

**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:	05001310501320210027101
Proceso:	Ordinario
Demandante:	VICTOR HUGO PACHECO RESTREPO
Demandado:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
M. P.	MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo:	19/05/2023
Decisión:	CONFIRMA Y ADICIONA

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

Se fija hoy 29/05/2023 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, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	VICTOR HUGO PACHECO RESTREPO
DEMANDADAS	COLPENSIONES y PORVENIR.A
ORIGEN	Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05-013-2021-00271-01
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, LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE y la Ponente MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del art. 13 del Ley 2213 de 2022 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por VICTOR HUGO PACHECHO RESTREPO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

Víctor Hugo Pacheco Restrepo formula demanda contra Porvenir S.A. y Colpensiones pretendiendo se declare: **i)** La ineficacia del traslado del RPM hacia el RAIS realizado a Porvenir S.A. y, por ende, que las cosas vuelvan al estado en el que se encontraban, entendiéndose que siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media- RPM. Como consecuencia de ello, se condene a Porvenir S.A.; **ii)** a transferir la totalidad del capital ahorrado por este debidamente indexado a órdenes de Colpensiones; **iii)** condenar a Colpensiones a reactivar su afiliación y a tener en cuenta las semanas cotizadas por este en RAIS, para efectos de acceder a la pensión de vejez; **iv)** a recibir el capital acumulado en Porvenir S.A, rendimientos y cuotas de administración debidamente indexado; **v)** a acreditar en la historia laboral todas las semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, incluidas las del RAIS; **vi)** que, en el evento de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez a la fecha de emitirse sentencia de instancia, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la misma en el régimen de prima media.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el día 1 de febrero de 1960, afiliándose al ISS en diciembre de 1976, trasladándose al RAIS a través de Horizonte -hoy Porvenir S.A.- en febrero de 2003, sin recibir una asesoría adecuada, precisa y oportuna de parte del asesor de dicho fondo; no le explicaron las ventajas, desventajas y consecuencias jurídicas del traslado a ese régimen pensional, conduciéndolo en error, confiando en falsas promesas de adquirir una pensión a una menor edad y en un monto superior al que le otorgaría el extinto

¹ 01PrimerInstancia; Archivo 02Demanda.pdf Pag 4-12, 05CumplimientoRequisitos

ISS. Para 2021 contaba con aproximadamente 1060 semanas. Luego de recibir proyecciones pensionales por parte de Porvenir S.A, se dio cuenta que su mesada pensional en la AFP ascendería a \$1.000.000, mientras que en el RPM podría aspirar a una mesada aproximada de \$2.600.000, existiendo una gran diferencia entre las mismas, evidenciándose la falta de consejo y asesoría por el fondo al no informarle sobre aspectos tan importantes como el cálculo del IBL, recibiendo información sólo hasta el año 2021 por solicitud que él mismo elevó, sin tener la posibilidad para dicha data de retornar al RPM, repercutiendo de manera directa en su expectativa de vida. El 4 de junio de 2021 solicitó a Colpensiones su traslado al RPM y pensión de vejez, siendo negada su petición.

Oposición a las pretensiones de la demanda

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

i) Colpensiones²

Alega la inexistencia de algún vicio en el consentimiento o menoscabo a derechos fundamentales, siendo el interés del demandante captar una prestación económica a menos edad de la exigida en el RPM y beneficiarse de todas aquellas características propias del RAIS. Se opone tanto a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, como al reconocimiento de la pensión de vejez, por no cumplir los requisitos de ley para acceder a la misma y a las costas del proceso. Excepcionó como previas: Falta de competencia y petición antes de tiempo y como de mérito: Carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, Inexistencia de la obligación de reconocer y pagar pensión de vejez al demandante, prescripción, compensación indexada, devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados, buena fe de Colpensiones, improcedencia de condena en costas y compensación.

ii) Porvenir S.A.³

El traslado de régimen que efectuó el actor es completamente válido. No se allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia de la afiliación que alega, sin haber causa que invalide la afiliación voluntaria al RAIS. 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

Sentencia de primera instancia⁴

El 5 de agosto del 2022, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, tras referir el precedente legal y jurisprudencial vigente en la materia, concluyó que las administradoras de los fondos de pensiones tienen la obligación del deber información para que el afiliado tome una decisión libre, consciente y voluntaria frente al traslado de régimen pensional, para lograr mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones, debiendo ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición, la eventual pérdida de beneficios pensionales, no siendo entonces, el formulario de afiliación por sí solo, una prueba fehaciente o absoluta que dé cuenta que la decisión estaba mediada por el suficiente conocimiento, procediendo a declarar la ineficacia de la

² 01PrimeralInstancia; 16ContestacionColpensiones.pdf Pag 12-34

³ 01PrimeralInstancia; 17ContestacionPorvenir.pdf Pag 2-20.

