no son las aseguradoras quienes asumen su reconocimiento por ser claramente terceros ajenos al acto viciado, sino que ello recae en la AFP que incurrió en la omisión y se abstuvo de dar cumplimiento a sus deberes de información frente a los afiliados.

2.4.2 EXCEPCIÓN DE 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.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y revisada en consulta, se modificará y confirmará parcialmente.

Costas de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor del demandante. Se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1'000.000.

3.FALLO DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

PRIMERO: SE **MODIFICA** el numeral SEGUNDO ordenando a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, devolver a COLPENSIONES 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.

SEGUNDO: En lo demás se CONFIRMA la sentencia apelada y revisada en el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: COSTAS de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor del demandante. Se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1'000.000.

Lo decidido se notifica en EDICTO.

Los magistrados,



JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE