

**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:	05001310501020200028501
Proceso:	Ordinario
Demandante:	GLORIA PIEDAD HENAO VANEGAS
Demandado:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
M. P.	MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo:	31/03/2023
Decisión:	CONFIRMA.

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 10/04/2023 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, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	GLORIA PIEDAD HENAO VANEGAS
DEMANDADAS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
ORIGEN	Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05-010-2020-00285-01
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 artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por GLORIA PIEDAD HENAO VANEGAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A.

En atención a la sustitución de poder aportada vía electrónica el 26 de enero de 2023¹ suscrito por Jhosmar Eliana Moreno Pedroza en calidad de representante legal suplente de la firma Muñoz y Escruceria S.A.S. identificada con NIT.900.437.941-7, se le reconoce personería en calidad de apoderado sustituto, al abogado Juan Pablo Arcos Rodríguez, identificado con la CC 1.085.317.543 y portador de la TP 309.069 del C. S de la J.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda²

Gloria Piedad Henao Vanegas formula demanda contra Colpensiones y Porvenir S.A., pretendiendo se declare: **i)** la ineficacia o nulidad del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual -RAIS- hacia Porvenir S.A., y que su afiliación ante el RPM es válida y sin solución de continuidad; **ii)** que Porvenir S.A. está obligada a devolver los aportes a Colpensiones, y en consecuencia de lo anterior se condene a **iii)** Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados al RAIS, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración; y **iv)** a Colpensiones tener como válida y continua su afiliación en el RPM; **v)** lo ultra y extra petita; y **iv)** costas a cargo de las demandadas.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 24 de abril de 1962 e inició cotizaciones ante el extinto Instituto de Seguros Sociales desde julio de 1985 hasta octubre de 1999, año en

¹ 02SegundaInstancia, 02SustitucionColpensiones1020200285.pdf
² 01PrimeraInstancia; 03. DEMANDA CON ANEXOS.pdf, pág 2-6

suscribió traslado hacia Porvenir S.A., sin que previo a ello fuera informada de forma suficiente sobre las consecuencias que conllevaría dicho traslado, como la liquidación final de su pensión, que la obtención de esta solo obedece al capital ahorrado, no tuvo en cuenta sus condiciones particulares, limitándose la información dada sobre la rentabilidad y las fluctuaciones del mercado que podrían dar lugar a una excelente pensión con diversos beneficios económicos. El 7 de febrero de 2020 elevó petición ante Porvenir S.A. solicitando el traslado de régimen y pruebas de las asesorías y reasesorías, sin que haya obtenido respuesta; en la misma fecha elevó petición ante Colpensiones solicitando el traslado de régimen, la cual fue resuelta el 11 de febrero de 2020 desfavorablemente por su edad.

Afirma que va a sufrir un daño en su derecho a la seguridad social por el valor de su mesada pensional, pues de habersele informado su panorama económico, no hubiese suscrito el traslado al RAIS.

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.³

No existen razones fácticas o jurídicas que conlleven a la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen pensional, pues la demandante se trasladó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios, cumpliendo con los requisitos legales exigidos en la época, y brindándole información previa y suficiente sobre las implicaciones del traslado, y al suscribir el formulario de afiliación, da cuenta de su voluntariedad, lo cual no puede ser entendido como un mero requisito formal ya que comprende una expresión inequívoca de su voluntad. Tal decisión recae únicamente en la afiliada, quien contaba con plena capacidad legal para adquirir obligaciones y dar su consentimiento en el referido acto, por lo que no toda omisión en el deber de informar afecta el consentimiento, no estando acreditado en el sublite el perjuicio, solo una diferencia en los montos en la prestación de vejez. Resalta que la actora tenía el deber de informarse sobre el traslado como consumidora financiera que le exige un grado de responsabilidad en el manejo de sus asuntos personales, y además tuvo la posibilidad de revertir su decisión de pertenecer al RAIS, solicitando cambio de régimen, pero no lo hizo, ratificando su interés de pertenecer al mismo, y las acciones para reclamar lo pretendido se encuentran prescritas, pues la ineficacia no es versa sobre un derecho pensional. Excepcionó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

ii) Colpensiones⁴

La demandante cuenta con 59 años de edad encontrándose a menos de diez años de cumplir la edad de pensión, por lo que están inmersa en la restricción legal de traslado. La omisión de la información que alega debe ser demostrada por la actora, pues conforme a la documental allegada no se observa en la decisión voluntaria, libre y espontánea del traslado, un vicio de consentimiento. Finalmente sostiene que el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

