

**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:	050013105002020210020201
Proceso:	Ordinario
Demandante:	FABIAN DE JESUS TOBON GUTIERREZ
Demandado:	PORVENIR S.A., y COLPENSIONES
M. P.	MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo:	28/03/2023
Decisión:	CONFIRMA, MODIFICA 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 29/03/2023 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, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	FABIAN DE JESUS TOBON GUTIERREZ
DEMANDADAS	PORVENIR S.A., y COLPENSIONES
ORIGEN	Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05-020-2021-00202-01
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 FABIAN DE JESUS TOBON GUTIERREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A.

En atención al memorial aportado el 21 de febrero de 2023 y a la Escritura Pública N°3374 del 2 de septiembre de 2019 de la Notaría Novena del Círculo de Bogotá, se reconoce personería para representar los intereses de Colpensiones, como apoderada principal a la sociedad Muñoz y Escrucería S.A.S. identificada con NIT.900.437.941-7. se reconoce personería para representar a dicha entidad como apoderada sustituta a la abogada Sandra Cecilia Usuga Echavarría, identificada con la CC 30.028.782 y portadora de la TP 258.012 del C. S de la J.¹ Se entienden revocados los poderes y sustituciones anteriores que hubiese aportado la entidad.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda²

Fabian de Jesús Tobón Gutiérrez formula demanda contra Colpensiones y Porvenir S.A, pretendiendo se declare: **i)** la ineficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- efectuadas por el demandante el 2 de junio de 1999 a Porvenir S.A. y el traslado el 28 de agosto de 2001 a Horizonte, por existir vicio en el consentimiento y no haber informado la verdad sobre los derechos al demandante y el funcionamiento del fondo, y consecuentemente se condene a **ii)** Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, y a esta última a recibir, todos los dineros que posee en su cuenta de ahorro individual con rendimientos, bonos pensionales y sin descontar comisiones o cuotas de manejo **iii)** costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM- administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales -ISS- desde el 21

¹ 02SegundsInstancia; 03SolicitudImpulsoColpensiones.pdf

² 01PrimeraInstancia; 03DemandaAnexos

de noviembre de 1979, a través del Municipio de Medellín, hasta el 29 de agosto de 1985 y desde el 21 de junio de 1995 hasta julio de 1999. El 02 de junio de 1999 una asesora de Porvenir S.A. se presentó en su lugar de trabajo, y le manifestó que se pensionaría más joven y con una pensión mejor que la que brindaba el Estado; posteriormente le preguntó algunos datos para brindarle mejor información, pidiéndole que firmara un documento, el cual no leyó, pero que dos meses después, le manifestaron que ya se encontraba afiliado a dicho fondo, sin pedirle el consentimiento, y sin brindarle información o asesoría. El 28 de agosto del año 2001, se presentaron otros asesores, quienes aseguraron que en Horizonte se pensionaría mejor y con una mesada más alta, pero sin recibir ningún tipo de información o asesoría. Nunca le informaron cuales eran las modalidades de pensión, ni los requisitos para pensionarse. En diciembre del año 2019, consultó los pormenores de su pensión, donde le dijeron que su pensión sería del mínimo legal y que no se podía cambiar de régimen por estar a menos de 10 años para pensionarse. Solicitó afiliación a Colpensiones el 28 de abril de 2021, la cual fue rechazada por encontrarse a diez años o menos del tiempo para pensionarse.

Oposición a las pretensiones de la demanda

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

i) Colpensiones³

El traslado de régimen pensional se encuentra ajustado a derecho, al haberse suscrito de forma libre, voluntaria, sin coacción ni injerencia por parte de la entidad, además aceptar abruptamente el traslado del actor, pone en riesgo la estabilidad financiera del RPM, siendo además improcedente administrar los recursos de un afiliado que no cumple los requisitos para ser parte de dicho régimen. Excepcionó: aspectos legales y financieros que impiden el retorno del demandante al RPM, e inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales, inexistencia de la obligación de reconocer y pagar la pensión de vejez, inexistencia de la obligación de pagar intereses de mora o indexación, prevalencia de la autonomía de la voluntad privada, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, falta de legitimación en la causa, prescripción y/o caducidad de la acción, imposibilidad de condena en costas, buena fe y la que llamó “innominada o genérica”.

