

**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:	05001310501120210030201
Proceso:	ORDINARIO
Demandante:	ÁNGELA MARÍA HENAO ZEA
Demandado:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
M. P.	ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ SL TSM
Fecha de fallo:	10/11/2023
Decisión:	MODIFICA 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	Ángela María Henao Zea
DEMANDADAS	Colpensiones y Porvenir S.A.
ORIGEN	Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001 31 05 011 2021 00302-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Consulta y apelación
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

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, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ÁNGELA MARÍA HENAO ZEA contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

SENTENCIA

Hechos y pretensiones de la demanda¹

ANGELA MARÍA HENAO ZEA formuló demanda contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para que se declare **i)** la nulidad del traslado a PORVENIR S.A. y consecuentemente que ha estado válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD- administrado por Colpensiones; Pidió así que se condene a **ii)** PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados, incluidos los rendimientos, sin descuentos por cuotas de

¹ 01PrimerInstancia; 001Demanda. Pág. 2/4

administración; **iii)** COLPENSIONES a tener válida, vigente y continua la afiliación al RPMPD; **iv)** lo ultra y extra petita; y **vi)** a las demandadas a pagar las costas procesales con agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 2 de junio de 1962, inició cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES en diciembre de 1986 y se trasladó a PORVENIR S.A. en julio de 2001. El 12 de mayo de 2021 solicitó a COLPENSIONES que la afiliara a dicho régimen, petición que fue negada en esa misma fecha, con fundamento en que se encontraba dentro de la prohibición legal de retornar, además que no procede alguna causal de anulación, pues el traslado se realizó en ejercicio de su derecho a la libre elección de régimen.

Contestaciones de la demanda

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

i) PORVENIR S.A.²: sostuvo que el traslado es válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza. Así, el formulario de vinculación evidencia que el acto fue realizado de forma libre y espontánea, y la actora gozó de suficiente ilustración; incluso alega en la demanda su propia negligencia. Excepcionó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

ii) COLPENSIONES³: también expuso que el acto de traslado goza de plena validez, por lo que así debe considerarse la vinculación de la demandante al RAIS. Sin embargo, no se opone a que prospere la declaración de nulidad, siempre que se ordene trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima, la equivalencia del ahorro, los rendimientos, el dinero destinado al pago de seguros previsionales y los gastos de administración. Excepcionó: carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia

² 01PrimerInstancia; 11ContestacionPorvenir

³ 01PrimerInstancia; 12ContestaciónColpensiones

de la obligación, improcedencia de la indexación de las condenas, prescripción, devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados, buena fe de COLPENSIONES, improcedencia de condena en costas y compensación.

Sentencia de primera instancia⁴

El 27 de septiembre de 2023, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín declaró no probadas las excepciones propuestas, la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante a PORVENIR S.A. y que aquella siempre estuvo afiliada al RPMPD. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, las sumas del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y bonos pensionales, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todas debidamente indexadas. Indicó que, al momento de efectuar el traslado, los conceptos debían estar discriminados con sus respectivos valores, los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifiquen. Ordenó a COLPENSIONES recibir tales sumas de dinero y activar la afiliación de la actora al RPMPD sin solución de continuidad, concedió el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Fundamentó la decisión en el precedente judicial vigente en la materia, conforme al cual a PORVENIR S.A. le correspondía 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 accedió a las pretensiones de la demanda e impuso las consecuencias jurisprudenciales dispuestas en la materia.