³ 01PrimeralInstancia; 11. RESPUESTA PORVENIR.pdf

⁴ 01PrimeralInstancia; 13. RESPUESTA COLPENSIONES.pdf

Excepcionó: inexistencia de la ineficacia de la afiliación al RAIS, indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, inversión de la carga dinámica de la prueba, errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ausencia del cumplimiento de las obligaciones legales del demandante según el Decreto 2241 de 2010 y en virtud de las obligaciones recíprocas del contrato de afiliación, desconocimiento del precedente judicial en los fallos de ineficacias de traslado de régimen pensional, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, devolución de la totalidad de los aportes debidamente indexados, buena fe, prescripción, la que llamó “innominada”, compensación e imposibilidad de condena en costas.

Sentencia de primera instancia⁵

El 24 de octubre de 2022, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante del RPM al RAIS, disponiendo que ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al RPM. Condenó a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses, el bono pensional si ya se hubiere redimido, y con indexación lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, indexación que debe calcularse al momento de que estos guarismos sean entregados al RPM. Al momento de cumplirse la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Condenó a Colpensiones recibir los valores aludidos, e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas en el RPM, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC en que fueron pagados; declaró no probada la excepción de prescripción. Condenó en costas a Porvenir S.A., señalando como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 de pesos. Se exonera de costas a Colpensiones.

Para fundamentar lo decidido, el juez de primera instancia acudió al precedente judicial vigente en la materia y señaló que, a Porvenir S.A. les correspondía 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.

Recursos de apelación

i) Colpensiones: Inconforme con la sentencia de instancia, formula recurso de apelación argumentando que no es admisible que la demandante sustente la declaratoria de ineficacia de traslado en una diferencia económica en la mesada pensional, en tanto es ambos regímenes son excluyentes y cuentan con sus características particulares, permitiendo el legislador que los afiliados escojan entre ambos el que resulte más favorable, como así lo decidió voluntariamente la demandante, máxime que la afiliación garantiza la cobertura de un riesgo, por el cual siempre ha estado cubierta en el fondo privado, y en ningún momento se ha señalado normativa o jurisprudencialmente que se deba reconocer a los afiliados un monto específico de mesada pensional. Reiteró que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, la cual se implementó

⁵ 01PrimeralInstancia; 21. ACTA (ART 77 Y 80) 2020-00285.pdf

con el objetivo de mantener la sostenibilidad financiera del sistema, por lo tanto, las actuaciones de declarar la ineficacia de la afiliación tienden a insolventar el SGP pues los dineros devueltos no son suficientes para el financiamiento de la prestación económica que se pretende, poniendo en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados al obligar a Colpensiones a soportar una carga financiera considerable sin que tenga la obligación legal o haya incurrido en alguna falta para hacerlo; no es aceptable que hoy en día la demandante alegue su propia culpa a su favor pues tomó una actitud pasiva frente a su situación pensional no mostrando interés, sino apenas hasta el año 2020.

De manera subsidiaria solicita confirmar la condena en torno a los conceptos ordenados devolver al RPM, así como su indexación, y se sostenga igualmente la absolución del pago de costas.