ii) Porvenir S.A.⁴

El acto de afiliación fue libre producto de una decisión libre e informada, sin presiones o engaños, como se desprende del formulario de afiliación en el que se observa la declaración escrita del actor donde indica que se suscribe de forma consciente de las implicaciones y efectos del traslado, documento que se presume auténtico, y que constituye la ratificación del acto de traslado; se le garantizó el derecho de retracto y no uso de su facultad. Se brindó la respectiva asesoría en la cual se informó de manera clara, precisa y veraz, las características del RAIS, por lo que no existieron vicios del consentimiento y no se acreditó que el demandante era incapaz absoluto, por lo que no procede ineficacia del artículo 271 de la ley 100 de 1993, al no acreditarse actos atentatorios contra el derecho de afiliación. Finalmente indica que el demandante se encuentra inmerso en la restricción del literal 3) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que este no era beneficiario del régimen de transición. Excepcionó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la que denominó “genérica”.

³ 01PrimeralInstancia; 05ContestacionColpensiones y 08MemorialSubsanaColpensiones

⁴ 01PrimeralInstancia; 07ContestacionDemandaPorvenir

Sentencia de primera instancia⁵

El 24 de junio de 2022, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, declaró ineficaz el traslado del demandante del RPM al RAIS, por falta de consentimiento informado, por lo que su afiliación al RPM lo ha sido sin solución de continuidad. Condenó a Porvenir S.A., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, trasladar hacia Colpensiones el 100% de los aportes efectuados por el demandante, y cualquier otro valor de la cuenta de ahorro individual, incluidos frutos y rendimientos financieros, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las primas de seguros previsionales descontados, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, deducidos desde la fecha en que se efectuó el traslado del demandante a esa administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional, valores que deberán ser debidamente indexados hacia Colpensiones. Condenó a Colpensiones a recibir los aportes remitidos por Porvenir S.A., teniendo en cuenta el tiempo cotizado en el RAIS por el demandante y reflejándolo en su historia laboral. Declaró la improsperidad de las excepciones, salvo la de imposibilidad de condena en costas de Colpensiones. Condenó en costas a Porvenir en la suma de 2 SMLMV. Absolvió del pago de costas a Colpensiones.

Tras advertir el precedente judicial vigente en la materia, la A Quo concluyó que Porvenir S.A. tenía la carga de demostrar el cumplimiento de su deber de información en forma eficiente, eficaz, completa, oportuna y comprensible antes de la suscripción del formulario de afiliación, carga probatoria que no satisfizo con el interrogatorio de parte, ni con los documentos aportados al proceso, declarando en consecuencia la ineficacia de traslado de régimen pensional.

Recurso de apelación

i) Porvenir S.A.: Inconforme con la sentencia de instancia, formula recurso de apelación manifestando que para que se declare la nulidad o ineficacia de traslado, deben existir actos con dolo que impidan o afecten la afiliación de las personas, lo cual no se acreditó en el proceso, resaltando que para el año de afiliación del demandante, si bien existía la obligación de proporcionar información, lo cual se cumplió con la información suministrada respecto de las características y funcionamiento del RAIS, solo se establecía la obligación de la suscripción del formulario de la afiliación, más no se tenía la obligación de entregar cálculos o proyecciones porque estas surgieron en los años 2014 y 2015, estando por lo tanto acreditado que el demandante se afilió de manera libre y voluntaria a Porvenir S.A. al permitir el descuento de aportes con destino a dicho fondo.

Sostiene, además, que la línea jurisprudencial respecto del deber de información se da en casos de personas amparadas por el régimen de transición, no existiendo identidad fáctica con el presente caso. No se puede endilgar una responsabilidad a Porvenir S.A. pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa, debiendo el demandante conocer la información contenida en la Ley 100 de 1993.

Respecto de la condena por devolución de los gastos de administración, ya ha indicado la Superintendencia Financiera de Colombia que las sumas a retornar serán los aportes y rendimientos de conformidad con lo establecido en el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993, ya que los gastos de administración no pertenecen a ningún afiliado, no financian la pensión de vejez y no son parte integral de ella. Finaliza manifestando que no se puede predicar la imprescriptibilidad ya que se habla en concreto de los gastos de administración y porque el fondo hizo una buena gestión, generando rendimientos.

