

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL**



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Radicación:	05001310500120200026001
Proceso:	Ordinario
Demandante:	JAVIER ANTONIO GARCIA CASTAÑEDA
Demandado:	PORVENIR S.A., COLPENSIONES
M. P.	MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo:	27/01/2023
Decisión:	CONFIRMA Y ADICIONA

El presente edicto se fija por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 30/01/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	JAVIER ANTONIO GARCIA CASTAÑEDA
DEMANDADAS	PORVENIR S.A., y COLPENSIONES
ORIGEN	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05-001-2020-00260-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Apelación y consulta
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

En la fecha señalada, la Sala Sexta de decisión Laboral, integrada por los Magistrados ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y la Ponente MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del art. 13 de la Ley 2213 de 2022 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JAVIER ANTONIO GARCIA CASTAÑEDA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A.

En atención al certificado de existencia y representación de la Sociedad Godoy Córdoba Abogados S.A.S.¹ aportado vía electrónica el 09 de septiembre de 2022² se le reconoce personería al abogado Octavio Andrés Castillo Ocampo, identificada con la CC 1.017.151.267 y portadora de la TP 380.131 del C. S de la J., en calidad de apodera inscrito en el Certificado de Existencia y Representación.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda³

Javier Antonio García Castañeda formula demanda contra Colpensiones y Porvenir S.A, pretendiendo se declare: **i)** la nulidad del traslado a la AFP Porvenir S.A. por existir vicio en el consentimiento, **ii)** que se declare valida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida, **iii)** que se declare que Porvenir S.A. está obligada a devolver los aportes a Colpensiones sin cobros por administración. Como consecuencia de lo anterior, se condene a **iv)** Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes que realizó el demandante al Régimen de Ahorro Individual, incluidos los rendimientos y sin cuotas de administración, **v)** a Colpensiones a

¹ 02SegundaInstancia, archivo 05AlegatosPorvenir, pág. 54/71

² 02SegundaInstancia archivo 06SustitucionColpensiones.pdf

³ 01PrimeraInstancia; 01Demanda, archivo 03Demanda.pdf

tener como válida, vigente y continua la afiliación del demandante al Régimen de Prestación Definida Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad **vi)** a las demandadas a lo ultra y extra petita y **vii)** se condene en costas a las demandadas.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 23 de agosto de 1954 e inició sus cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación definida en el mes de junio de 1976, posteriormente suscribió formulario afiliándose al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en septiembre de 1998, quien actualmente cubre los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Manifiesta que al momento de afiliación al Régimen de Ahorro Individual no obtuvo la suficiente información sobre la liquidación final de la pensión al momento de obtener los requisitos. Indica que una buena asesoría le hubiera evidenciado que le resultaba más beneficioso quedarse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, toda vez que en la asesoría no se tuvo en cuenta las condiciones particulares del demandante, solo informaron la rentabilidad y fluctuaciones que darían lugar a una excelente pensión, lo anterior producto de una campaña comercial para obtener afiliados nuevos.

Indica que al demandante no se le explicó de forma clara y precisa los riesgos y beneficios que corría al estar afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad frente al Régimen de Prima Media, se realizó el traslado sin informar monto de la mesada pensional, ni que la obtención obedecía al capital.

Manifiesta que el 21 de enero de 2020 solicitó el traslado de régimen a Porvenir S.A., el cual fue negado por encontrarse a menos de diez años para cumplir la edad de pensión; también a Colpensiones se solicitó el traslado el 20 de enero de 2020, la cual de igual forma fue despachada desfavorablemente.

Finalmente, indica que en ningún momento se realizó re asesoría, que la administradora omitió el deber de información mínima, manteniendo al demandante en un error. Aporta cuadros de proyecciones realizados al demandante y manifiesta que resulta notorio el detrimento en la mesada que obtendría el afiliado en Porvenir S.A. en comparación con la que le otorgaría el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Oposición a las pretensiones de la demanda

Quienes conforman la pasiva, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, así:

i) Porvenir S.A.⁴

Indica que la demanda está mal encausada al solicitarse la nulidad y no la ineficacia, que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia o nulidad ya que la decisión de traslado fue consciente y espontánea, sin presiones o apremios, ya que recibió suficiente información, el formulario cumplía con los requisitos y se manifestó que el traslado se hacía de forma voluntaria y libre. Expresó que se cumplieron con las obligaciones en materia de información para ese momento, ya que la reclamada en la demanda solo se determinó con posterioridad. El afiliado al hacer uso de la libertad de elección y al llenar el formulario de afiliación, no podía ser rechazado por Porvenir S.A., además de que al momento del traslado contaba con plena capacidad. Por otra parte, manifiesta que el deber de información también radicaba en cabeza del demandante, debiendo actuar con mediana diligencia, además de que a este se le informó la incidencia del traslado en el régimen de transición y contó con múltiples oportunidades para trasladarse de régimen, sin hacerlo. Así mismo,

