

**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:	05360310500120220015901
Proceso:	ORDINARIO
Demandante:	LUIS ALONSO LONDOÑO SÁNCHEZ
Demandado:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
M. P.	ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ SL TSM
Fecha de fallo:	10/11/2023
Decisión:	ADICIONA Y CONFIRMA

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

Se fija hoy 14/11/2023 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, diez (10) de noviembre dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	Luis Alonso Londoño Sánchez
DEMANDADAS	Colpensiones y Porvenir S.A.
ORIGEN	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Itagüí
RADICADO	05360 31 05 001 2022 00159 01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Consulta y apelación
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

SENTENCIA

La Sala Sexta de decisión Laboral, integrada por las Magistradas ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE y la Ponente ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ, profiere sentencia escrita al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

LUIS ALONSO LONDOÑO SÁNCHEZ formuló demanda en contra de PORVENIR y COLPENSIONES para que se declare **i)** que PORVENIR lo engañó con el fin de trasladarlo y mantenerlo afiliado en ese régimen pensional; y, como consecuencia **ii)** la ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro

¹ 01PrimerInstancia; 01DemandaAnexos.pdf Pág. 3 a 5.

Individual con Solidaridad -RAIS- y se ordene la inmersión en el RPM; **ii)** que COLPENSIONES debe aceptar el traslado.

En atención a lo anterior, pidió que se condene a: **i)** PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el 100% de las cotizaciones, bonos, etc., con los rendimientos causados, debidamente indexados; **ii)** PORVENIR a pagar a COLPENSIONES y de su patrimonio, los dineros que fueron descontados de las cotizaciones realizadas, para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, prima de reaseguros de Fogafín, fondo de solidaridad y primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, todo debidamente indexado; **iii)** COLPENSIONES a recibir de PORVENIR todas las cotizaciones, bonos, con los rendimientos que hubieren causado; **iv)** COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez con un mesada adicional cada año, los reajustes anuales de Ley, y el retroactivo pensional desde el momento en que se acredite el retiro del servicio; a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y/o indexación.

En el evento de no condenar a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional y los intereses moratorios, se conde a PORVENIR a la indemnización de perjuicios materiales: **i)** reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde la acreditación del retiro del servicio y hasta el momento que tal obligación se ordene a cargo de COLPENSIONES; **ii)** al pago de los intereses moratorios o en subsidio la indexación, hasta que se ordene la obligación a cargo de COLPENSIONES; **iii)** al pago de costas y agencias en derecho; y, **iv)** lo que resulte probado conforme a las facultades ultra y extra petita.

De forma subsidiaria solicitó se condene a PORVENIR a la indemnización de perjuicios materiales: **i)** reconocimiento y pago de la pensión de vejez de forma vitalicia y en las condiciones que hubiese correspondido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD-; **ii)** pago de la pensión de vejez desde que se acredite el retiro del servicio; **iii)** pago de los intereses moratorios o en subsidio la indexación.

Fundamentó sus pretensiones en que se afilió al RPM en diciembre de 1980, en el cual cotizó hasta el 2001. Los días 1º. de abril de 2001, 30 de mayo de 2002,

2 de julio de 2004 y 31 de enero de 2005, los asesores de BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR, le hicieron suscribir formularios de afiliación a las AFP sin explicarle los pros y contras de esa decisión; además, no le advirtieron las características de los regímenes pensionales para que tuviera oportunidad de escoger. Adujo que el momento de la afiliación no se realizó una asesoría personalizada. PORVENIR S.A. le informó que no cuenta con el archivo físico de la asesoría que recibió al momento de la vinculación al fondo privado y que el monto de la mesada pensional a la edad de 69 años será de \$1.210.600. El 2 de junio de 2022 solicitó traslado ante COLPENSIONES quien lo negó por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad pensional.

Contestaciones de la demanda

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

i) PORVENIR S.A.²: señaló que el demandante recibió información transparente y necesaria; además, el formulario da fe de la declaración escrita a la que se refiere el literal e) del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, por lo que es improcedente tanto la nulidad como la ineficacia del traslado de régimen pensional. Estimó que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS en tanto efectuó aportes a dicho régimen por más de 21 años; además, se opuso a la devolución de los valores de los gastos de administración, pues remitirlos a COLPENSIONES generaría un enriquecimiento ilícito para dicha entidad, en tanto no administró los recursos del afiliado.

Frente a los perjuicios solicitados, adujo que no ha causado daño alguno al demandante y, en el hipotético escenario de aceptar que se presentó un perjuicio, para que haya lugar a indemnizar es necesario que la parte actora pruebe el supuesto de hecho y acredite el daño, la culpa de la administradora y la relación de causalidad. A su vez, indicó que no puede surgir el daño a reparar que se reclama, ya que cumplió con la obligación contractual de administrar en forma diligente el capital del actor, por lo que no existe incumplimiento contractual de la entidad.

² 01PrimerInstancia; 08RtaDemanda.pdf

Excepcionó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la que denominó “*excepción genérica*”.

ii) COLPENSIONES³: señaló que del contrato de afiliación solo se pueden producir efectos respecto de quienes voluntariamente participan en él, es decir, los fondos privados y el demandante. Adujo que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valorados bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado.

Precisó que el actor se encuentra dentro de una prohibición legal para realizar el traslado que pretende, ya que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 69 años de edad, es decir, ya acreditó ese requisito exigido para la pensión de vejez. Sostuvo que dicha prohibición busca la protección del principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, que se afecta con la declaración de ineficacia del traslado, en la medida en que pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Advirtió que, en caso de declarar la pretendida ineficacia, se deberán devolver todas las sumas que comprenden el 16% del descuento realizado al afiliado de los dineros pertenecientes a su cuenta individual, debidamente indexados por el periodo en que permaneció vinculado al fondo privado. En ese sentido, tampoco es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada, una vez logre reunir los requisitos establecidos en la norma, ya que en la actualidad el actor se encuentra válidamente afiliado en el RAIS, razón por la que es el fondo privado quien debe entrar a estudiar la procedencia o no de dicha pretensión. Igualmente, expresó que en caso de que se declare la ineficacia y se determine que es COLPENSIONES quien debe realizar el reconocimiento de la pensión, se debe tener en cuenta que no se agotó en debida forma la reclamación administrativa con relación a tal pedimento.

Señaló que los intereses de mora son improcedentes, ya que en este caso no se evidencia el supuesto de mora o retardo en el pago de mesadas pensionales,

³ 01PrimerInstancia; 12ContestacionColpensiones.pdf

dado que la entidad ha realizado una aplicación juiciosa de la ley, especialmente de aquella que prohíbe el traslado de las personas a quienes les faltan menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez.

Excepcionó de mérito: inexistencia de la obligación respecto al traslado, inexistencia de la obligación de reconocer pensión de vejez, inexistencia de la obligación de reconocer intereses moratorios, improcedencia de la indexación de las condenas, prescripción, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, falta de la legitimación en la causa para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, imposibilidad de condena en costas, excepción innominada, compensación, devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados.

Audiencia del artículo 77 CPTSS⁴

En la etapa de saneamiento, el apoderado de la parte demandante desistió de la pretensión encaminada al reconocimiento de la pensión de vejez, lo cual fue aceptado por la Juez A quo.

Sentencia de primera instancia⁵

El 25 de septiembre de 2023, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Itagüí declaró la ineficacia de la afiliación efectuada a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Ordenó a PORVENIR S.A. efectuar el traslado inmediato a COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales en caso de existir y a través del procedimiento legalmente establecido para su devolución, esto es, el dispuesto por el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 y sus modificaciones, con los rendimientos que se hubieren causado, las sumas descontadas por concepto de comisiones por administración, con destino a las aseguradoras y

⁴ 01PrimeralInstancia; 22VideoAudiencia.mp4

⁵ 01PrimeralInstancia; 22VideoAudiencia.mp4

reaseguradoras, las percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los últimos con cargo a sus propios recursos e indexados.

Igualmente ordenó a COLPENSIONES reactivar la afiliación del actor, recibir las sumas indicadas, consolidar la historia laboral y continuar como su administradora de pensiones. Condenó en costas a PORVENIR S.A. y fijó agencias en derecho en la suma de un SMLMV; sin costas a cargo de COLPENSIONES.

La juez de instancia tuvo en cuenta el precedente judicial vigente en la materia y señaló que correspondía a la AFP demostrar el cumplimiento del deber de información antes de la suscripción del formulario de afiliación, carga probatoria que no se satisfizo con el interrogatorio de parte, ni con los documentos aportados al proceso, por lo que procede la ineficacia del traslado de régimen. Finalmente señaló que, al haber prosperado la pretensión principal, quedaba relevada de pronunciarse sobre las subsidiarias.