⁵ 01PrimeraInstancia; archivos 05AudienciasArts77-80CPT y 06ContinuacionAudienciaArts80CPT

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Concedido traslado para alegar de conclusión en esta sede, las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. lo recorrieron de forma oportuna, de igual forma lo realizó la parte demandante.

i) Porvenir ⁶ reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda y en su recurso de apelación solicitando que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia para que, en su lugar, se le absuelva de las pretensiones incoadas en la demanda.

ii) Colpensiones ⁷ Señaló que la voluntad del actor de trasladarse de régimen es un hecho ajeno a Colpensiones; que la restricción del traslado cuando faltan 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez se fundamenta que Colpensiones no ha establecido el capital para un reconocimiento y pago de una prestación. Indica que si la información no fue proporcionada por Porvenir S.A., esta es la encargada del reconocimiento de la prestación y no Colpensiones, esto en virtud del principio de sostenibilidad financiera. Deprecia que, en caso de confirmar la sentencia, se devuelva a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con frutos e intereses, rendimientos causados, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

iii) Demandante ⁸ Solicita que se confirme la sentencia proferida ya que existen razones fácticas y jurídicas para declarar la ineficacia del traslado ya que la afiliación del demandante se realizó sin el deber de información suficiente, sin que exista prueba de que se le haya proporcionado información veraz y suficiente sobre los beneficios e inconvenientes de trasladarse de régimen.

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)** 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.

Hechos relevantes probados documentalmente

El señor Fabian de Jesús Tobón Gutiérrez nació el 15 de agosto de 1955⁹. Inició su vida laboral prestando servicios en favor del Municipio de Medellín, desde el 19 de noviembre de 1979¹⁰, periodos a cargo del empleador; posteriormente seleccionó régimen al suscribir afiliación a través del extinto Instituto de Seguros Sociales, realizando cotizaciones a partir

⁶ 02SegundaInstancia, archivo 05AlegatosPorvenir

⁷ 02SegundaInstancia, archivo 04AlegatosColpensiones

⁸ 02SegundaInstancia, archivo 06AlegatosDemandante

⁹ 01PrimeraInstancia, archivo 03DemandaAnexos pág. 10

¹⁰ 01PrimeraInstancia, archivo 03DemandaAnexos pág.101/105

del 1° de julio de 1995¹¹ El 2 de junio de 1999 suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A.¹², trasladándose posteriormente ante Horizonte Pensiones y Cesantías el 28 de agosto del año 2001¹³. Para el 21 de junio de 2022 el demandante contaba con 1.476 semanas de cotización, de las cuales 1.174,2 lo fueron ante Porvenir S.A y 298 son válidas para bono pensional¹⁴. El 28 de abril de 2021, solicitó afiliación ante Colpensiones¹⁵, la cual fue resuelta negativamente mediante comunicado de la misma fecha, por encontrarse a menos de 10 años del cumplimiento de edad para pensionarse¹⁶.

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, 335¹⁷ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁸, 3, 4, 10, 12, 13 literal b, Inciso 3° del Literal c) del artículo 60, 90, 97, 271; iii) Artículo 4 y demás normas concordantes del Decreto 656 de 1994¹⁹; 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 expresas²⁰ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994²¹.

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

¹¹ 01PrimeralInstancia, archivo 03DemandaAnexos pág.118/125

¹² 01PrimeralInstancia, archivo 03DemandaAnexos pág.33 y 07ContestacionDemandaPorvenir pág. 72

¹³ 01PrimeralInstancia, archivo 03DemandaAnexos pág. 34/35 y 07ContestacionDemandaPorvenir pág. 73

¹⁴ 01PrimeralInstancia, archivo 19MemorialRequerimientoColpensiones

¹⁵ 01PrimeralInstancia, archivo 03DemandaAnexos pág. 116

¹⁶ 01PrimeralInstancia, archivo 03DemandaAnexos pág. 117

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.”*

¹⁹ 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

²⁰ **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”.**

²¹ 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.

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 en su recurso de apelación, 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 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 de 1993, 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 las pasivas en torno a que la suscripción del formulario acredita la libre, voluntaria e informada manifestación de voluntad del afiliado al momento del traslado o que debe desatenderse la línea jurisprudencial en materia de carga probatoria en asuntos como el que nos ocupa, no constituyen razones atendibles para exonerar del cumplimiento de sus obligaciones a las Administradoras, 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, quien, según sus dichos al absolver el interrogatorio de parte, escuchó del asesor que el ISS iba a desaparecer, que tendría mejores garantías de pensión en dicho fondo, solicitó que firmara un documento sin tener claridad en lo que estaba suscribiendo.