⁴ 01PrimeralInstancia; 11ContestacionPorvenir, archivo 02Contestacion.pdf

indica que no existe norma que establezca la ineficacia del traslado por ausencia de información y la afiliación no es una relación contractual, por lo que no existe posición dominante de la AFP. Finalmente, manifiesta que la acción para solicitar la nulidad o ineficacia de traslado se encuentra prescrita.

Excepcionó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe.

ii) Colpensiones⁵

Manifiesta que el accionante realizó válidamente su traslado al RAIS, estando en la prohibición de regresarse por faltarle menos de 10 años para el cumplimiento de la edad. Manifiesta que la solicitud realizada por el accionante se hizo de forma directa y voluntaria en ejercicio del derecho a la libre escogencia consagrado en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, literal b) tampoco se han probado los vicios de consentimiento que se señalan.

Excepcionó: inexistencia de presupuestos legales para decretar la ineficacia o nulidad del traslado de régimen, prescripción, compensación indexada y buena fe.

Sentencia de primera instancia⁶

El 24 de marzo de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín declaró ineficaz la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, administrado por la AFP Porvenir S. A., indicó que el demandante queda automáticamente afiliado a Colpensiones sin solución de continuidad. Ordenó a Porvenir trasladar el saldo total existente en la Cuenta de Ahorro Individual del Demandante a Colpensiones, incluyendo aportes y rendimientos según lo previsto en la ley 100 de 1993. Deberá Porvenir trasladar los descuentos que efectuó para garantía de pensión mínima, sumas de administración y los seguros previsionales. Ordenó la indexación de las sumas a trasladar a Colpensiones. Declaró la improsperidad de la excepción de prescripción, las demás se resolvieron implícitamente. Condenó en Costas a Porvenir S.A. y fijó la suma de \$3`000.000.00. Exoneró a Colpensiones del pago de costas.

Para fundamentar lo decidido, la juez de primera instancia acudió al precedente jurisprudencial vigente en la materia y señaló que a Porvenir S.A. le correspondía demostrar que brindó al demandante la información necesaria en cuanto a las características de ambos regímenes, sus efectos y riesgos, carga probatoria con la que no cumplió. Frente al formulario de afiliación, manifiesta que este no es prueba del cumplimiento del deber de información en razón de los datos que contiene que son los laborales, personales y de beneficiarios, y que éste prueba un consentimiento, pero no un consentimiento informado.

Concluye en que el demandante no recibió la debida asesoría con el fin de dotar de eficacia la decisión de trasladarse de régimen pensional, lo que deriva en la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Recurso de apelación

- i) **Porvenir S.A.:** Inconforme con la sentencia de instancia, solicitó su revocatoria argumentando que la afiliación se dio de forma libre, voluntaria e informada, lo cual se prueba con el formulario de afiliación, el cual cumplía con los requisitos legales vigentes para ese momento. Afirma que no puede impedir la afiliación del demandante, además de que al permanecer durante varios años en el Régimen

⁵ 01PrimeraInstancia; archivo 10ContestacionColpensiones, 02Contestacion.pdf

⁶ 01PrimeraInstancia; 17ActaAudienciaCompleta

de Ahorro Individual con Solidaridad, el actor ratificó su decisión de pertenecer a dicho régimen. Indica que el único motivo del demandante para regresar a Colpensiones es el económico, lo que no es óbice para entender una falta de información. Manifiesta que los rendimientos y los aportes cumplían con un mínimo, así no se consiga la mesada que el demandante pretendía. Finaliza afirmando que se ha brindado una constante comunicación con el demandante por medio de historias laborales y canales como las oficinas y líneas telefónicas. Ahora, indica que para la época de la afiliación solo se le exigía al fondo guardar el formulario de afiliación, no se le exigía guardar más soportes documentales, por lo que no se encuentra en una mejor posición para probar. Solicita que en caso de declararse la ineficacia del traslado, que no se condene a trasladar lo relacionado con el artículo 20 de la ley 100 de 1993, al realizarse los descuentos bajo la normatividad legal.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Concedido el traslado para alegar de conclusión **Colpensiones⁷ y Porvenir S.A.⁸** lo recorrieron oportunamente, mientras que la parte demandante se abstuvo de remitir escrito alguno.