⁴ 01PrimeralInstancia; 44ctaAudiencia.pdf Pag 1-5.

afiliación del señor Víctor Hugo Pacheco Restrepo al RAIS administrado por PORVENIR S.A, condenándola a trasladar a Colpensiones dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 1 de febrero de 2003, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, ordenando a Colpensiones a recibir estas sumas de dinero y activar la afiliación del actor, declaró de manera oficiosa la excepción de petición antes de tiempo en lo relativo a la pensión de vejez, condenó en costas a Porvenir S.A, fijando agencias en derecho en \$2.000.000.

Recurso de apelación

Apoderada de Porvenir S.A: Inconforme con la sentencia de instancia, presentó recurso de apelación frente a la misma, solicitando la no declaratoria de la ineficacia, en atención a que las obligaciones como la doble asesoría, desincentivar la afiliación e incluso la obligación del buen consejo no estaban vigentes para la época en la que se efectuó el traslado del actor, no siendo factible obligársele a los fondos privados a cumplir con obligaciones que no estaban presentes en esa época de forma retroactiva.

Solicita en el evento de no revocarse lo relativo a la declaratoria de ineficacia, no condenarse a la entidad al traslado de los gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y los seguros previsionales, al ser sumas que se utilizaron para la generación de fondos y rendimientos que se ven reflejados de forma positiva en las cuentas de los afiliados, al prestarse un servicio y no estar en el patrimonio de Porvenir S.A. Respecto a los seguros previsionales, indicó que dichas sumas fueron destinadas para el cubrimiento de los riesgos generados y cubiertos al momento de la afiliación al fondo, es decir, son sumas que hacen parte de un tercero, por lo que condenar al fondo a trasladar nuevamente estos conceptos a Colpensiones, implicaría ir en contra del principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Una vez concedido el traslado para alegar de conclusión en esta sede, Porvenir S.A, Colpensiones y la parte actora lo recorrieron oportunamente, indicando lo siguiente:

Porvenir S.A⁵: Solicitó que se revoque la declaratoria de ineficacia del traslado, reiterando lo argumentado al contestar la demanda y al formular la alzada, en torno a la ausencia de razones fácticas y jurídicas para declarar la ineficacia de traslado por haberse configurado de forma libre, espontánea y sin presiones, existiendo por parte de esta AFP el debido cumplimiento del deber de información que se exigía para la época, además porque el actor admite que su deseo de retornar al RPM es por la diferencia en la mesada pensional, siendo palmario que su motivación no es por la forma en cómo se produjo el acto, sino en el cumplimiento de sus expectativas pensionales, lo cual no puede entenderse como un engaño. La entidad adicionalmente hizo campañas masivas para educar al consumidor financiero para enterarlos sobre los cambios normativos, por lo que la documental que extraña el juez en su fallo, que den cuenta de la información entregada al afiliado, no eran obligación de la entidad, por lo que no es cierto que ésta esté en mejor posición probatoria; así el deber de buen consejo, doble asesoría e incluso la desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores y no pueden aplicarse de forma retroactiva; también se avizora

⁵ 02SegundaInstancia, 04AlegatosPorvenir013202100271.

incumplimiento por parte del demandante del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo que conlleva a que pueda beneficiarse de su propia culpa o negligencia.

Pide que, de confirmar la ineficacia de la afiliación, no se ordene al traslado del porcentaje descontado para garantía de pensión mínima, los gastos de administración y el valor de las primas de seguro previsional, ya que las sumas de gastos de administración tiene soporte legal en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, son dineros que ya no están en poder del fondo por haberse destinado a cubrir los riesgos de vejez y muerte, y trasladarlos constituiría un enriquecimiento sin justa causa puesto que se estarían inaplicando las normas legales que regulan las restituciones mutuas, resaltando que toda decisión judicial de traslado de régimen pensional debe tener como objetivo constitucional la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, tal y como se estudió por el Tribunal Superior de Medellín en la sentencia de radicado 05001310500720150129501, en donde se negó la ineficacia de la afiliación con base en el referido principio constitucional, lo cual también se enriquece con el concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia en el concepto de radicado 2019152169-003-000 del 17 de enero de 2020. Finalmente, en cuanto la condena en costas afirma no es procedente ante la ausencia de mala fe por parte de Porvenir S.A.

