



## **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

Decisión No. 185

Medellín, nueve (09) de agosto de dos mil veintidós (2022).

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, procede a proferir el fallo dentro de este proceso ordinario promovido por **OLGA LUCÍA MONTOYA GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** Radicado N° 05001-31-05-005-2021-00052 01.

A continuación, la Sala, previa deliberación del asunto, según consta en el Acta No. 049 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 la demandante que nació el 13 de agosto de 1.967; que comenzó sus cotizaciones en pensiones en el ISS en el año 1.996; que en el año 1.998 suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por PORVENIR S.A.; trasladándose posteriormente en el año 2.010 a COLFONDOS S.A., donde

estuvo afiliada hasta el año 2.012, cuanto retorno a PORVENIR S.A.; señala que al momento de su traslado no le fue proporcionada información alguna sobre las diferencias entre ambos regímenes, con sus respectivas ventajas y desventajas, ni de las condiciones pensionales en cada uno; que en noviembre de 2.020 presentó derechos de petición ante PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. solicitando información sobre la asesoría brindada al momento del traslado, dando respuesta ambos fondos indicando que las asesorías fueron realizadas de manera verbal sin que se cuente con soporte escrito diferente al formulario de afiliación; igualmente cuenta que en misma data presentó solicitud de traslado ante COLPENSIONES dando respuesta de manera negativa la entidad, por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensionarse.

## **1.2 DE LAS PRETENSIONES**

Con base en los hechos expuestos solicita la demandante se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado al RAIS a través de distintas administradoras; que se declare válida y vigente su afiliación al RPMPD así como que PORVENIR S.A. debe trasladar todos los aportes que recibió a COLPENSIONES; que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar todos los aportes realizados junto con los respectivos rendimientos; que se ordene a COLPENSIONES aceptar su traslado y recibir los valores trasladados. Lo que ultra y extra petita resulte probado, junto con las costas procesales a cargo de las demandadas.

## **1.3 DE LA RESPUESTA**

COLPENSIONES presentó oposición a lo pedido y para su defensa propuso las excepciones de: CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN-SEGUROS PREVISIONALES-COMISIONES. INDEXADOS, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, COMPENSACIÓN, GENÉRICA.

Por su parte el abogado de COLFONDOS S.A. presentó oposición a lo pedido y formuló las excepciones de: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO, VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A., PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO.

El abogado de PORVENIR S.A. presentó oposición a lo pedido y formuló las excepciones de: PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, COMPENSACIÓN Y LA GENÉRICA.

#### **1.4 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

EL JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, el día 27 de septiembre de 2021, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la señora OLGA LUCÍA MONTOYA GÓMEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad; CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladarla al RPMPD administrado por COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los frutos, rendimientos e intereses, las cuotas de administración, las cuotas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima y a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES las comisiones de administración, las cuotas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados; y a COLPENSIONES a recibir los valores a trasladar; COSTAS a cargo de las accionadas privadas.

#### **1.5 IMPUGNACIÓN**

Interpuso recurso de alzada la apoderada COLFONDOS S.A. frente a la orden a trasladar los recursos a COLPENSIONES para lo cual argumento que esos recursos ya fueron trasladados al fondo donde se encuentra afiliada actualmente la actora, lo que generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, al igual que es desproporcionado ordenar indexar los valores porque la pérdida del poder adquisitivo del dinero se compensa con los rendimientos.

Por su parte el apoderado de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación en contra de la totalidad de la sentencia, para lo cual argumento que no le asiste razón al fallador en declarar la ineficacia por una supuesta indebida

información, a sabiendas que su representada en todo momento se ha ceñido a las disposiciones normativas que le son aplicables, y de acuerdo con las cuales es válido el consentimiento con la sola firma del formulario de afiliación ; igualmente manifestó oposición a la orden de trasladar los rendimientos, ya que si las cosas retornan a su estado anterior estos rendimientos no se hubieran generado, así que devolver los mismos genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, por lo que solicita que se revoque la sentencia y se absuelva a la administradora.

## **1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Allego alegatos el apoderado de PORVENIR S.A. reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Igualmente dentro del término oportuno anexó alegatos la apoderada de COLPENSIONES solicitando se modifique la sentencia de primera instancia, indicando que la afiliada se encuentra inmersa en una prohibición legal de trasladarse, por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensionarse, que en el proceso no fue probado por la demandante la falta al deber de información, realizándose una inversión de la carga de la prueba que resulta desproporcional para las administradoras, debiéndose tener en cuenta además que la demandante no cumple con los presupuestos para que se pueda predicar un vicio en el consentimiento al tratarse de una persona plenamente capaz. Por lo anterior solicita que se revoque la sentencia o subsidiariamente se ordene trasladar todos los conceptos debidamente indexados.