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.

En cuanto al argumento presentado sobre la carga de la prueba, con este precedente, se desvirtúa además la aplicación al actor del principio de auto responsabilidad de los hechos afirmados en la demanda, pues en este caso, en virtud de la carga dinámica de la prueba ésta se radica en cabeza de las AFP que a través de sus agentes propiciaron el traslado de régimen del asegurado, 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 ilustrar, 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 al afiliado y posibilitó que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

En el sub-lite, se indica que Fabian de Jesús Tobón Gutiérrez nació el 15 de agosto de 1955²², por lo que, al 30 de junio de 1995, cuando entró en vigencia el SGSSP para él, por prestar sus servicios en favor del Municipio de Medellín- entidad pública del orden municipal- tenía 39 años y no tenía 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. El 2 de junio de 1999 suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A.²³, el cual acusa de ineficaz, suscribiendo posteriormente traslado hacia Horizonte Pensiones y Cesantías el día

²² 01PrimeraInstancia, archivo 03DemandaAnexos pág. 10

²³ 01PrimeraInstancia, archivo 03DemandaAnexos pág.33 y 07ContestacionDemandaPorvenir pág. 72

28 de agosto del año 2001²⁴. El 28 de abril de 2021, solicitó afiliación ante Colpensiones²⁵, la cual fue resuelta negativamente mediante comunicado de la misma fecha²⁶, por encontrarse a menos de 10 años del cumplimiento de edad para pensionarse²⁷.

Adicionalmente, fue recaudado interrogatorio al demandante, sin que se produjera confesión de su parte, pues en torno a las condiciones presentadas durante su vinculación al RAIS, afirmó no haberse afiliando nunca a Porvenir S.A., solo fue visitado por una asesora, la cual le indicó que el Seguro Social desaparecería, que se pensionaría más joven y con más dinero, sin informarle acerca de las condiciones del traslado; indica que la asesora le pidió que firmara unos documentos, de los cuales desconoce su contenido debido a que no los leyó y dos meses después de la asesoría, le informaron que se encontraba afiliado a Porvenir. Frente a su migración hacia Horizonte en 2001, indicó que suscribió tal traslado, porque le indicaron igualmente que el seguro se iba a acabar y que podía ganar más dinero.

Porvenir S.A. no demostró la asesoría que dice haber brindado al demandante en momento anterior a la suscripción del formulario de afiliación; siendo ésta 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.

En este caso, la pasiva no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar al hoy demandante información adecuada, oportuna, 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.

No hay elementos de convicción en el plenario, distintos al formulario de afiliación, sobre el cual han manifestado Porvenir S.A., que estando suscrito por el demandante, a quien atribuyen que lo hizo de manera libre y voluntaria, no es dable restarle valor y menos desconocer este acto; 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.

²⁴ 01PrimeraInstancia, archivo 03DemandaAnexos pág. 34-35 y 07ContestacionDemandaPorvenir pág. 73

²⁵ 01PrimeraInstancia, archivo 03DemandaAnexos pág. 116

²⁶ 01PrimeraInstancia, archivo 03DemandaAnexos pág. 117

²⁷ 01PrimeraInstancia, archivo 03DemandaAnexos pág. 117

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, esta sala no acoja el supuesto de que los actos del demandante posteriores al traslado, como su prolongado silencio, o el sufragar aportes, o el no ejercer el derecho de retracto, 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**).

De ahí que, no procede adoptar el criterio aislado contenido en la providencia **SL2440-2021**²⁸, 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 1993²⁹ 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 271³⁰ de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que

²⁸ por la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral

²⁹ **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.

³⁰ 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 Salud³¹ 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

conlleve que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado”, lo cual, da lugar a garantizar al accionante el ejercicio del derecho a la libre selección de régimen pensional, y dado que ha manifestado a lo largo del proceso, desde el escrito de demanda, que su voluntad es pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES, se asumirá que así lo ha estado desde su afiliación inicial al ISS, y a declarar que ha permanecido afiliado, sin solución de continuidad, lo que conlleva a la reactivación de su respectiva afiliación en este último régimen.