Colpensiones indica que se presenta la imposibilidad de traslado toda vez que al demandante le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima para pensión de vejez. Ahora, manifiesta que no se debe asumir y habilitar en estos procesos la actitud pasiva de un afiliado respecto a movimientos, rendimientos y utilidades de su dinero, máxime en un derecho como es la pensión, no se puede pretender obtener información muchos años después y la disparidad de cifras no es habilitante para que prospere una demanda de nulidad o ineficacia. Solicita que en caso de que la sentencia sea condenatoria, se trasladen todos los conceptos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, cuotas de administración indexadas, gastos de administración y aportes a garantía de pensión mínima, adicionando primas de los seguros, de reaseguros, frutos e intereses y aportes al fondo de solidaridad debidamente indexadas. Solicita que se revoque la sentencia íntegramente, ordenando la permanencia del afiliado al RAIS y que se reconozca la pensión de vejez en el RPM en iguales condiciones que Colpensiones a título de perjuicios. Subsidiariamente, solicita que se indexen todos los valores ordenados en primera instancia.

Porvenir S.A. niega la existencia de razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, pues la decisión fue espontánea, sin presiones o apremios, se cumplió con el deber de información establecido para la época y el demandante pudo trasladarse sin hacerlo, por lo que concluye que este siempre mantuvo un interés por mantenerse en el RAIS. Manifiesta que el interés del demandante en trasladarse es económico, por lo que al no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño. Afirma que al momento del traslado del demandante, no era una obligación vigente tener los documentos que acreditaran la entrega de información, la misma surgió en el 2016. La obligación de buen consejo, la doble asesoría surgió en 2010 y 2014 sin que se puedan aplicar de forma retroactivo.

Por otra parte, solicita negar el traslado de los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima cuotas de administración y seguros provisionales, los cuales tienen por mandato legal una destinación específica, han cumplido su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP. Frente a la condena en costas, indica que siempre obró con buena

⁷ 02SegundaInstancia, archivo 06AlegatosColpensiones.pdf

⁸ 02SegundaInstancia, archivo 05AlegatosPorvenir.pdf

fe objetiva, cumpliendo las obligaciones legales para la época del traslado y buscando el beneficio de la parte demandante, por lo que la misma no es procedente.

II. SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia de la Sala está dada por los artículos 66, 66A del CPTSS, respecto de los puntos objeto de apelación. Igualmente se surte el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones conforme al artículo 69 del CPTSS modificado por la Ley 1149 de 2007, y en acatamiento de la decisión de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia de radicado 7382 de 2015.

Examinados los hechos y pretensiones de la demanda, así como la oposición formulada por las demandadas, y los argumentos de la decisión de primera instancia, interpreta la Sala, que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar: **a)** la viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS; de ser afirmativa la respuesta, **b)** se precisarán las consecuencias de dicha declaración, como el que su afiliación al RPM se considere sin solución de continuidad, así como lo concerniente a los conceptos que deben trasladarse desde la AFP del RAIS hacia Colpensiones.

Lo anterior, dado que el fundamento fáctico de las pretensiones de la demanda es el incumplimiento del deber legal de información por parte de las administradoras, lo que al tenor del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ocasionaría no la nulidad, si no la ineficacia del acto jurídico.

Hechos relevantes probados documentalmente

Javier Antonio García Castañeda nació el 23 de agosto de 1954⁹. Inició su vida laboral en el régimen de prima media en 1976 de manera discontinua. Al iniciar para él régimen de seguridad social en pensiones en junio de 1995, ya había cumplido 40 años de edad¹⁰. y tenido vinculaciones en el servicio de salud departamental. Estando afiliado al ISS y por edad con derecho al régimen de transición en vejez, suscribió formulario de afiliación a Horizonte Pensiones y Cesantías el 10 de septiembre de 1998¹¹. El 01 de enero de 2014 se hizo efectiva la cesión por fusión de Horizonte a Porvenir¹². Solicitó a Porvenir traslado del RAIS al RPM el 21 de enero de 2020, el cual fue resuelto negativamente el 07 de febrero de 2020¹³. De igual forma, solicitó traslado a Colpensiones, también resuelto el 20 de enero de 2020. Al 07/02/2020 el demandante tiene 815.5 semanas cotizadas a Porvenir S.A., 8.5 de traslado de aportes efectuados al ISS y 272.4 por servicio en entidades de servicio de salud territorial, válidas para bono¹⁴, para un total de 1096 semanas en la fecha de expedición de esa historia.¹⁵