Recurso de apelación

i) PORVENIR S.A: solicitó revocar la sentencia proferida, en lo relativo a la condena a devolver los emolumentos diferentes a cotizaciones y rendimientos, de manera indexada y con cargo al patrimonio de la AFP. Señaló que esos rubros corresponden a una obligación de tracto sucesivo, por lo que las sumas no entran en los dineros con los cuales se financia la prestación pensional del actor. A su vez, indicó que el traslado de dichos dineros generaría un enriquecimiento sin causa para COLPENSIONES, ya que se le entregarían unas sumas que no administró durante 21 años.

Agregó que el dinero ya se encuentra actualizado, con lo que la indexación generaría una doble condena. Así, los rendimientos superan con creces cualquier devaluación económica que se pudo causar frente a las sumas que se ordena retornar.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión en esta sede, ambas lo descorrieron oportunamente.

i) El demandante⁶: reiteró los argumentos señalados en el escrito de demanda, solicitó confirmar la decisión y que se ordene devolver los dineros a COLPENSIONES. Así, la AFP debe pagar de su patrimonio, los dineros descontados conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7º. de la Ley 797 de 2003, que fueron extraídos de las cotizaciones realizadas en el RAIS y tenían como fin el pago del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Todo lo anterior debidamente indexado.

ii) COLPENSIONES⁷: se remitió a la contestación de la demanda e insistió en que no tuvo injerencia en el contrato celebrado entre el actor y la AFP, por lo que los efectos jurídicos que surjan de este acto no pueden afectar a la entidad. En el mismo sentido, señaló que la figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica y el interés patrimonial de terceros, que en el presente caso tiene un impacto directo con el principio de sostenibilidad financiera del sistema y la planeación de la reserva pensional.

Agregó que, en caso de no aceptarse la tesis de la inoponibilidad, se debe revisar la decisión de primera instancia y efectuar un test o juicio de proporcionalidad que se compone de 3 criterios: i) la idoneidad o adecuación de la medida tomada; ii) la necesidad de dicha medida; iii) la proporcionalidad entre la medida tomada y los fines perseguidos con ella. Sostuvo que la decisión tomada por la Juez repercute en que se crea de manera injustificada y desproporcionada una obligación en cabeza de la entidad. En tal sentido, al aplicar el referido test de proporcionalidad, no se cumple el segundo criterio, toda vez que existen otros medios menos lesivos para mantener los derechos del afiliado y es que la AFP se haga cargo de las prestaciones económicas que se deriven de la declaratoria de ineficacia.

Finalmente, en caso de no acoger las peticiones anteriores, pidió que se confirme la decisión en lo referente a que el fondo privado debe devolver y reintegrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, las cuotas de administración, las cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, los rendimientos de la cuenta del

⁶ 02SegundaInstancia; 06AlegatosDemandante0120220159.pdf

⁷ 02SegundaInstancia; 04AlegatosColpensiones0120220159.pdf

demandante, anular los bonos pensionales si existieren, el porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y los gastos de administración debidamente indexados, para evitar el detrimento de las cuentas manejadas por la entidad. A su vez, solicito ser absuelta en costas.

iii) PORVENIR S.A.⁸: también reiteró lo señalado en la contestación de la demanda y adujo que, en caso de considerar la ineficacia, debe tenerse presente el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, que menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen. En atención al principio de congruencia de la sentencia, al no ser discutida y menos probada la mala fe de la AFP, no puede condenársele a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES”. Tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros, pues el actor siempre estuvo protegido en las contingencias que aquellas amparan.

Señaló que debe aplicarse la figura de las restituciones mutuas en caso de descontarse los aportes al RAIS, para que no se condene a la entidad a devolver los gastos de administración y de seguros. Respecto a la indexación, indicó que sería incompatible y excluyente, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual no se han visto afectados por la inflación; por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPMPD. Así, ordenar indexación sería imponer una doble sanción.

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia en su integridad para, en su lugar, absolver a PORVENIR S.A de todas y cada una de las pretensiones incoadas.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia de la Sala está dada por los artículos 66 y 66A del C.P.T.S.S., respecto de los puntos objeto de apelación. Igualmente se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, conforme al artículo 69 ibidem, modificado por la Ley 1149 de 2007.

⁸ 02SegundaInstancia; 03AlegatosColpensiones1220210425.pdf

Examinados los hechos y pretensiones de la demanda, la oposición formulada por las accionadas, los argumentos de la decisión de primera instancia y el recurso de apelación, la Sala deberá determinar: **a)** la viabilidad de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional; de ser procedente dicha declaratoria, se precisarán, **b)** las consecuencias que ello acarrea, como que la afiliación al RPM se considere sin solución de continuidad, así como lo concerniente a los conceptos que deben remitirse desde la AFP del RAIS hacia COLPENSIONES.

Lo anterior, dado que el fundamento de las pretensiones de la demanda es el incumplimiento del deber legal de información por parte de la administradora privada, lo que al tenor del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ocasionaría no la nulidad, si no la ineficacia del acto jurídico, tal y como fue abordado por la juez de instancia.

Hechos relevantes probados documentalmente

LUIS ALONSO LONDOÑO SÁNCHEZ nació el 28 de noviembre de 1952⁹. Estuvo al servicio de la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA desde el 1º de diciembre de 1980 hasta el 28 de febrero de 1982, al servicio del MUNICIPIO DE MEDELLÍN del 30 de abril de 1984 al 10 de agosto de 1989¹⁰ y el 16 de noviembre de 1995 realizó aportes a COLPENSIONES como trabajador independiente¹¹. El 1º de abril de 2001 suscribió formulario de traslado hacia HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.¹², el 30 de mayo de 2002 se trasladó a PORVENIR S.A.¹³, y el 31 de enero de 2005 retornó nuevamente a HORIZONTE hoy PROVENIR S.A.¹⁴. Al 3 de agosto de 2022 contaba con 1.421 semanas acreditadas en toda su vida laboral, de las cuales 340,5 lo fueron ante entidades públicas¹⁵. El 2 de junio de 2022¹⁶ solicitó la afiliación a COLPENSIONES, la cual

⁹ 01PrimerInstancia; 01DemandaAnexos.pdf Pág. 16. No se aportó Registro Civil de Nacimiento, pero sí copia de la cédula de ciudadanía que indica tal fecha, la cual no fue discutida por la pasiva.

¹⁰ 01PrimerInstancia; 08RtaDemanda. pdf. Pág. 93

¹¹ 01PrimerInstancia; 12ContestacionColpensiones. pdf. Pág. 57

¹² 01PrimerInstancia; 01DemandaAnexos.pdf. Pág. 31.

¹³ 01PrimerInstancia; 01DemandaAnexos.pdf. Pág. 32.

¹⁴ 01PrimerInstancia; 01DemandaAnexos.pdf. Pág. 34. Si bien en la Pág. 33 hay otro formulario de afiliación a HORIZONTE del 2 de julio de 2004, una vez verificado el certificado de ASOFONDOS, SIAFP, se observa que el traslado de PORVENIR A HORIZONTE se dio el 31 de enero de 2005. 01PrimerInstancia; 08RtaDemanda. pdf. Pág. 200

¹⁵ 01PrimerInstancia; 08RtaDemanda. pdf Pág. 97

¹⁶ 01PrimerInstancia; 12ContestacionColpensiones.pdf Pág. 63

fue negada el mismo día¹⁷, por cuanto se encontraba a 10 años o menos del requisito de edad para pensionarse.

a) Ineficacia de la afiliación al RAIS

Con la finalidad de determinar el punto, es menester acudir a los siguientes preceptos normativos que regulan la materia:

i) Los artículos 48, 53, 335¹⁸ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) la Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁹, 3, 4, 10, 12, 13 literal b, Inciso 3º del Literal c) del artículo 60, 90, 97, 271; iii) el artículo 4 y demás normas concordantes del Decreto 656 de 1994²⁰; iv) el 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 expresas²¹ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los artículos 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994²².

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

¹⁷ 01PrimeraInstancia; 01DemandaAnexos.pdf Pág.17.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.”*

²⁰ 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

²¹ **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”.

²² 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, en que dispone 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.