Colpensiones⁶: Reitera lo expuesto en sus alegatos de conclusión en primera instancia resaltando que no tuvo injerencia en el acto de traslado, alegando inoponibilidad por haber sido un tercero de buena fe, solicitando subsidiariamente que se tenga en cuenta que la decisión adoptada en primera instancia constituye una carga desproporcionada en cabeza de Colpensiones, conformándose la decisión en torno a la orden a los fondos privados de devolver y reintegrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora y de manera indexada los conceptos de gastos de administración, seguros previsionales, cuentas para el fondo de garantía mínima y cuotas abonadas al fondo de garantía mínima.

Parte demandante⁷: Solicita se confirme la decisión emitida por la A quo, por cuanto no fue informada por la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A, sobre las consecuencias jurídicas que este traslado de régimen pensional le implicaría, como lo era la reducción del valor de su mesada pensional, el número de mesadas pensionales a las que tendría derecho, entre otras situaciones relevantes, no siendo el mismo espontaneo, voluntario y libre, induciéndola al error, siendo carga de la AFP realizar una asesoría adecuada e integra, oponiéndose al desconocimiento de documentos realizado por Colpensiones, aclarando que la historia laboral, la respuesta negativa al traslado de régimen pensional, y la negativa del reconocimiento de la pensión de vejez en el RPM, son documentos entregados directamente por la entidad, y frente a los cuales no se interpuso tacha de falsedad para aducir que no pueden tenerse en cuenta como medios probatorios.

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.

⁶ 02SegundaInstancia, 03AlegatosColpensiones013202100271

⁷ 02SegundaInstancia, 05AlegatosDemandante013202100271

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 la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS; de ser afirmativa la respuesta, **b)** se determinarán las consecuencias de la declaración y los conceptos que deberán ser trasladados a Colpensiones.

Hechos relevantes probados documentalmente

El señor Víctor Hugo Pacheco Restrepo nació el 1 de febrero de 1960⁸, inició cotizaciones al extinto Instituto de los Seguros Sociales –ISS– el 1 de diciembre de 1976⁹. Posteriormente, el 21 de diciembre de 2002 suscribió formulario de afiliación a Horizonte S.A.¹⁰ y luego fue trasladada a Porvenir S.A en razón de la cesión por fusión de ésta AFP con Horizonte S.A, efectivo a partir del día 1 de febrero de 2003 según certificado SIAFP emitido por Asofondos¹¹. Para agosto de 2021 contaba con 1.081 semanas cotizadas en toda su vida laboral¹².

El 4 de junio de 2021 solicitó a Colpensiones su traslado al Régimen de Prima Media con prestación definida y pensión de vejez, solicitudes que fueron rechazada por cuanto se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse, y no encontrarse afiliado a Colpensiones, respectivamente¹³.

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, 335¹⁴ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁵, 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 1994¹⁶; 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 expresas¹⁷ para las

⁸ 01PrimerInstancia, 02Demanda.Pdf. Pág. 29

⁹ 01PrimerInstancia, 02Demanda.Pdf. Pág. 30/33

¹⁰ 01PrimerInstancia, 02Demanda.Pdf. Pág. 29.

¹¹ 01PrimerInstancia, 17ContestacionPorvenir. Pdf. Pág.27

¹² Carpeta 01PrimerInstancia; 17ContestacionPorvenir.pdf. Pág. 32/42 y 02Demanda.pdf. Pág.51/53

¹³ 01PrimerInstancia; Archivo 02Demanda.pdf Pag 49/50

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.”*

¹⁶ 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

¹⁷ **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”.**

entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994¹⁸.

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.

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.

¹⁸ 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.

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 afiliada, *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 quienes integran la pasiva 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, al momento del traslado la asesoría que recibió no fue completa, sin informarle de qué dependía su pensión y la forma de causarla, sin recibir una re asesoría oportuna.