⁹ 01PrimeralInstancia; 01 Demanda, Archivo 03Demanda.pdf

¹⁰ 01PrimeralInstancia; 01 Demanda, Archivo 03Demanda.pdf

¹¹ 01PrimeralInstancia, 11ContestacionPorvenir, Archivo02Contestacion Pag 26

¹² Ibidem, Fl. 24

¹³ 01PrimeralInstancia; 01 Demanda, Archivo 03Demanda.pdf

¹⁴ 01PrimeralInstancia, 11ContestacionPorvenir, Archivo02Contestacion Fl. 21 Refiere a 410.71 semanas. Y en folio 23 hay descripción de errores.

¹⁵ 01PrimeralInstancia, 11ContestacionPorvenir, Archivo02Contestacion Pag 27 y ss

a) Viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS.

Con la finalidad de determinar la eficacia o ineficacia de la afiliación al RAIS por parte del demandante, es menester acudir a los siguientes preceptos normativos que regulan la materia:

i) Los artículos 48, 53, 335¹⁶ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁷, 3, 4, 10, 12, 13 literal b, Inciso 3º del Literal c) del artículo 60, 90, 97, 271; iii) Artículo 4 y demás normas concordantes del Decreto 656 de 1994¹⁸; iv) Decreto 692 de 1994; v) El Decreto 663 de 1993, cuyo artículo 72 en su literal f) adicionado por el art. 12 de la Ley 795 de 2003, contiene prohibiciones expresas¹⁹ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994²⁰.

Adicionalmente es pertinente hacer un breve recuento de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que estructura el tema, y está contenida en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2877, SL4811 de 2020, y SL1217, SL782 de 2021, basada en la necesidad de determinar si en cada asunto concreto, la AFP receptora de la afiliación satisfizo tanto para ese momento, como durante la vigencia de la relación con quien demanda la ineficacia, la obligación consagrada en el numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP desde su creación, de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen”*. No pudiéndose predicar como sostiene la pasiva, ni la Superintendencia Financiera que, la existencia del deber de asesoría, solo se originó desde la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Advierte esa alta Corporación de Justicia sobre la necesidad de que la decisión del traslado de Régimen esté precedida de toda información relevante que el Fondo de pensiones

¹⁶ Las actividades que desarrollan las AFP al tenor del **artículo 335 de la CN.**, son de interés público y su ejercicio está reglamentado por la ley, en razón de la función que desempeñan.

¹⁷ Consagró el artículo primero de esa ley 100, como objeto del aludido sistema: *garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad “para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan.”*

¹⁸ Conforme al **artículo 4** y demás normas concordantes del **Decreto 656 de 1994**, las administradoras se sitúan en el ámbito de la **responsabilidad profesional**, que **las obliga a prestar de manera eficiente, eficaz y oportuna los servicios** inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, considerados idóneos por sus conocimientos técnicos especializados y experiencia en compleja materia financiera, para garantizar derechos de sus asegurados; tal responsabilidad se mide con mayor rigor que el utilizado frente a las obligaciones entre particulares, en razón a la delegación del servicio público de seguridad social en pensiones que asumen en el RAIS, sostiene la SCL de la H. Corte Suprema

¹⁹ **Se les prohíbe: “No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”.**

²⁰ Norma reglamentaria de los arts. 105 y parcialmente del 287 de la ley 100 de 1993 en cuanto al régimen de promoción y de responsabilidad de las sociedades AFP. disponiendo en el inciso final del artículo 4: QUE LAS ACTUACIONES DE LOS VENDEDORES EN EL EJERCICIO DE SU ACTIVIDAD OBLIGAN A LAS AFP, respecto de la cual se hubiere promovido la respectiva vinculación, es decir, comprometen la responsabilidad de éstas como establece su art. 10 y precisa en el art. 12 que tales promotores deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante la vinculación, y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

proporcione a quien pretenda afiliarse, la cual debe ser suficiente, completa y clara sobre las implicaciones que le conllevaría dejar el anterior Régimen y sus posibles consecuencias futuras. Pues, conforme al Estatuto Financiero de la época en los Artículos 97 y siguientes, consagró que las administradas debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, los siguientes:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) La información debe ser completa y comprensible. y,
- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Si bien los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esa circunstancia, por ser determinante en ello, la falta de información al afiliado.

Múltiples Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín han considerado que, si bien los casos concretos abordados por la H. Corte Suprema de Justicia, refieren a personas que fueron beneficiarias del régimen de transición pensional consagrado en el art. 36 de la Ley 100/93, su *ratio decidendi* aplica para quienes se afilian al Sistema Pensional por primera vez o se trasladan entre regímenes en el marco del mismo, enfatizando en la necesidad de demostrar en cada proceso si la AFP suministró, a quien una vez fuera su potencial afiliado, *información clara, completa, suficiente*, en términos de transparencia y eficiencia, a fin de poder concluirse que la decisión adoptada entonces, obedeció a un conocimiento diáfano y preciso, no sólo de lo que se hacía, sino de las consecuencias que se derivarían de la suscripción del formulario de afiliación correspondiente y que por tanto, ese acto jurídico surgió de una real manifestación de voluntad, libre, espontánea y sin presiones.

Lo anterior, tal y como reitera la CSJ en sentencias SL 1688-2019 y 373 de 2020, que radica en la AFP el deber de brindar una información oportuna y adecuada, ello, indiferentemente de si se tiene o no beneficio transicional o si se está próximo a adquirir requisitos para pensionarse, “dado que la omisión al deber de información se predica frente a la validez o no del acto jurídico de traslado.”

Por estas razones, lo argumentado por la pasiva en torno a que la suscripción del formulario acredita la libre e informada manifestación de voluntad del afiliado al momento del traslado, pues ello no constituye razón atendible para exonerar del cumplimiento de sus obligaciones a la Administradora, menos aún, por cuanto, en los asuntos como el presente, no se discute la capacidad jurídica de los celebrantes, ni la licitud de los traslados; se atiende es al hecho de haberse dado el traslado de régimen pensional sin que estuviese precedido de la satisfacción o del cumplimiento del deber de información por parte de la administradora que captó al afiliado.

No son admisibles los argumentos expresados por la pasiva, en cuanto a que, al momento del traslado, éste obedeció a una decisión espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley; se satisfizo el deber de información en los términos exigidos para entonces; situación que tampoco acreditó, limitándose a afirmar que así había ocurrido. El que asevere que han hecho campañas masivas para educar al consumidor financiero y comunicados de prensa informando los cambios normativos o que el deber de información no fue obligatorio sino desde la expedición de la Circular 016 de 2016 o que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones que surgieron en 2014 y 2015, puesto que a la actividad misma de la administradora demandada subyace la obligación desde la creación misma del régimen pensional, de ilustrar suficientemente al potencial afiliado sobre las condiciones de ambos regímenes, su funcionamiento y expectativas, de manera que cada persona adopte una decisión informada y consciente sobre su futuro pensional.

Con independencia de que la afiliación se diera con antelación o en momento posterior a la regulación de deberes del consumidor financiero, las AFP deben, en un acto responsable y comprometido con su función social, dar a conocer a los potenciales afiliados, todas las implicaciones del traslado, como sostuvo la referida Corte en **sentencia SL 4360 de 2019** Radicado 68852.

Sobre la carga dinámica de la prueba ha de indicarse que ésta se radica en cabeza de las AFP que a través de sus agentes propiciaron el traslado de régimen del asegurado, tal y como se aprecia en la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es la AFP a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, al hallarse en mejor posición de ilustrarlo, por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado, además, de estar facultado el fallador por el **artículo 167 del Código General del Proceso**, para distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos de convicción tendientes a esclarecer el objeto del litigio y en asuntos como el que hoy nos ocupa, sin duda quien debe cumplir dicha carga es la AFP del RAIS, por cuanto: i) Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, así como la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le haya entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; ii) Conoce y posee los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada a la afiliada y posibilitó que esta firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

En el sub-lite, se indica que Javier Antonio García Castañeda nació el 23 de agosto de 1954, por lo que, al 1 de abril de 1994, cuando entró en vigencia el SGSSP para él, por ser trabajador dependiente del sector privado, tenía 39 años de edad y no reunía más de 15 años de servicios y/o cotizaciones, por tanto, no fue beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, fue recaudado interrogatorio al demandante, sin que se produjera confesión de su parte, pues en torno a las condiciones presentadas durante su traslado hacia el RAIS, manifestó que le exigieron afiliarse y acudió a una oficina a dar los datos para la afiliación, pero que no le explicaron en que consistía el RAIS, no le explicaron los

requisitos para pensionarse, ni sobre la cuenta de ahorro individual, rendimientos o bono pensional. Tampoco le explicaron que pasaría con los ahorros en caso de fallecer. Finalmente, el demandante indica que su deseo de trasladarse es porque en Colpensiones obtendría una mejor pensión.