## **2. CONSIDERACIONES**

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., advirtiéndole 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 de la demandante OLGA LUCÍA MONTOYA GÓMEZ 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 la señora OLGA LUCÍA MONTOYA GÓMEZ nació el 13 de agosto de 1.967, como se colige de la fotocopia de la cédula de ciudadanía que reposa en el archivo (03DemandaAnexos- fls 116); que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del ISS en octubre de 1.996, como se aprecia en las historias laborales insertas (Exp. Admi GRP-SCH-HL-66554443332211- fls. 1 - 5); que el 26 de marzo de 1.998 suscribió formulario de afiliación en PORVENIR S.A.; más adelante el 29 de junio de 2.001 se afilió al BBVA HORIZONTE S.A. (24PorvenirSubsanaContestación- fls 86 - 87); luego se trasladó a COLFONDOS S.A. en el año 2.009 (03DemandaAnexos- fls 124, 19. ContestaciónColfondos fls. 98); y finalmente el 20 de septiembre de 2.012 se trasladó de nuevo al BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. fondo en el que se encuentra afiliada en la actualidad (24PorvenirSubsanaContestación- fls 88, 138 - 158); que el 12 de noviembre de 2.020, la accionante elevó derecho de petición ante COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. en aras de que le fuera proporcionada información referente a la asesoría brindada al momento del traslado, así como algunas simulaciones pensionales y el traslado al régimen de prima media (03DemandaAnexos- fls 117 - 120, 125 - 128); solicitud que fue resuelta por COLFONDOS S.A. el 25 de noviembre de la misma anualidad, indicando que el único soporte documental con respecto a la asesoría corresponde al formulario de afiliación (03DemandaAnexos- fls 121 - 123); por su parte PORVENIR S.A. dio respuesta el 07 de diciembre de 2.020 indicando que solo contaba con el formulario de afiliación, en cuanto a la proyección pensional le informó que a los 57 años correspondería a \$877.803 (03DemandaAnexos- fls 129 - 135, 24PorvenirSubsanaContestación- fls 160 - 167); que el 12 de noviembre de 2.020 la accionante presentó solicitud de traslado ante COLPENSIONES, siendo esta rechazada por

haberse realizado el traslado de manera libre y voluntaria al RAIS (03DemandaAnexos- fls 170 - 178).

## 2.3 MARCO NORMATIVO

Como el argumento esbozado por la 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. y COLFONDOS S.A., por contar con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, tenían la obligación de brindar una asesoría personalizada y completa, analizando las circunstancias particulares del caso, debiéndose informar a la actora 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 de la usuaria, 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 afiliada 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, los Fondos privados PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. tenían la carga de acreditarlo, lo que no hicieron, 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 los fondos 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 de la actora, pues más que implicar confesión que contraría sus intereses, corrobora el incumplimiento al deber de información debida que correspondía suministrar a los Fondos Privados para proceder con el traslado de la afiliada y luego en su permanencia en el mismo, pues era responsabilidad de estos tener plena certeza de que la nueva afiliada 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. y COLFONDOS S.A., fondos 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 a la actora la información errónea u omitir la relevante, la 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 de la actora al régimen de prima media con prestación definida, retrotrayendo la situación al estado de cosas iniciales, siendo dable afirmar que la afiliación de la señora Montoya Gómez 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 de la 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 la 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. y COLFONDOS 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, tal y como dispuso el juez de instancia.

Ahora en lo que corresponde a la indexación de las condenas, tenemos que este tema tal y como fue analizado por el juez de primera instancia, esta Corporación ciñéndose a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, confirma la orden de 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 de los apoderados de los fondos privados y a confirmar en este punto la sentencia apelada, 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 confirmará íntegramente.

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

### 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: CONFIRMA ÍNTEGRAMENTE** la sentencia apelada y revisada en el grado jurisdiccional de consulta.

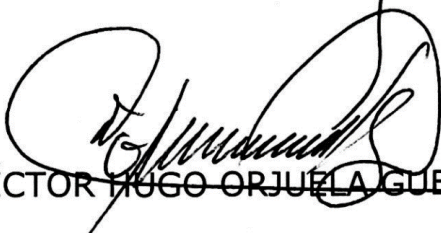
**SEGUNDO:** Costas de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. y a favor del demandante. Se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1'000.000, a cargo de cada una de las accionadas.

Lo decidido se notifica por EDICTO.

Los Magistrados,



JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE