

**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: 050013105002020210034601
Proceso: Ordinario
Demandante: SULMA MARÍN GARCÍA
Demandado: PORVENIR S.A., y COLPENSIONES
M. P. MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo: 14/04/2023
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 19/04/2023 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, catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	SULMA MARÍN GARCÍA
DEMANDADAS	PORVENIR S.A., y COLPENSIONES
ORIGEN	Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05-020-2021-00346-01
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 SULMA MARIN GARCIA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y PORVENIR S.A.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

Sulma Marín García formula demanda contra Colpensiones y Porvenir S.A. pretendiendo se declare: i) la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del Instituto de Seguros Sociales -ISS- hoy Colpensiones a la AFP Porvenir S.A. el día 28 de junio de 2001, por existir vicios en el consentimiento y a la falta de información ii) que la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM- se dio sin solución de continuidad, y consecuentemente se condene iii) al regreso automático de la demandante al RPM administrado por Colpensiones iv) a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, y a esta última a recibir los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradoras, con los rendimientos que se hubieren causado v) gastos y costas

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 06 de marzo de 1965 y se afilió al ISS en el año 1988, a través de Apuestas Mutuas Antioquia. Suscribió traslado de régimen hacia Porvenir S.A. a mediados del año de 2001 debido a los engaños y falsa información de un asesor de Porvenir S.A. el cual se presentó a su lugar de trabajo, y le manifestó que en el ISS corría el riesgo de que dicha entidad entrara en quiebra y en cesación de pagos, que su mesada pensional sería mejor en el RAIS, que no necesitaría de la edad para acceder a la pensión de vejez, sin explicarle las desventajas o consecuencias de su traslado y sin

¹ 01PrimeralInstancia; 02DemandayAnexos

realizarle reasesorías. El día 24 de mayo de 2021, se presentó reclamación administrativa ante Colpensiones, la cual fue resuelta de forma negativa.

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.²

El acto de afiliación fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, como se desprende del formulario de afiliación en el que se observa la declaración escrita de la demandante, documento que se presume auténtico, donde expresa ser consciente de las implicaciones y efectos del traslado, garantizándole el derecho de retracto, sin que hiciera uso de tal facultad y sin expresar su inconformidad. Se cumplió con las obligaciones respecto al deber de información, siendo la única exigencia que el afiliado expresara su voluntad por medio del diligenciamiento del formulario, sin que para ese momento existiera la obligación de entregar cálculos o proyecciones acerca del futuro pensional. Finalmente indica que no procede la condena por gastos de administración ya que no forman parte de la pensión de vejez y están sujetos a prescripción, constituyendo la orden de traslado en un enriquecimiento ilícito. Excepcionó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la que denominó como genérica.

ii) Colpensiones³

El traslado efectuado al RAIS por la actora cumplió con todos los requisitos de forma y de fondo para surtir plenos efectos y siguiendo los parámetros del artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993, siendo incompatible el traslado pretendido al estar la demandante por fuera del límite temporal en razón a su edad. Excepcionó: inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales, prescripción, compensación, imposibilidad de condena en costas y la que determinó como innominada.

Sentencia de primera instancia⁴

El 23 de septiembre de 2022, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, declaró ineficaz el traslado de la 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, a trasladar hacia Colpensiones el 100% de los aportes efectuados por la 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 de la demandante a esa administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional. Condenó a Colpensiones a recibir los aportes remitidos por Porvenir S.A., teniendo en cuenta el tiempo cotizado en el RAIS por la 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 S.A. en la suma de 2SMLMV. Absolvió del pago de costas a Colpensiones.

² 01PrimeraInstancia; 05ContestacionDemandaPorvenir

³ 01PrimeraInstancia; 06ContestacionDemandaColpensiones

⁴ 01PrimeraInstancia; archivo 12AudioAudienciaArt77y80HastaAlegatos y 14AudioAudienciaFallo

Para fundamentar lo decidido, la juez de primera instancia acudió al precedente jurisprudencial vigente en la materia, indicando que Porvenir S.A. no brindó a la demandante, al momento del traslado de régimen pensional, una información oportuna, clara, veraz, personalizada y rigurosa sobre los efectos que acarrearía dicho traslado, incluyendo beneficios y desventajas, circunstancia que afectó su consentimiento.

Concluyó en que la demandante no demostró tener conocimiento básico y mucho menos avanzado acerca del funcionamiento del sistema general de pensiones, específicamente en lo relativo a las consecuencias que le acarrearía afiliarse al RAIS y permanecer afiliada en el hasta después de la fecha límite que disponía para regresar al RPM; por el contrario, resultó evidente la falta de conocimiento sobre aquellos asuntos. La demandante no prestó consentimiento informado por existir error en el consentimiento, debido a que no existen en el plenario elementos de convicción que permitan al Despacho constituir un juicio de validez sobre la afiliación de la demandante al RAIS, toda vez que no obra prueba de la información brindada sobre las condiciones específicas de dicho régimen pensional.

Recurso de apelación

i) Porvenir S.A.: Inconforme con la sentencia de instancia, formula recurso de apelación solicitando que se revoque la condena impuesta a Porvenir S.A. y señalando que la demandante era una persona capaz y con conocimientos que la llevaron a tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse a dicho fondo. Por otra parte, señala que para el año 2004 realizaron publicación en un medio de amplia circulación nacional, informando a los afiliados la posibilidad de trasladarse de conformidad con el periodo de gracia contemplado en la Ley 797 de 2003. Adicionalmente, sostiene que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contemplada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se hayan alegado o probado los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil. Señala que siempre ha garantizado a los afiliados futuros y actuales la protección al derecho a una información clara, precisa veraz y suficiente, garantizando también el derecho de retracto.

Respecto a la condena de la devolución de gastos de administración, primas de aseguradora y demás rubros a los que fue condenada de manera indexada, señala que la misma es improcedente debido a que la AFP garantiza la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, por lo que resulta incompatible una condena de manera indexada, dado que los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos superiores a los mínimos ordenados por la ley.

Manifiesta que considera que la condena en costas impuesta es excesiva, en tanto, una vez fue notificada de la demanda, dio contestación a la misma, sin que la demora en el desarrollo normal del proceso sea imputable a dicho fondo.

ii) Colpensiones: Presenta recurso de apelación señalando que la sentencia proferida, respecto a la obligación de Colpensiones a recibir a los afiliados que judicialmente deben trasladarse al RPM, no considera las implicaciones económicas y administrativas que estas providencias representan, teniendo que asumir una defensa técnica en una relación jurídica sustancial de la cual no hizo parte. Indica que la voluntad de las partes al emigrar de un régimen a otro, fue un hecho ajeno a Colpensiones.

Interpreta que la se solicita declarar la ineficacia, no por falta de información, sino por el valor de la mesada pensional en cada uno de los regímenes, siendo la falta de información

responsabilidad de las AFP y no de Colpensiones; y no evidencia que la demandante haya acudido a poner en conocimiento o denunciar la existencia falsedad en documento o amenazas por existir vicios del consentimiento, ausencia del consentimiento informado, abuso de posición contractual y manipulación de la información, por el contrario, firmó libre y voluntariamente el traslado.

Solicita se realice un estudio exhaustivo, en el entendido de que se está permitiendo a la demandante trasladarse de régimen en cualquier tiempo, y siendo la señora Sulma Marín técnica en informativa, su conocimiento le permitía adquirir una mejor información para la toma de decisiones. Solicita se revoque la condena impuesta a Colpensiones, o en caso de ser confirmada, con el fin de que exista claridad, al cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros como cotizaciones, rendimientos y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, prima para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con los respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos del IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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.

Porvenir S.A.⁵ reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda y en su recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y en su lugar, se absuelva a Porvenir S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

Colpensiones⁶ Adujo que no es procedente imponerle a Colpensiones la carga de recibir y pensionar afiliados que decidieron libre y voluntariamente cambiar de régimen y fondo pensional, decidiendo elevar su solicitud de traslado solo cuando estaban próximos a pensionarse, superando la demandante la edad permitida para trasladarse de régimen. Solicita que, en caso de que se decida confirmar la orden de nulidad de traslado, se ordene que la devolución de los aportes comprendan la totalidad del aporte realizado por la demandante incluidos los pagos destinados a la administración de la cuenta y los pagos de primas de seguros previsionales, de forma indexada. Finalmente solicita que no sea condenada en costas.

Demandante⁷: alega que el fondo demandado, teniendo el deber de hacerlo, no probó haberle brindado la información necesaria para tomar una decisión libre y consciente de trasladarse de régimen, y mucho menos cumplieron con las obligaciones de asesoría y buen consejo. Por lo anterior, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

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

⁵ 02SegundaInstancia, archivo 05AlegatosPorvenir

⁶ 02SegundaInstancia, archivo 06AlegatosColpensionesSustitucion

⁷ 02SegundaInstancia, archivo 04AlegatosDemandante

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 de la 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

La señora Sulma Marín García nació el 06 de marzo de 1965⁸ Inició cotizaciones al ISS el día 05 de abril de 1988 prestando sus servicios a Apuestas Mutuas Antioquia⁹ El 28 de junio de 2001 suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A.¹⁰, trasladándose posteriormente a Horizonte Pensiones y Cesantías el 08 de septiembre de 2008.¹¹ Para el 23 de septiembre de 2023, la demandante contaba con 1.449 semanas de cotización, de las cuales 1.024 corresponden a Porvenir S.A. y 424,8 a Colpensiones.¹² Esta AFP del RPM negó la solicitud de nulidad de la afiliación que le fue presentada el 24 de mayo de 2021¹³ aduciendo haberse realizado ejerciendo el derecho a la libre elección de régimen.¹⁴

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:

i) Los artículos 48, 53, 335¹⁵ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁶, 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 1994¹⁷; iv) Decreto 692 de 1994; v) El Decreto 663 de 1993, cuyo artículo 72 en su literal f)