ii) Porvenir S.A: inconforme con la decisión la recurre en apelación, sustentando que del interrogatorio rendido por la demandante se desprende que tenía información precisa respecto de su afiliación en el RAIS, por lo que debe analizarse por los Magistrados, si efectivamente se tomó una decisión informada para suscribir el traslado, reiterando que la AFP cumplió con su deber de información de acuerdo con la normatividad vigente para la época; resaltando que la prueba documental que extraña al juez de primera instancia respecto a la acreditación del deber de información no era una obligación vigente para el momento del traslado de la demandante, la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, en consecuencia, no existían para la época de la afiliación y mucho menos se pueden aplicar de forma retroactiva, razón por la que deprecia se revoque la orden de trasladar recursos por conceptos de gastos de administración, toda vez que es un dinero que ya no se encuentra en su patrimonio y cumplieron su fin y propósito para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven reflejados positivamente en la cuenta de la afiliada, y el cubrimiento de los riesgos vejez, invalidez y muerte que han sido asegurados hasta la actualidad, y en virtud de ello, considera debe revocarse además la condena en costas a la AFP, toda vez que ha actuado de buena fe y en cumplimiento de la normatividad legal vigente.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Concedido traslado para alegar de conclusión en esta sede, quienes conforman la pasiva las describieron de forma oportuna, así:

Colpensiones.⁶ Solicitó revocar la sentencia de primera instancia en su totalidad, exponiendo los argumentos de su recurso de alzada en torno a la sostenibilidad financiera del sistema que se ve afectada con las declaratorias de ineficacia de traslado. Respecto a las costas procesales, solicitó no aplicar objetivamente el artículo 365 del CGP pues es un sujeto exógeno a este litigio, por tanto, no incurrió en la desatención de sus obligaciones para ocasionar el mismo.

Porvenir S.A.⁷ Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, ratificándose en lo ya expuesto en la contestación a la demanda y en el recurso de apelación.

⁶ 02SegundaInstancia, 04AlegatosColpensiones1020200285.pdf

⁷ 02SegundaInstancia, 05AlegatosPorvenir1020200285.pdf

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.

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, sino la ineficacia del acto jurídico.

Hechos relevantes probados documentalmente

La señora Gloria Piedad Henao Vanegas nació el 24 de abril de 1962⁸. Se desprende del certificado expedido por Asofondos⁹ que la demandante seleccionó régimen afiliándose ante el extinto ISS el 30 de junio de 1995¹⁰. El 27 de agosto de 1999¹¹ suscribió traslado con destino a Porvenir S.A., proveniente del ISS, el cual se hizo efectivo el 1° de octubre de 1999¹². Para el 3 de diciembre de 2019¹³ contaba con 1.288 semanas cotizadas durante toda su vida laboral, de las cuales 290 lo fueron ante el ISS. El 7 de febrero de 2020¹⁴ presentó petición ante Porvenir solicitando el traslado de régimen, de la que no hay respuesta, o por lo menos no obra prueba de ello en el plenario; y en la misma fecha¹⁵, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la autorización del traslado al RPM, petición resuelta desfavorablemente el 11 de febrero del mismo año¹⁶ por encontrarse a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

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

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

⁸ 01PrimeralInstancia, 03. DEMANDA CON ANEXOS.pdf, pág 36-37 No se allegó copia del registro civil de nacimiento, pero si copia de la cédula de ciudadanía que indica tal fecha, la cual no fue discutida por la pasiva.

⁹ 01PrimeralInstancia, 11. RESPUESTA PORVENIR.pdf

¹⁰ 01PrimeralInstancia, 13. RESPUESTA COLPENSIONES.pdf, pág 38

¹¹ 01PrimeralInstancia, 11. RESPUESTA PORVENIR.pdf, pág 32

¹² 01PrimeralInstancia, 11. RESPUESTA PORVENIR.pdf, pág 31

¹³ 01PrimeralInstancia, 03. DEMANDA CON ANEXOS.pdf, pág 48-63

¹⁴ 01PrimeralInstancia, 03. DEMANDA CON ANEXOS.pdf, pág 38-40

¹⁵ 01PrimeralInstancia, 03. DEMANDA CON ANEXOS.pdf, pág 42-44

¹⁶ 01PrimeralInstancia, 03. DEMANDA CON ANEXOS.pdf, pág 45-47

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 3º 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 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 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.

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.

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 la pasiva en torno a que la suscripción del formulario acredita la libre e informada manifestación de voluntad de la afiliada 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 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 a la afiliada, quien, según sus dichos al absolver el interrogatorio de parte, el asesor que le brindó información le indicó que el ISS se iba a acabar, por lo que le convenía trasladarse hacia el RAIS.