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 administradoras 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*”. Adicionalmente, no se puede predicar, como sostienen la pasiva y 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 la alta Corporación sobre la necesidad de que la decisión del traslado de régimen esté precedida de toda la información relevante que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda afiliarse, la cual debe ser suficiente, completa y clara sobre las implicaciones que conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Nótese que el 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, al punto de contemplar sanciones ante la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones:

- (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) Que la información otorgada sea ser completa y comprensible. y,
- (iii) Que la información se proporcione 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 potencial afiliado.

En ese orden, es necesario verificar en cada proceso si la AFP suministró de manera previa una *información clara, completa y suficiente*, en términos de transparencia y eficiencia, a fin de poder concluir que la decisión adoptada en tal momento, 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.

Así, tal y como reitera la CSJ en sentencias SL 1688 de 2019 y 373 de 2020, radica en la AFP el deber de brindar una información oportuna y adecuada, ello, indiferentemente de si se tiene o no beneficio transicional o si se está próximo a adquirir requisitos para pensionarse, “dado que la omisión al deber de información se predica frente a la validez o no del acto jurídico de traslado.”

Por estas razones, lo argumentado por la pasiva en torno a la capacidad del actor al suscribir el formulario, o su obligatoriedad de informarse en relación con las consecuencias de la celebración del acto jurídico, o sus actos de relacionamiento al efectuar cotizaciones, conocer extractos y no efectuar el traslado de régimen cuando legalmente estuvo habilitado para hacerlo, el no efectuar comparaciones entre fondos, o que las condiciones de funcionamiento de estos no son imposición de los mismos, si no de la normatividad que los rige, no constituyen razones atendibles para exonerar del cumplimiento de sus obligaciones a las administradoras, menos aún, por cuanto en asuntos como el presente, no se discute la capacidad jurídica de los celebrantes, ni la licitud del o los traslados; se atiende es al hecho de haberse dado el traslado de régimen pensional sin que haya estado precedido de la satisfacción del cumplimiento del deber de información por parte de las administradoras que captaron al afiliado, quien afirma que nunca recibió asesoría.

Tampoco son admisibles los argumentos en cuanto a que el traslado obedeció a una decisión espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, cumplió los requisitos exigidos en la ley y se satisfizo el deber de información en los términos exigidos para entonces, pues tal situación tampoco se acreditó, en tanto la defensa se limitó a afirmar que así había ocurrido.

Recuérdese que conforme a la carga dinámica de la prueba, ésta radica en cabeza de las AFP que a través de sus agentes que propiciaron el traslado de régimen del asegurado, tal y como se aprecia en la sentencia SL4426-2019, en la cual la Corte expuso los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa de que la parte actora efectúa una afirmación indeterminada *-que no recibió información-* y es la AFP a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, al hallarse en mejor posición de ilustrarlo, por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Además, el fallador está facultado por el **artículo 167 del Código General del Proceso**, para distribuir la carga de la prueba y asignarla a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todos los elementos de convicción tendientes a esclarecer el objeto del litigio y, en asuntos como el que hoy se estudia, 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 fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, y la que se 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 recibieron las personas que tuvieron a cargo la asesoría dada al interesado y que posibilitó el acto jurídico de vinculación o traslado al fondo de pensiones.**

Como ya se dijo, LUIS ALONSO LONDOÑO SÁNCHEZ nació el 28 de noviembre de 1952²³ por lo que, al 30 de junio de 1995²⁴, cuando entró en vigencia el SGSSP para él, por ser trabajador del sector público del orden

²³ 01PrimerInstancia; 01DemandaAnexos.pdf Pág. 16. No se aportó registro civil de nacimiento, pero sí copia de la cédula de ciudadanía que indica tal fecha, la cual no fue discutida por la pasiva.

²⁴01PrimerInstancia; 08RtaDemanda. pdf. Pág. 93.

territorial²⁵, contaba con 42 años y no tenía 15 o más años de servicios y/o cotizaciones; por tanto, no fue beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El 1º de abril de 2001 suscribió formulario de traslado hacia HORIZONTE²⁶, acto que acusa de ineficaz. El 30 de mayo de 2002 se trasladó a PORVENIR S.A.²⁷ y el 31 de enero de 2005 retornó nuevamente a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.²⁸ El 2 de junio de 2022²⁹ presentó formulario de afiliación ante COLPENSIONES, la cual fue negada el mismo día³⁰.