Porvenir S.A. no aportó elemento de convicción donde conste cuál fue la asesoría que dice haber brindado al señor García Castañeda, en momento anterior a la suscripción del formulario de afiliación a Horizonte pensiones y Cesantías; siendo esta AFP quien se encargó de tramitar el traslado de régimen pensional, es la llamada a demostrar que ese traslado de régimen no se vio afectado en su eficacia al suministrar la información suficiente, clara, completa al entonces potencial afiliado, pero se abstuvo de presentar elemento de convicción en ese sentido.

En este caso, la pasiva no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar al hoy demandante una oportuna información adecuada, suficiente, cierta y comprensible, en términos de transparencia y eficiencia respecto de la vinculación en los dos regímenes pensionales; ni sobre los beneficios e inconvenientes que le generaría el suscribirse a un régimen o a otro, y en general, las consecuencias del tal afiliación, entre ellas, las modalidades de la pensión, el capital necesario para acceder a la pensión de vejez de manera ordinaria, o anticipada, los componentes y variables para establecer el monto de la prestación económica en el RAIS y su comparativo en el RPM, los requisitos para heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecimiento, el derecho de retracto, las implicaciones de la negociación anticipada del bono pensional, la posibilidad e incluso la necesidad de hacer cotizaciones adicionales, para obtener la prestación de vejez en el RAIS, entre otros aspectos relevantes, para generar en el posible afiliado, verdadero consentimiento plenamente informado y por tanto, libre y voluntario en la selección o traslado de régimen de pensiones, y ese deber de información es exigible en cada etapa de la afiliación y ejecución del acto jurídico, como bien ha aclarado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

De ello no hay elementos de convicción en el plenario, ni siquiera el formulario de afiliación, da fe de ello, por cuanto la demandada solo indica que la misma se hizo de manera libre y voluntaria; sin embargo, en este sentido, las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. conforme al **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado recae en quien debió emplearlo y, ello no se satisface solo con allegar documentos previamente elaborados en los que se limita a llenar espacios en blanco, que suscriben las partes, sino con la evidencia real de que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre, y que la asesoría brindada fue suficiente para la persona. Lo cual, es acorde con lo normado en **los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994**, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, según los cuales, no se trata sólo de completar un formato, ni adherir a una cláusula genérica, sino de haber transmitido elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, sea que estuviere o no la persona en transición.

Los considerandos de esta providencia también sustentan que los actos del demandante posteriores al traslado, como su prolongado silencio, o el sufragar aportes, fueren indicadores de su intención de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual, debiendo recordarse el reiterado precedente de la Sala de Casación Laboral, según el cual, el debate probatorio en los asuntos de ineficacia de traslado se encamina a establecer si, con anterioridad y al momento del acto de traslado, se cumplió el tantas veces nombrado deber de información, **sin considerar los actos posteriores que el afiliado pudiese realizar**, pues la jurisprudencia del órgano de cierre en materia de seguridad social ha dilucidado de manera uniforme que, si la debida asesoría no se brinda con anterioridad y/o al momento de la materialización del traslado, al no cumplir su propósito de generar consentimiento informado para el acto de traslado, se equipara a la ausencia de información (**SL1688-2019, SL2877-2020, SL2937-2021, SL3349-2021**), y adicionalmente, esa falta de información en esta materia, no se convalida por los traslados de administradoras dentro del Régimen de Ahorro Individual (SL3199- 2021).

De ahí que, no procede adoptar el criterio aislado contenido en la providencia **SL2440-2021**²¹, donde una de las Salas de Descongestión de la CSJ., expuso la tesis de los llamados “actos de relacionamiento,” que valga anotar, había formulado la Sala de Casación Laboral permanente en la SL413-2018, en un proceso donde se debatía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, y fue necesario analizar la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional, por cuanto no resultaba diáfano a cuál de los regímenes pertenecía, litigio notoriamente ajeno a los asuntos de ineficacia de traslado de régimen pensional.