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

b) Consecuencias de la declaratoria de ineficacia

Atendiendo al reclamo sobre el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, con el fin de resolver uno de los puntos de apelación, y en busca 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 por Porvenir S.A. 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, modificarán 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.

Sino que **Porvenir S.A. también debe trasladar a la referida AFP del RPM, las cuotas de administración, el dinero con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de las aseguradoras**, por ella descontadas durante el periodo de afiliación del hoy demandante, pues 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 previo a la afiliación, la situación particular del demandante, e ignorarse 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

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.

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, consecuencialmente 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.

Adicionalmente, Porvenir S.A deberá responder por estos conceptos por el tiempo en que el demandante permaneció afiliado a Horizonte S.A., en razón de la fusión por absorción de ésta AFP con Porvenir S.A.

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 Laboral³¹ 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 del 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.

Por lo expuesto, **no se acogerá el Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia**, a la luz del artículo 28 del CPACA³², ante consulta realizada por la Vicepresidente Jurídica de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías -ASOFONDOS-, interpretando que para determinar los recursos a trasladar con motivo de la declaratoria judicial de nulidad o ineficacia de traslado de régimen debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto

³¹ 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 Civil³¹, 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.

³² “**ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

3995 de 2008³³, toda vez que dicha norma fue expedida para efectos de traslado en asuntos referentes a multifiliación, situación que no corresponde a la aquí ventilada y adicionalmente, tal concepto no obliga, pues se encuentra decantado por el órgano de cierre judicial en materia laboral y de seguridad social que los gastos administración y prima de seguro previsional deben retornar a Colpensiones como consecuencia de la ineficacia declarada.

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

En consecuencia, las órdenes impartidas a **Porvenir S.A.**, desde la primera instancia, se **confirmarán, modificarán y adicionarán** como se dijo, y se reitera, deberán cumplirse dentro de los **30 días siguientes a la ejecutoria** de la presente providencia.

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.

Para resolver **lo apelado por Porvenir S.A.** en su apelación, en cuanto a la aplicación del fenómeno extintivo sobre el 3% destinado a cuotas de administración y demás conceptos distintos a cotizaciones y rendimientos que se dispuso trasladar, debe indicarse que sobre ellos, la prescripción tampoco tiene vocación de prosperidad, pues tal y como la acción judicial tendiente a declarar la ineficacia del traslado de régimen es imprescriptible para quien todavía no se encontraba gozando de pensión de vejez, igual suerte corren los derechos que surgen como consecuencia de tal declaratoria, como aquel destinado a obtener el derecho pensional o los conceptos que se ordenó devolver al RPM.

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

³³ **Decreto 3395 de 2008** ARTÍCULO 1o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. <Artículo compilado en el artículo 2.2.2.4.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a los afiliados al Sistema General de Pensiones que al 31 de diciembre de 2007, se encuentren incursos en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad y señala algunas normas de traslados de afiliados, recursos e información.

A las personas que, después de un año de entrada en vigencia la Ley 797 de 2003, se trasladaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) faltándoles 10 años o menos para tener la edad exigida para tener derecho a la pensión en este régimen, se les aplicará lo que establecen los artículos 7o, 8o y 12 del presente decreto

En esta sede, las costas estarán a cargo de Porvenir S.A. por haber resultado vencida en su recurso. Se fijan como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV en 2023, y en favor del demandante.

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 a sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín el 24 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por FABIAN DE JESUS TOBÓN GUTIÉRREZ contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. **modificándola y 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. Además, PORVENIR S.A. trasladará a Colpensiones los valores descontados a la actora por concepto de aportes para la garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos, trasladará debidamente indexados a Colpensiones el valor de comisiones de administración y primas de seguros descontados durante el lapso en que permaneció como afiliado ante ella, además responderá por estos conceptos por el tiempo en que el demandante permaneció afiliado a HORIZONTE S.A., en razón de la fusión por absorción de esta AFP por PORVENIR S.A.

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

Se ordena a COLPENSIONES recibir de PORVENIR S.A los valores correspondientes a los conceptos aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del demandante.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., y se fijan como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV en 2023, y en favor del demandante.

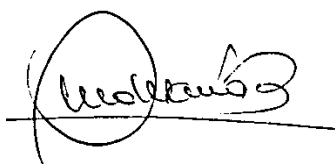
Notifíquese lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