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, y la supuesta negligencia que le endilga la pasiva, pues en este caso, en virtud de la carga dinámica de la prueba ésta 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 el señor Víctor Hugo Pacheco Restrepo nació el 1 de febrero de 1960¹⁹, por lo que, al 1 de abril de 1994, cuando entró en vigencia el SGSSP, contaba con 34 años de edad, data para al cual, no se encontraba vinculado con ningún empleador que le estuviera realizando aportes al sistema pensional, no tenía 15 o más años de servicios y/o cotizaciones según la historia laboral aportada al proceso y la certificación Electrónica de Tiempos Laborados - CETIL²⁰, - Dirección Seccional de Salud de Antioquia, por tanto, no fue beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El 21 de diciembre de 2002 suscribió formulario de afiliación a Horizonte S.A (hoy Porvenir S.A.)²¹, el cual acusa de ineficaz. En el mes de junio de 2021 presentó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando aceptar su retorno al RPM²², siendo rechazada la misma por encontrarse a diez años o menos de adquirir la edad de pensión²³.

Adicionalmente, fue recaudado interrogatorio al demandante, sin que se produjera confesión de su parte, pues en torno a las condiciones presentadas para su vinculación al RAIS, manifestó que le realizaron una reunión grupal muy corta, informándole que se podía pensionar con menor edad y con un mayor monto, recibiendo información respecto a que Colpensiones se iba a acabar y por miedo a quedarse sin pensión realizó el traslado, sin recibir de manera posterior algún tipo de re asesoría.

En este caso, la AFP Porvenir S.A, como encargada de tramitar la afiliación inicial del demandante al RAIS, estaba llamada a demostrar que tal afiliación no se vio afectada en su eficacia por haberle suministrado la información suficiente, clara, completa al entonces potencial afiliado, sin embargo no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar al hoy demandante una oportuna información adecuada, suficiente, cierta y comprensible, en términos de transparencia y eficiencia respecto de la vinculación en los dos regímenes pensionales; ni sobre los beneficios e inconvenientes que le generaría el suscribirse a un régimen o a otro, y en general, las consecuencias del tal afiliación, entre ellas, las modalidades de la pensión, el capital necesario para acceder a la pensión de vejez de manera ordinaria, o anticipada, los componentes y variables para establecer el monto de la prestación económica en el RAIS y su comparativo en el RPM, los requisitos para heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecimiento, el derecho de retracto, las implicaciones de la negociación anticipada del bono pensional, la posibilidad e incluso la necesidad de hacer cotizaciones adicionales, para obtener la prestación de vejez en el RAIS, entre otros aspectos relevantes, para generar en el posible afiliado, verdadero consentimiento plenamente informado y por tanto, libre y voluntario en la selección o traslado de régimen de pensiones, y ese deber de información es exigible en cada etapa de

¹⁹ 01PrimeraInstancia; Archivo 02Demanda.pdf Pag 54/55

²⁰ 01PrimeraInstancia; Archivo 02Demanda.pdf Pag 51/53

²¹ 01PrimeraInstancia, Archivo 17ContestacionPorvenir. Pdf. Pág.29

²² 01PrimeraInstancia, Archivo 02Demanda.pdf Pag

²³ 01PrimeraInstancia, Archivo 02Demanda.pdf Págs.49/50

la afiliación y ejecución del acto jurídico, como bien ha aclarado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

De ello no hay elementos de convicción en el plenario, pues la AFP Porvenir S.A solo allegó el respectivo formulario de afiliación a Horizonte S.A y afirmó que estando suscrito por el demandante, predicando que lo hizo de manera libre y voluntaria, y, por contener las declaraciones del artículo 114 de la ley 100 de 1993, no es dable restarle valor y menos desconocer este acto; sin embargo, al respecto, 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 lo interpretado por la pasiva en el sentido de que los actos del demandante posteriores al traslado, como su prolongado silencio, fueren indicadores de su intención de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual, debiendo recordarse el reiterado precedente de la Sala de Casación Laboral, según el cual, el debate probatorio en los asuntos de ineficacia de traslado se encamina a establecer si, con anterioridad y al momento del acto de traslado, se cumplió el tantas veces nombrado deber de información, **sin considerar los actos posteriores que el afiliado pudiese realizar, pues** la jurisprudencia del órgano de cierre en materia de seguridad social ha dilucidado de manera uniforme que, si la debida asesoría no se brinda con anterioridad y/o al momento de la materialización del traslado, al no cumplir su propósito de generar consentimiento informado para el acto de traslado, se equipara a la ausencia de información (**SL1688-2019, SL2877-2020, SL2937-2021, SL3349-2021**), y adicionalmente, esa falta de información en esta materia, no se convalida por los traslados de administradoras dentro del Régimen de Ahorro Individual (SL3199- 2021).