Conforme al precedente en cita, acogido por esta Sala, el incumplimiento de las mencionadas obligaciones de información por parte de Porvenir S.A., vulneradora de la libre y voluntaria selección de régimen prevista en el literal b del Artículo 13 de la ley 100 de 1993²² genera consecuentemente la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, como repuesta jurídica a la transgresión de ese deber legal y ello implica que, el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado en **sentencia SL4360 de 2019**, concluyendo en que: “la sanción impuesta en el artículo 271²³ de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado”, lo cual, da lugar a garantizar el derecho de la accionante a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES y a declarar que ha permanecido afiliada, sin solución de continuidad, lo que conlleva a la reactivación de su respectiva afiliación en este último régimen.

Finalmente, si bien Porvenir afirma que el único motivo por el cual el demandante desea regresar a Colpensiones mediante este proceso, obedece a un motivo económico lo cual no

²¹ por la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral

²² **13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.** El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

²³ El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud¹ en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.

puede ser un óbice para entender una falta de información, en el escrito de demandando se afirma que la suscripción del formulario de afiliación con destino al RAIS, no contó con una información veraz y oportuna, carga de la prueba que no satisfizo Porvenir S.A. con las pruebas allegadas al proceso.

Tales motivaciones permiten **confirmar** en ese aspecto la sentencia conocida en apelación y consulta.

b) Consecuencias de la declaratoria de ineficacia

Atendiendo al principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, con el fin de que COLPENSIONES cuente con los recursos necesarios, y fundamentalmente se garantice la no afectación financiera del régimen de prima media, y pueda satisfacer las prestaciones que se generen a su cargo, producto de la declaratoria de ineficacia, todos los recursos recibidos con motivo de la afiliación al régimen de Ahorro Individual, deben trasladarse a la administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto, tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, dado que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional se cubren las prestaciones causadas. Además de ser menester que, por efecto de la declaratoria de la ineficacia en asuntos como el abordado en este proceso, la parte beneficiada económicamente con el acto ineficaz por omisión del deber de información garantice que el patrimonio de la persona inducida a la afiliación no sufra deterioro, y pueda disfrutar de las prestaciones del RPM, como si hubiera permanecido en él, como ha dilucidado el precedente jurisprudencial de la H CSJ en SCL., que esta Sala acoge

Bajo las referidas premisas, se **confirmarán, y adicionarán** las órdenes impartidas a **Porvenir S.A.** desde la primera instancia, en el sentido que esta AFP del RAIS, dentro de los **30 días siguientes a la ejecutoria** de la presente providencia, no solo debe trasladar a COLPENSIONES **la totalidad** de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros que se han generado durante todo el tiempo en que el hoy demandante figuró como afiliado al RAIS.

Porvenir S.A., también deberá trasladar a la referida AFP del RPM, las cuotas de administración indexadas, el dinero con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de las aseguradoras, por ella descontadas, así como lo descontado por cuotas o gastos de administración durante el tiempo de afiliación del hoy demandante ante Horizonte Fondo de Pensiones y Cesantías, dado que, en virtud de la fusión presentada por esa AFP con Porvenir S.A., al celebrar el referido negocio jurídico, se subroga tanto en derecho, como en obligaciones respecto de sus afiliados, y debe protegerse el equilibrio financiero del RPM0., en este aspecto se precisa la decisión de primera instancia, de donde se interpreta la inclusión del periodo de afiliación en Horizonte. Lo anterior, por cuanto no se discute la legalidad de tales descuentos, ni si el dinero del afiliado fue administrado adecuada y eficientemente, sino que, como consecuencia de la ineficacia del traslado inicial al RAIS, y por no haberse estudiado previamente a la afiliación de la situación particular del demandante, e ignorándose verdaderamente cuáles fueron los argumentos esgrimidos por dicha AFP para aseverar que cumplió con los deberes de información que sostiene haberle dado, no es pertinente exonerarla de la devolución de tales conceptos, independientemente de que Colpensiones no haya administrado el dinero del afiliado, ni asumido los riesgos que esa actividad conlleva, no pudiendo discutir

inexistencia de motivos para entregarlos, detrimento patrimonial, ni enriquecimiento sin causa para Colpensiones y el demandante, tampoco transgrede derechos de las demandadas, por evidenciarse la omisión de asesoría completa y previa a la migración de la accionante hacia el RAIS y dentro de ese mismo régimen, pues si bien existió una administración por parte de la AFP del RAIS, además del pago de seguros, consecuentemente a la declaratoria de ineficacia, todos los recursos deben trasladarse a Colpensiones, administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de la pensión que se genere en favor del actor, como anteriormente se explicó.