⁸ 01PrimeralInstancia, archivo 02DemandayAnexos pág. 14

⁹ 01PrimeralInstancia, archivo 06ContestacionDemandaColpensiones págs. 21-26

¹⁰ 01PrimeralInstancia, archivo 02DemandayAnexos pág. 15

¹¹ 01PrimeralInstancia, archivo 05ContestacionDemandaPorvenir

¹² 01PrimeralInstancia, archivo 02DemandayAnexos págs. 16-24

¹³ 01PrimeralInstancia, archivo 02DemandayAnexos págs. 38-41

¹⁴ 01PrimeralInstancia, archivo 02DemandayAnexos págs. 42-44

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.”*

¹⁷ 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

adicionado por el art. 12 de la Ley 795 de 2003, contiene prohibiciones expresas¹⁸ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994¹⁹.

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 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.

¹⁸ **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”.**

¹⁹ 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 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 su manifestación al absolver interrogatorio de parte, escuchó del asesor que el ISS iba a desaparecer y que tendría mejores condiciones de pensión en dicho fondo.

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 Sulma Marín García nació el 06 de marzo de 1965²⁰ por lo que, al 1º de abril de 1994, cuando entró en vigencia el SGSSP para ella, por ser trabajadora dependiente del sector privado, contaba con 29 años 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 28 de junio de 2001 suscribió formulario de traslado a Porvenir S.A.²¹, el cual acusa de ineficaz, suscribiendo posteriormente traslado a Horizonte Pensiones y Cesantías el 08 de septiembre de 2008²² El día 24 de mayo de 2021 ante Colpensiones solicitó nulidad de la afiliación al RAIS²³ la cual fue resuelta negativamente aduciendo que ejercitó su derecho a la libre elección de régimen.²⁴

Adicionalmente, fue recaudado interrogatorio a la demandante, sin que se produjera confesión de su parte, pues en torno a las condiciones presentadas durante su vinculación al RAIS, afirmó haber sido visitado por una asesora de Porvenir S.A., la cual le indicó que el Seguro Social desaparecería y que se pensionaría con mejores condiciones que con Colpensiones, sin informarle las condiciones del traslado. Frente a su migración a Horizonte en 2008, indicó que suscribió el traslado, porque le indicaron que tendría una rentabilidad más alta y la pensión se incrementaría.

Porvenir S.A. no demostró la asesoría que dice haber brindado a la 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 a la 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

²⁰ 01PrimeralInstancia, archivo 02DemandayAnexos pág. 14

²¹ 01PrimeralInstancia, archivo 02DemandayAnexos pág. 15

²² 01PrimeralInstancia, archivo 05ContestacionDemandaPorvenir

²³ 01PrimeralInstancia, archivo 02DemandayAnexos págs. 38-41

²⁴ 01PrimeralInstancia, archivo 02DemandayAnexos págs. 42-44

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 ha manifestado Porvenir S.A. que, estando suscrito por la 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 de la 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**²⁵, 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

²⁵ por la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral

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 1993²⁶ 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 271²⁷ 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 a la 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 afiliada, 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

²⁶ **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.

²⁷ 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 Salud^{<1>} 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.

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 la hoy demandante figuró como afiliada al RAIS.

Adicionalmente, se precisa, 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 de la 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 de la 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 inexistencia de motivos para entregarlos, detrimento patrimonial, ni enriquecimiento sin causa para Colpensiones y la 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 de la actora, como anteriormente se explicó.

Adicionalmente, Porvenir S.A deberá responder por estos conceptos por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada 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 Laboral²⁸ contenido en sentencias **SL**

²⁸ 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 Civil²⁸, 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

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

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 CPACA²⁹, 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 2008³⁰, 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, 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 o soporten.

El cumplimiento de tales órdenes será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con PORVENIR S.A. sin trasladar consecuencias negativas a la actora.

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 la actora durante su afiliación en el RAIS.

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.

²⁹ “**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.”

³⁰ **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

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.

Frente a lo recurrido en cuanto al valor de las agencias en derecho impuestas por costas procesales a cargo de Porvenir S.A., esta Sala se abstendrá de resolver el recurso por no ser el momento procesal oportuno para tal fin.

IV. COSTAS

En esta sede, las costas estarán a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones por haber resultado vencidas en sus recursos. Se fijan agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para 2023 (1 SMLMV) en partes iguales 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 23 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por SULMA MARIN GARCIA 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 la demandante ha figurado como afiliada 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 las comisiones de administración y primas de seguros descontados durante el tiempo en que permaneció afiliada en ella, además deberá responder por estos conceptos por el tiempo en el que la demandante figuró como afiliada 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 COLPENSIONES Agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente en 2023 (1 SMLMV) en partes iguales y en favor de la demandante.

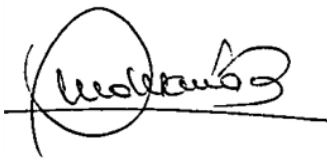
Notifíquese lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARIA PATRICIA YEPES GARCIA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN
(En licencia reconocida)