De ahí que, no procede adoptar el criterio aislado contenido en la providencia **SL2440-2021**, 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, vulneradoras de la

libre y voluntaria selección de régimen prevista en el literal b del Artículo 13 de la ley 100 de 1993 genera consecuentemente la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, como respuesta 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 SL-4360 de 2019**, concluyendo en que: “la sanción impuesta en el artículo 271 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, 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 principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, con el fin de que COLPENSIONES cuente con los recursos necesarios, y fundamentalmente se garantice la no afectación financiera del Régimen de Prima Media, y pueda satisfacer las prestaciones que se generen a su cargo, producto de la declaratoria de ineficacia, todos los recursos recibidos con motivo de la afiliación al régimen de Ahorro Individual, deben trasladarse a la administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto, tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, dado que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional se cubren las prestaciones causadas. Además de ser menester que, por efecto de la declaratoria de la ineficacia en asuntos como el abordado en este proceso, la parte beneficiada económicamente con el acto ineficaz por omisión del deber de información garantice que el patrimonio de la persona inducida a la afiliación no sufra deterioro, y pueda disfrutar de las prestaciones del RPM, como si hubiera permanecido en él.

Bajo las referidas premisas, se confirmarán, 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, 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, **así como 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**, conceptos descontados 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 hoy 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 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, consecuentemente a la declaratoria de ineficacia, todos los recursos deben trasladarse a Colpensiones, administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de la pensión que se genere en favor de la hoy demandante, 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.

Porvenir S.A. deberá responder por estos conceptos por el tiempo en que el demandante permaneció afiliado a la AFP Horizonte S.A, en razón de la fusión por absorción de ésta AFP con Porvenir S.A.; en este sentido se **adicionar**á la sentencia conocida en apelación y consulta.

Pero, retomando el punto, y por las mismas razones expuestas en este acápite, considerando el precedente de la Sala de Casación Laboral 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 las AFP del RAIS durante el periodo de afiliación del hoy demandante ante ellas, 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 lo expuesto por Porvenir S.A en sus alegatos en esta sede, respecto al **Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia**, a la luz del artículo 28 del CPACA, 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 2008, toda vez que dicha norma fue expedida para efectos de traslado en asuntos referentes a multiafiliación, 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.

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.

III. EXCEPCIONES

En grado jurisdiccional de consulta se estudian, además, las excepciones formuladas por la pasiva, las cuales quedan implícitamente resueltas, por haberse causado lo pretendido en la demanda. La excepción previa propuesta por Colpensiones al momento de dar respuesta a la demanda denominada Falta de Competencia²⁴, no fue resuelta por la juez de instancia ante desistimiento de la misma presentada por la apoderada de la entidad en la audiencia del artículo 77 del CPTYSS²⁵.

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 y el reconocimiento pensional se presentó como una de las consecuencias del retorno al RPM administrado por Colpensiones, 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

La condena en costas corre a cargo de dicha AFP, por haber omitido el deber de asesoría en el acto jurídico de traslado de régimen pensional del actor, lo que conllevó a que en el presente proceso se declarara la ineficacia de la afiliación al RAIS, y al resultar vencida en juicio, deviene acertada su imposición en la primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A por haber resultado vencida en su recurso. Se fijan agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente en 2023 (1 SMLMV) en favor de la 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 la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín el 5 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por VICTOR HUGO PACHECO RESTREPO contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., **adicionándola** en el sentido de advertir que Porvenir S.A. deberá responder por los conceptos que se le ha ordenado trasladar a Colpensiones, tanto por el

²⁴ Carpeta 01PrimerInstancia; 16ContestacionColpensiones .pdf. Pág. 17

²⁵ Carpeta 01PrimerInstancia; 31ActaAudiencia77.Pdf.

tiempo en que directamente ha administrado las cotizaciones del demandante, como por aquel en que el demandante permaneció afiliado a la AFP Horizonte S.A.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. por haber resultado vencida en su recurso. Se fijan agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente en 2023 (1 SMLMV) en favor del demandante.

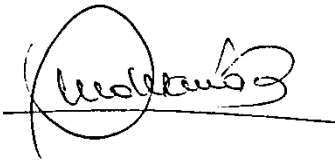
Notifíquese lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Las Magistradas,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

LILIANA MARIA CASTAÑEDA DUQUE
(En ausencia justificada)