No puede admitirse lo alegado por la pasiva, en cuanto a las AFPs para el momento en que se efectuó el traslado de régimen por parte de la actora, solo se les exigía el formulario de afiliación con los requisitos previstos por la Superintendencia Bancaria, pues contrario a

ello, si estaba vigente y se ha consolidado la obligación de las AFP a brindar la información no bastando con la suscripción del formulario de afiliación, por cuanto su uso, no exime, ni avala la omisión de los deberes impuestos por las leyes a las AFP, y por tanto, se reitera, que previo a la suscripción de ese formulario, éstas entidades 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 Corte en **sentencia SL 4360 de 2019** Radicado 68852.

En cuanto a la inconformidad sobre la carga de la prueba, con dicho precedente, se desvirtúa además la aplicación a la actora 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, 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 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 Gloria Piedad Henao Vanegas nació el 24 de abril de 1962²², por lo que, al 1° de abril de 1994, cuando entró en vigencia el SGSSP para ella, tenía 32 años y no tenía más de 15 años de servicios y/o cotizaciones, por tanto, no fue beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El 27 de agosto de 1999²³ suscribió traslado con destino a Porvenir S.A., el cual se acusa de ineficaz y el 11 de febrero de 2020²⁴, Colpensiones negó la solicitud de traslado de régimen elevado por la actora²⁵, por encontrarse a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

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, manifestó que se afilió a la AFP Porvenir S.A., en virtud de la información brindada por un grupo de asesores del fondo privado en su lugar de trabajo, en que advirtieron que el ISS se liquidaría, y sobre las conveniencias de pertenecer al fondo privado, más nunca le indicaron sobre los requisitos para obtener su prestación en ambos fondos.

Porvenir S.A. no aportó elemento de convicción sólido donde se plasme la asesoría que dice le brindó a la señora Henao Vanegas, en momento anterior y/o a la suscripción del

²² 01PrimerInstancia, 03. DEMANDA CON ANEXOS.pdf, pág 36-37

²³ 01PrimerInstancia, 11. RESPUESTA PORVENIR.pdf, pág 32

²⁴ 01PrimerInstancia, 03. DEMANDA CON ANEXOS.pdf, pág 45-47

²⁵ 01PrimerInstancia, 03. DEMANDA CON ANEXOS.pdf, pág 42-44

formulario de afiliación; 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 del 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. y Colpensiones 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. 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**²⁶, 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 1993²⁷ 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 271²⁸ 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 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.

²⁶ por la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral

²⁷ **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.

²⁸ 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.

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 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 las órdenes impartidas **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 la hoy demandante figuró como afiliada al RAIS.

Sino que también Porvenir S.A., deberá 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 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 previa a la migración del 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.

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 Laboral²⁹ 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 CPACA³⁰, 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 3995 de 2008³¹, 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.

²⁹ 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 Civil²⁹, 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.

³⁰ “**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.”

³¹ **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

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 ordena 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, modificará y adicionará** la sentencia conocida en consulta.

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

Finalmente, costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones por haber resultado vencidas en su recurso. Se fijan agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para 2023 (1 SMLMV), distribuidas en un 50% a cargo de cada una y en favor de la demandante.

La condena en costas emitida en primera instancia a cargo de Porvenir S.A. se mantendrán incólumes, por cuanto en este proceso se analizaron los efectos del traslado realizado por el pretensor al fondo privado, en atención a la omisión de su deber de información que le asistía a la AFP del RAIS.

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 Décimo Laboral del Circuito de Medellín el 24 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por el señor GLORIA PIEDAD HENAO VARGAS contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Agencias en derecho en el equivalente a 1 SMLMV en 2023, distribuidas en un 50% a cargo de cada una y en favor de la demandante.

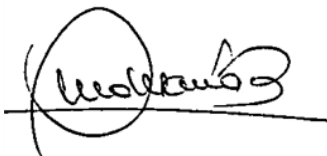
Notifíquese lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARIA PATRICIA YEPES GARCIA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN
(En ausencia justificada)