Igualmente, en el interrogatorio al demandante no se advierte confesión, pues manifestó que se trasladó al RAIS con HORIZONTE, en virtud de una reunión grupal que realizó un asesor de la entidad en su lugar de trabajo, donde le indicaron que el ISS iba a desaparecer. Frente al traslado de fondos señaló que lo pusieron a firmar los formularios de afiliación, pero no le dieron información alguna.

Así, en este caso HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., como encargada de tramitar el traslado de régimen pensional, estaba llamada a demostrar que ese acto no se vio afectado en su eficacia por haber suministrado la información suficiente, clara y completa al entonces potencial afiliado; sin embargo, no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar una oportuna información, además de adecuada, suficiente, cierta y comprensible, en términos de transparencia y eficiencia respecto de la vinculación en los dos regímenes pensionales. Tampoco sobre los beneficios e inconvenientes que generaría 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,

²⁵ 01PrimerInstancia; 15. 2022-00278 Contestación Porvenir.pdf. Pág. 68

²⁶ 01PrimerInstancia; 01DemandaAnexos.pdf. Pág. 31.

²⁷ 01PrimerInstancia; 01DemandaAnexos.pdf. Pág. 32.

²⁸ 01PrimerInstancia; 01DemandaAnexos.pdf. Pág. 34. Si bien en la página 33 hay otro formulario de afiliación a HORIZONTE del 2 de julio de 2004, una vez verificado el certificado de ASOFONDOS, SIAFP, se observa que el traslado de PORVENIR A HORIZONTE se dio el 31 de enero de 2005. 01PrimerInstancia; 08RtaDemanda. pdf. Pág. 200

²⁹ 01PrimerInstancia; 12ContestacionColpensiones.pdf Pág. 63

³⁰ 01PrimerInstancia; 01DemandaAnexos.pdf Pág.17.

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 el verdadero consentimiento, plenamente informado y por tanto, libre y voluntario en la selección o traslado de régimen de pensiones. Además, ese deber de información es exigible en cada etapa de la afiliación y ejecución del acto jurídico, como bien lo ha aclarado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

No se allegó elemento de convicción sólido, distinto del formulario de afiliación, respecto del cual PORVENIR S.A. adujo que no es dable restarle valor y menos desconocer el acto, al estar suscrito por el demandante, quien lo hizo de manera libre y voluntaria; sin embargo, en este sentido, las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia del traslado: **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 Fondos de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en la que deben constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. Conforme a la norma referida, la prueba de la diligencia y cuidado recae en quien debió emplearlo y ello no se satisface solo con allegar documentos previamente elaborados que suscriben las partes y en los que se limitan a llenar espacios en blanco, 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 anterior 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 brindar 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.

Lo considerado en esta providencia también sustenta que los actos posteriores al traslado, como el prolongado silencio o el sufragar aportes, no sean

indicadores de la intención de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual, punto en el que debe recordarse lo reiterado por la Sala de Casación Laboral, según la cual el debate probatorio en los asuntos de ineficacia de traslado se encamina a establecer si, con anterioridad y al momento de ese acto, se cumplió el tantas veces mencionado deber de información, **sin considerar los actos posteriores que el afiliado pudiese realizar**. Así, de manera uniforme se ha dicho 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, se equipara a la ausencia de información (**SL1688-2019, SL2877-2020, SL2937-2021, SL3349-2021**); adicionalmente, esa falta de información en la 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 por ejemplo en la providencia **SL2440-2021**¹⁸, emitida por una de las Salas de Descongestión de la CSJ y en la cual se expuso la tesis de los llamados “*actos de relacionamiento*” que valga anotar, había formulado la Sala de Casación Laboral permanente en la sentencia 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 a todo lo expuesto, el incumplimiento de las mencionadas obligaciones de información por parte de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. se entiende vulnerador de la libre y voluntaria selección de régimen prevista en el literal b del Artículo 13 de la ley 100 de 1993¹⁹ y genera consecuentemente la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, como repuesta Jurídica a la transgresión de ese deber legal. Ello implica que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica y, por tanto, no produzca efectos, como fue precisado en la sentencia SL4360 de 2019, en la cual se concluyó que “*la sanción impuesta en el artículo 271²⁰ 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 anterior da lugar a garantizar el derecho del extremo accionante a retornar al Régimen de Prima Media con

Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES y a declarar que allí ha permanecido la afiliación, sin solución de continuidad, lo que conlleva la reactivación de su respectiva vinculación con este último régimen.