Se rememora que, para efecto de la devolución de conceptos hacia el RPM, con anterioridad, esta Sala de Decisión disponía que, el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente de la Corte Constitucional plasmado en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 de 2010** y **SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM, **y de otro lado**, y se abstenía de ordenar que las AFP del RAIS remitieran con destino a Colpensiones, los valores correspondientes a las sumas adicionales de las aseguradoras, tema que forma parte del recurso de apelación, ante las órdenes impartidas en la primera instancia que aquí se confirma.

Pero, retomando el punto, y por las mismas razones expuestas en este acápite, considerando el precedente de la Sala de Casación Laboral²⁴ contenido en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021**, esta Sala ha precisado que las cuotas de administración y los descuentos del seguro previsional, descontadas por la AFP del RAIS durante el periodo de afiliación de la hoy demandante en ella, se deben trasladar debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, con el fin de que se satisfagan en su valor actualizado, dado que la pérdida de poder adquisitivo de la moneda colombiana constituye un hecho notorio.

Al momento de cumplirse esta sentencia, los conceptos deberán aparecer detallados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

El cumplimiento de tales órdenes será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con Porvenir S.A. sin trasladar consecuencias negativas al actor.

Se ordenará a COLPENSIONES recibir de PORVENIR S.A. los recursos correspondientes a los conceptos aludidos, y se homologarán en el régimen de prima media las semanas cotizadas por el actor durante su afiliación en el RAIS.

Así las cosas, se **confirmará y adicionará** la sentencia conocida en apelación y consulta.

²⁴ Esta Sala atiende el precedente judicial original de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir la sentencia con radicado 31989 de 2008 y dando aplicación al artículo 1746 del Código Civil²⁴, en los cuales fundamentan la *ratio decidendi* de estos procesos, donde esa Alta Corporación determinó que por efecto de la entonces denominada nulidad, hoy ineficacia, generada con ocasión del actuar negligente de las AFP del RAIS, en materia de información, éstas se encuentran obligadas a remitir a Colpensiones no sólo las cotizaciones, rendimientos, si los hubiere, cuotas o gastos de administración, lo destinado a garantía de pensión mínima sino también las sumas adicionales de la aseguradora, por tanto, se adopta en estricto sentido lo decidido por nuestro órgano de cierre en la materia, ordenando a Colfondos S.A., que traslade a Colpensiones, los valores descontados al demandante durante el tiempo de su afiliación en ella, por concepto de aportes para la Garantía de Pensión Mínima, y con cargo a sus propios recursos, sumas adicionales de las aseguradoras, además de las comisiones de administración.

III. EXCEPCIONES

Se estudian, además, las excepciones formuladas por la pasiva, las cuales quedan implícitamente resueltas, por haberse causado lo pretendido en la demanda.

En especial, no operó la prescripción pues la ineficacia no está sometida a dicha figura, por conllevar la inexistencia del acto jurídico sobre el que recae, además esta Sala, acoge la postura pacífica de la H. Corte Suprema de Justicia, respecto a que las acciones judiciales tendientes a comprobar la forma en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles, como es el caso de la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

IV. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. por haber resultado vencida en su recurso. Se fija agencias en derecho en el equivalente a 1SMLMV en 2022 y en favor del demandante. Lo anterior a tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín el 21 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por JAVIER ANTONIO GARCIA CASTAÑEDA contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., **adicionándola**, en el sentido en que ésta última AFP:

Trasladará con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, la **totalidad** de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros generados durante todo el tiempo en que el demandante ha figurado como afiliado al RAIS.

Porvenir S.A., también **deberá trasladar a la referida AFP del RPM, las cuotas de administración indexadas, el dinero con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de las aseguradoras**, por ella descontadas, así como lo descontado por cuotas o gastos de administración al aquí demandante por parte de Horizonte Fondo de Pensiones y Cesantías, en este aspecto se precisa la decisión de primera instancia.

El cumplimiento de lo ordenado será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con PORVENIR S.A.

SEGUNDO: Costas en esta sede a cargo de PORVENIR S.A. Agencias en derecho en el equivalente a 1SMLMV en 2022.

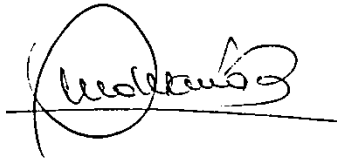
Notifíquese lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN