

**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:	05001310500420190075901
Proceso:	Ordinario
Demandante:	EGNA JOSEFA SARMIENTO GUTIÉRREZ
Demandado:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
M. P.	MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo:	08/05/2023
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 09/05/2023 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, ocho (08) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	EGNA JOSEFA SARMIENTO GUTIÉRREZ
DEMANDADAS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A
ORIGEN	Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05-004-2019-00759-01
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 las Magistradas 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 de la Ley 2213 de 2022 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por EGNA JOSEFA SARMIENTO GUTIÉRREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A.

En atención a la sustitución de poder aportada vía electrónica el 17 de marzo de 2023¹ suscrito por Eliana Moreno Pedroza en calidad de representante legal suplente de la firma Muñoz y Escruceria S.A.S. identificada con NIT.900.437.941-7, se le reconoce personería en calidad de apoderada sustituta, a la abogada María José Otero Martínez, identificada con la CC 1.152.185.422 y portadora de la TP 242.503 del C. S de la J.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda²

Egna Josefa Sarmiento Gutiérrez formula demanda contra Colpensiones y Porvenir S.A, pretendiendo se declare: **i)** la nulidad del traslado efectuado al RAIS administrado por Porvenir S.A, toda vez que existió un vicio en el consentimiento en razón de la omisión al deber de información. En virtud de lo anterior, que se condene a **ii)** Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes efectuados al RAIS, incluidos los rendimientos financieros y sin lugar a descontar las cuotas de administración, **iii)** y a Colpensiones a tener como válida su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. **iv)** Lo ultra y extra petita que resultare probado al interior del proceso. **v)** Costas procesales y agencias en derecho a cargo de las demandadas.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el día 10 de enero de 1957 y se vinculó a la AFP Porvenir S.A en el mes de diciembre del 2006. Respecto a ésta afiliación indica que el fondo privado no fue claro, ni preciso frente a la información brindada, pues no le explicó los

¹ 02SegundaInstancia, 04AlegatosColpensiones, pág. 10

² 01PrimeraInstancia; 01ProcesoOrdinarioDigitalizado.pdf. Págs 9/12.

riesgos, beneficios y características de cada régimen pensional, con lo cual considera se violentó el deber de información y a su vez los principios de buena fe y transparencia. El 24 de octubre de 2019 Colpensiones dio respuesta negativa a la reclamación administrativa elevada por la demandante, en donde le indicó que no era procedente su solicitud de retorno al Régimen de Prima Media dado que se encontraba a diez años o menos de cumplir la edad de pensión.

Oposición a las pretensiones de la demanda

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

i) Colpensiones³

Los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 estipulan que los elementos para tener como ineficaz una afiliación son que la suscripción no provenga del afiliado, circunstancia que no ocurre en el presente caso pues la actora de su puño y letra firmó el formulario de afiliación a Porvenir S.A, y en segundo lugar que la afiliación se hubiere efectuado bajo presión o coacción, situación que tampoco se presentó en el caso que nos ocupa puesto que la demandante de manera libre, voluntaria y sin presiones tomó la decisión de vincularse a la referida AFP del RAIS. De otro lado, no es posible aceptar el retorno de la señora Eгна Josefa Sarmiento Gutiérrez al RPM considerando que se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse de régimen pensional por faltarle diez años o menos para cumplir la edad de pensión.

Excepciono: imposibilidad de traslado de régimen, improcedencia de la declaratoria de ineficiencia del traslado, devolución de cuotas de administración, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, equivalencia del ahorro e imposibilidad de condena en costas.

ii) Porvenir S.A⁴

El traslado de régimen pensional realizado por la hoy demandante es válido, habida cuenta de que provino de una decisión consciente, espontánea y sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, además de que dicho acto jurídico se celebró siguiendo todos los requisitos exigidos por la normas vigentes para la fecha del traslado, es decir, la actora recibió información suficiente sobre las implicaciones de su traslado y las características del RAIS antes de tomar la decisión de afiliarse a Porvenir S.A, por lo que no puede ser ignorada su manifestación vertida en el formulario de afiliación considerando que esta constituye una prueba inequívoca de la voluntad de la demandante, ni mucho menos pueden ser desconocidos los efectos jurídicos derivados de este acto jurídico. Así las cosas, debe entenderse que el traslado cumplió a cabalidad con los requisitos establecidos y que sobre él no pesa ningún vicio u omisión que lo invalide.

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.

³ 01PrimeraInstancia; 03RespuestaDemandaColpensiones.pdf Pag 1/10.

⁴ 01PrimeraInstancia; 01ProcesoOrdinarioDigitalizado.pdf Págs 95/125.

Sentencia de primera instancia⁵

El día 6 de diciembre de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del Instituto de los Seguros Sociales -ISS- hacia la AFP Horizonte S.A (hoy Porvenir S.A) y en consecuencia dispuso su regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, entendiendo que siempre ha estado afiliada en este régimen de forma permanente y sin solución de continuidad. Condenó a Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, tales como aportes, cotizaciones completas, rendimientos financieros causados, las cuotas de administración, el dinero destinado al pago de seguros previsionales y el capital destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, valores que se deben enviar a Colpensiones de forma indexada y con cargo al propio patrimonio de Porvenir S.A. Dispuso además que la devolución de estas sumas debe estar detallada en sus ciclos, valores y demás información relevante para Colpensiones. Ordenó a Colpensiones recibir al demandante, dar continuidad a su afiliación en el RPMPD sin solución de continuidad, y a recibir los valores antes referidos y reflejarlos en la historia laboral de la actora como semanas efectivamente cotizadas a su favor. Por último, condenó en costas a Porvenir S.A, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.300.000 pesos en favor de la demandante.

Para fundamentar lo decidido, el juez de primera instancia acudió al precedente judicial vigente en la materia y señaló que a Porvenir S.A. le correspondía demostrar el cumplimiento de su deber de información en forma eficiente, eficaz, completa, oportuna y comprensible antes de la suscripción del formulario de afiliación, carga probatoria que no satisfizo con el interrogatorio de parte, ni con los documentos aportados al proceso, declarando en consecuencia la ineficacia de traslado de régimen pensional.

Recurso de apelación

Apoderada de Porvenir S.A: Inconforme con la sentencia de instancia, solicitó revocarla en su totalidad, precisando que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado dado que la demandante suscribió el formulario de afiliación a Horizonte S.A de manera libre y voluntaria, luego de que el fondo privado le entregara información suficiente sobre las condiciones de su traslado. Sobre este punto resaltó que el formulario de afiliación era la única prueba documental que se exigía para acreditar el cumplimiento del deber de información y que además la calidad de la información brindada en la asesoría debe ser valorada de conformidad con los parámetros que se exigían para la fecha del traslado. Adicionalmente, sostuvo que la actora presenta inconformidad con Porvenir S.A no por la calidad de la información brindada en la asesoría que motivó su traslado al RAIS, sino por el incumplimiento de sus expectativas económicas frente al monto de su mesada pensional.

Al mismo tiempo expresó su inconformidad con la condena a trasladar a Colpensiones los gastos de administración, los seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima de manera indexada, alegando que con ello se está imponiendo una doble condena a Porvenir S.A, en tanto ya se le ordenó a ésta entidad trasladar los rendimientos financieros a Colpensiones, de manera que ordenarle además la indexación de los conceptos antes reseñados constituiría un enriquecimiento sin justa causa en favor de la administradora del Régimen de Prima Media

⁵ 01PrimerInstancia; 13AudienciasArts77y80 y 14ActaAudienciaArts77y80.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Una vez concedido el traslado para alegar de conclusión en esta sede, Porvenir S.A y Colpensiones lo recorrieron oportunamente, mientras que la parte demandante se abstuvo de pronunciarse.

Porvenir ⁶

Señaló que no comparte la decisión de declaratoria de ineficacia del traslado de régimen bajo el argumento de que no se aportó al proceso prueba que permita constatar la información brindada en la asesoría a la señora Sarmiento Gutiérrez, pues con ello se está solicitando a las AFP obligaciones que no eran legalmente exigibles para la época en la que se efectuó el traslado de la hoy demandante. Además de ello tal declaratoria desconocería la falta de diligencia y cuidado de la actora, quien en su interrogatorio manifestó no haber realizado comparaciones con otras AFP, no haber hecho preguntas o indagaciones en el momento de suscripción del formulario y no hacer uso de los diferentes canales de atención al usuario que brinda Porvenir S.A.

Sin perjuicio de lo anterior, solicitó que en el evento de que se llegare a confirmar la declaratoria de ineficacia de traslado, sea absuelta de la orden de devolver a Colpensiones las comisiones de administración, alegando que este descuento se realiza de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y tiene como finalidad no sólo retribuir la gestión de las AFP sino también sufragar el pago de seguros previsionales y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así las cosas, trajo a colación el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia de radicado 2019152169-003-000 del 17 de enero de 2020, donde señaló que en casos como el presente sólo procede la devolución de las cotizaciones junto con los rendimientos financieros generados. Finalmente, adujo que las cuotas de administración no están destinadas a financiar la pensión de vejez de la parte actora y que como consecuencia de ello, resulta aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción.

Colpensiones⁷

Solicitó revocar en su totalidad la sentencia de instancia, alegando que con las pruebas allegadas al proceso la demandante no logró acreditar los supuestos de hecho y de derecho que conducen a la declaratoria de ineficacia del traslado. De este modo si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha ordenado la inversión de la carga de la prueba en este tipo de procesos, dicha situación resulta ventajosa para los afiliados, quienes únicamente les basta con la simple afirmación de que el fondo privado no les brindó información precisa, clara y exacta, para tener por ineficaz su afiliación al RAIS, lo cual ha conllevado a que los fallos judiciales en la actualidad se expidan en contra de los fondos privados y de manera indirecta se afecten los intereses de Colpensiones. Con lo señalado la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado, como la negligencia de la parte actora respecto a su vinculación con el fondo privado o los actos de relacionamiento que realice dentro del RAIS.

Al mismo tiempo, con el fallo de instancia también se está desconociendo que el deber de información ha tenido tres etapas, por lo que hasta el año 2016 los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el

⁶ 02SegundaInstancia, 03AlegatosPorvenir0420190759.

⁷ 02SegundaInstancia, archivo 04AlegatosColpensionesSustitución0420190759

conocimiento y asentimiento por parte del afiliado respecto al traslado de régimen. Así las cosas, imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes para la época del traslado se constituye en una situación de carácter imposible a nivel probatorio y que no resulta jurídicamente válido, en la medida de que tal exigencia desvirtúa los principios de confianza legítima, legalidad y debido proceso, lo cual implica que se emitan fallos condenatorios que afectan la sostenibilidad financiera del sistema.

II. SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Examinados los hechos y pretensiones de la demanda, así como la oposición formulada por las demandadas, y los argumentos de la decisión de primera instancia, interpreta la Sala, que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar: **a)** la viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación 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 con su respectiva indexación.

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

Hechos relevantes probados documentalmente

La señora Eгна Josefa Sarmiento Gutiérrez nació el 10 de enero de 1957⁸ e inicio cotizaciones al extinto Instituto de los Seguros Sociales –ISS– el 1 de enero de 1996⁹. Posteriormente, el 24 de mayo 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.¹¹. Al 30 de enero de 2020 contaba con 840 semanas cotizadas en toda su vida laboral¹².

El 22 de octubre de 2019 solicitó a Porvenir S.A información acerca de su situación pensional y adicionalmente autorizar su regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida¹³, pero el 26 de noviembre de 2019 la AFP del RAIS da respuesta negativa a su petición, indicándole que no era posible su traslado hacia Colpensiones puesto que se encontraba inmersa en la prohibición del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003¹⁴. En el mes de octubre de 2019 presentó

⁸ 01PrimeraInstancia, archivo 01ProcesoOrdinarioDigitalizado Pág 46. No se aportó copia del registro civil de nacimiento, pero sí copia de su cédula de ciudadanía que da cuenta de esta fecha, la cual no fue discutida por la pasiva dentro del proceso.