Tales motivaciones permiten **confirmar** en ese aspecto la sentencia.

b) Consecuencias de la declaratoria de ineficacia

En virtud del 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 prestaciones. Recuérdese que tales sumas repercutirán en la conformación de un eventual 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, es 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. -AFP a la que actualmente se encuentra afiliado el actor - en el sentido que ésta no solo debe trasladar 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 que se han generado durante todo el tiempo en que el hoy demandante figuró como afiliado al RAIS.

Así, **PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, las cuotas de administración, el dinero con destino al Fondo de Garantía de Pensión**

Mínima y las sumas adicionales de las aseguradoras descontadas durante los periodos de afiliación, pues no se discute la legalidad de tales descuentos, ni, si el dinero fue administrado adecuada y eficientemente. En ese orden, como consecuencia de la ineficacia del traslado inicial al RAIS, por no haberse estudiado la situación particular del hoy demandante previamente a la afiliación y al ignorarse cuáles fueron los argumentos esgrimidos por las AFP para aseverar que cumplió con los deberes de información, no es pertinente exonerarlas de la devolución de tales conceptos, independientemente de que COLPENSIONES no haya administrado el dinero de los aportes, ni asumido los riesgos que esa actividad conlleva. Tampoco se puede discutir una inexistencia de motivos para entregarlos, detrimento patrimonial, ni enriquecimiento sin causa de COLPENSIONES y la parte actora, ni se transgreden derechos de las demandadas, por evidenciarse la omisión de asesoría completa y previa a la migración con destino al RAIS y dentro de ese mismo régimen, pues si bien existió una administración por parte de las AFP de orden privado, además del pago de seguros, todos los recursos deben trasladarse a COLPENSIONES, consecuentemente a la declaratoria de ineficacia, administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las prestaciones que se genere en favor del extremo hoy demandante, como anteriormente se explicó.

PORVENIR S.A. también deberá responder por la devolución de lo descontado por cuotas o gastos de administración durante el tiempo de afiliación del actor a la AFP HORIZONTE S.A. en virtud de la fusión presentada, pues al celebrar el referido negocio jurídico se subrogó tanto en derechos como en obligaciones respecto de sus afiliados, y debe protegerse el equilibrio financiero del RPM.

Se rememora que a la luz del precedente de la Sala de Casación Laboral²¹ rememorado en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021**, las cuotas de administración, los descuentos del seguro previsional y lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, descontadas por la AFP del RAIS durante el periodo de afiliación del extremo hoy demandante, se deben trasladar **debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**, aspecto en el que también se confirmara la decisión de instancia.

No se acogerá lo alegado en esta sede por el demandante respecto a la devolución de la prima de reaseguros de Fogafín, toda vez que no fue objeto de recurso de apelación.

Se **adicionar**á la sentencia de instancia, en cuanto a que, 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. Igualmente, el cumplimiento de las órdenes impartidas será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con PORVENIR S.A., sin trasladar consecuencias negativas a la parte actora.

III. EXCEPCIONES

Las excepciones formuladas por la pasiva quedan implícitamente resueltas, por haber salido avante lo pretendido en la demanda.

En especial, no operó la prescripción pues la ineficacia no está sometida a dicha figura, por conllevar la inexistencia del acto jurídico sobre el que recae; además esta Sala acoge la postura pacífica de la H. Corte Suprema de Justicia reiterada en la Sentencia SL1197 de 2021, 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

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A por haber sido vencida en la alzada. Las agencias en derecho se fijan en el equivalente a un SMLMV para 2023.

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: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Itagüí el 25 de septiembre de 2023, dentro del proceso ordinario laboral promovido LUIS ALONSO LONDOÑO SÁNCHEZ contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en cuanto a disponer que, 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. Igualmente, el cumplimiento de las órdenes impartidas será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con PORVENIR S.A., sin trasladar consecuencias negativas a la parte actora.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

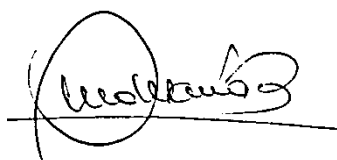
TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y en favor del demandante. Agencias en derecho en el equivalente a un SMLMV para 2023.

Notifíquese lo decidido por edicto y devuélvase el expediente al despacho de origen.

Las Magistradas,



ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE
(En ausencia justificada)