⁹ 01PrimeraInstancia, 01ProcesoOrdinarioDigitalizado.pdf. Pág 150 y 06HistoriaLaboralPruebaColpensiones.pdf. Pág 1.

¹⁰ 01PrimeraInstancia, 01ProcesoOrdinarioDigitalizado.pdf. Págs 29, 129 y 130.

¹¹ 01PrimeraInstancia, 01ProcesoOrdinarioDigitalizado.pdf. Pág 129.

¹² 01PrimeraInstancia, 01ProcesoOrdinarioDigitalizado.pdf. Pág 142.

¹³ 01PrimeraInstancia, 01ProcesoOrdinarioDigitalizado.pdf. Págs 18/21.

¹⁴ 01PrimeraInstancia, 01ProcesoOrdinarioDigitalizado.pdf. Págs 26/28 y 164/168

reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando aceptar su retorno al RPMPD¹⁵, sin embargo, el 24 de octubre de 2019 la administradora del RPM rechazó su petición bajo el argumento de que no era posible su traslado toda vez que se encuentra a diez años o menos de adquirir la edad de pensión¹⁶.

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, 335¹⁷ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁸, 3, 4, 10, 12, 13 literal b, Inciso 3º del Literal c) del artículo 60, 90, 97, 271; iii) Artículo 4 y demás normas concordantes del Decreto 656 de 1994¹⁹; iv) Decreto 692 de 1994; v) El Decreto 663 de 1993, cuyo artículo 72 en su literal f) adicionado por el art. 12 de la Ley 795 de 2003, contiene prohibiciones expresas²⁰ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994²¹.

Adicionalmente es pertinente hacer un breve recuento de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que estructura el tema, y está contenida en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2877, SL4811 de 2020, y SL1217, SL782 de 2021, basada en la necesidad de determinar si en cada asunto concreto, la AFP receptora de la afiliación satisfizo, tanto para ese momento, como durante la vigencia de la relación con quien demanda la ineficacia, la obligación consagrada en el numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, aplicable

¹⁵ 01PrimeraInstancia, 01ProcesoOrdinarioDigitalizado.pdf. Págs 38/41.

¹⁶ 01PrimeraInstancia, 01ProcesoOrdinarioDigitalizado.pdf. Pág 48.

¹⁷ Las actividades que desarrollan las AFP al tenor del **artículo 335 de la CN.**, son de interés público y su ejercicio está reglamentado por la ley, en razón de la función que desempeñan.

¹⁸ Consagró el artículo primero de esa ley 100, como objeto del aludido sistema: *garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad “para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan.”*

¹⁹ Conforme al **artículo 4** y demás normas concordantes del **Decreto 656 de 1994**, las administradoras se sitúan en el ámbito de la **responsabilidad profesional**, que **las obliga a prestar de manera eficiente, eficaz y oportuna los servicios** inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, considerados idóneos por sus conocimientos técnicos especializados y experiencia en compleja materia financiera, para garantizar derechos de sus asegurados; tal responsabilidad se mide con mayor rigor que el utilizado frente a las obligaciones entre particulares, en razón a la delegación del servicio público de seguridad social en pensiones que asumen en el RAIS, sostiene la SCL de la H. Corte Suprema

²⁰ **Se les prohíbe: “No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”.**

²¹ Norma reglamentaria de los arts. 105 y parcialmente del 287 de la ley 100 de 1993 en cuanto al régimen de promoción y de responsabilidad de las sociedades AFP. disponiendo en el inciso final del artículo 4: QUE LAS ACTUACIONES DE LOS VENDEDORES EN EL EJERCICIO DE SU ACTIVIDAD OBLIGAN A LAS AFP, respecto de la cual se hubiere promovido la respectiva vinculación, es decir, comprometen la responsabilidad de éstas como establece su art. 10 y precisa en el art. 12 que tales promotores deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante la vinculación, y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

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.

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 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, al momento del traslado la asesoría que recibió no fue completa, y nunca estuvo enterada de lo que realmente estaba firmando, y no le indicaron de que dependía su pensión, no le hablaron del derecho de retracto, y no tuvo 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 Eгна Josefa Sarmiento Gutiérrez nació el 10 de enero de 1957²², por lo que, al 1 de abril de 1994, cuando entró en vigencia el SGSSP para ella, por ser trabajadora dependiente del sector privado, contaba con 37 años de edad y no tenía 15 años o más de servicios y/o cotizaciones, por tanto, en principio, en razón de la edad fue beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El 24 de mayo de 2002 suscribió formulario de afiliación a Horizonte S.A (hoy Porvenir

²² 01PrimeraInstancia, archivo 01ProcesoOrdinarioDigitalizado Pag 46

S.A)²³, el cual acusa de ineficaz. En el mes de octubre de 2019 presentó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando aceptar su retorno al RPMPD²⁴, sin embargo, el 24 de octubre de 2019 la administradora del RPM rechazó su petición bajo el argumento de que no era posible su traslado toda vez que se encuentra a diez años o menos de adquirir la edad de pensión²⁵.

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, manifestó que se afilió a Horizonte S.A producto de un encuentro que tuvo con un asesor comercial de ésta AFP, el cual omitió practicarle una asesoría y con ello informarle acerca de las consecuencias que implicaría trasladarse de régimen pensional. Así mismo afirmó que suscribió el formulario de afiliación bajo la errada concepción de que se estaba afiliando únicamente a cesantías, lo cual da cuenta de la falta de información que rodeó su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En este caso, la AFP Porvenir S.A, como encargada de tramitar la afiliación inicial de la 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 a la entonces potencial afiliada, 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 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 la 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

²³ 01PrimeraInstancia, 01ProcesoOrdinarioDigitalizado.pdf. Págs 29, 129 y 130.

²⁴ 01PrimeraInstancia, 01ProcesoOrdinarioDigitalizado.pdf. Págs 38/41.

²⁵ 01PrimeraInstancia, 01ProcesoOrdinarioDigitalizado.pdf. Pág 48.

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

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

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, 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.

Sino que Porvenir S.A, también debe trasladar a la referida AFP del RPM, las cuotas de administración, el dinero con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de las aseguradoras, conceptos descontados 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 previamente a la afiliación de la situación particular de la 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 de la afiliada, 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 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.

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

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 de la hoy demandante ante ellas, se deben trasladar debidamente **indexadas** y con cargo a sus propios recursos, aspecto en el cual, se adicionará la decisión de instancia, 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.

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

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.

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.

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

IV. COSTAS

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 Cuarto Laboral del Circuito de Medellín el 6 de diciembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por EGNA JOSEFA SARMIENTO GUTIÉRREZ contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A, **modificándola y adicionándola**, en el sentido en que esta última:

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 a dicho régimen.

Además, PORVENIR S.A trasladará a Colpensiones los valores descontados a la actora por concepto de aportes para la garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos, trasladará debidamente indexados a Colpensiones el valor de comisiones de administración y primas de seguros descontados en el mismo lapso que permaneció como afiliada ante ella.

Adicionalmente, PORVENIR S.A deberá responder por estos conceptos por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a la AFP Horizonte S.A, en razón de la fusión por absorción de ésta AFP con 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 recursos correspondientes a los conceptos aludidos, e incorporar los respectivos aportes pensionales completos en la historia laboral de la demandante como si hubiera permanecido en el RPM.

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 de la demandante.

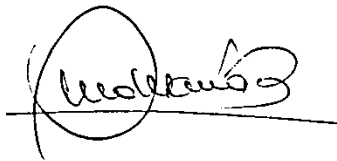
Se ordena notificar lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Las Magistradas,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



LILIANA MARIA CASTAÑEDA DUQUE