Recurso de apelación

⁴ 01PrimeraInstancia; 19AudienciaArt77y80. Minuto. 38:40

PORVENIR S.A.⁵: se mostró inconforme con la decisión de primera instancia y pidió que se revoque la orden de devolver los gastos de administración y seguros previsionales de forma indexada, con sustento en que tales descuentos tienen disposición legal, además de que se ordenó el traslado de los rendimientos que fueron superiores. Resaltó que la actora estuvo amparada por los seguros previsionales y tales descuentos también se efectúan en el RPM, razón por la cual ese rubro no afecta la prestación de demandante. Argumentó que, de aplicarse la ineficacia de manera estricta, estaría obligada a devolver los aportes y no los rendimientos y por ello solicitó que de estos se compensen los descuentos legalmente efectuados y la indexación.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión en esta sede, PORVENIR S.A.⁶ y COLPENSIONES⁷ lo describieron oportunamente. La primera reiteró los argumentos de la apelación, y adicionalmente sostuvo que la demandante incumplió con el deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios jurídicos, razón por la que se debe revocar la sentencia y absolver a la AFP la de la condena en costas al haber actuado de buena fe y buscar el beneficio de la filiada. La segunda señaló que la responsabilidad de suministrar la información era de la AFP PORVENIR S.A. Por tanto, si no cumplió con ello, debe ser esta quien asuma las consecuencias de la ineficacia del acto o, en su defecto, que asuma el monto total de la prestación a reconocer en el RPM.

La parte actora renunció al término para presentar alegatos de conclusión⁸.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia de la Sala está dada por los artículos 66, 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 del ibidem, modificado por la Ley 1149 de 2007.

⁵ 01PrimerInstancia; 19AudienciaArt77y80. Minuto. 59:27

⁶ 02SegundaInstancia; 03AlegatosPorvenir

⁷ 02SegundaInstancia; 04AlegatosColpensiones

⁸ 02SegundaInstancia; 05RenunciaTerminoDemandante

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 interpuesto, 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 trasladarse 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 las administradoras privadas, 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 acertadamente lo indicó el A quo.

No se pronunciará la Sala respecto a lo alegado por PORVENIR S.A. en cuanto a las costas, pues este aspecto no fue objeto del recurso de alzada, y los alegatos de conclusión no son la oportunidad procesal para ampliar los puntos de objeción.

Hechos relevantes probados documentalmente

ÁNGELA MARÍA HENAO ZEA nació el 2 de junio de 1962⁹. Se afilió al extinto ISS el 10 de diciembre de 1986¹⁰, al cual efectuó cotizaciones por 37,86 semanas. Suscribió formulario de traslado hacia PORVENIR S.A. el 17 de mayo de 2001¹¹ y el 3 de septiembre de 2003 efectuó traslado a BBVA HORIZONTE¹². Para el 30 de enero de 2019 contaba con 1.041 semanas cotizadas en toda su vida laboral¹³. El 12 de marzo de 2021 solicitó a Colpensiones la afiliación al RPM¹⁴, la cual fue negada el mismo día¹⁵.

⁹ 01PrimerInstancia, 001Demanda. Pág. 31. No aportó Registro Civil de Nacimiento, pero sí copia de la cédula de ciudadanía que da cuenta de la fecha de nacimiento, hecho que no fue discutido.

¹⁰ 01PrimerInstancia, 001Demanda. Pág. 104/106

¹¹ 01PrimerInstancia, 001Demanda. Pág. 44

¹² 01PrimerInstancia, 001Demanda. Pág. 43

¹³ 01PrimerInstancia; 011ConstentaciónPorvenir. Pág. 28/34

¹⁴ 01PrimerInstancia, 001Demanda. Pág. 97/100

¹⁵ 01PrimerInstancia, 001Demanda. Pág. 101/103

a) Ineficacia de la afiliación al RAIS

Con la finalidad de determinar el tema planteado por parte de la actora, es menester acudir a los siguientes preceptos normativos que regulan la materia:

i) Los artículos 48, 53, 335¹⁶ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) la Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁷, 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 1994¹⁸; 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 expresas¹⁹ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los artículos 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994²⁰.

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,

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.”*

¹⁸ 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

¹⁹ **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”.**

²⁰ 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.

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 de Justicia 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 de la activa 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 habilitada 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 a la afiliada, quien afirma que el asesor le indicó que el ISS se iba a acabar y que su mejor opción pensional era en dicho fondo.

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 que la parte acora efectúa una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es la AFP a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, al hallarse en mejor posición de ilustrarlo, por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Además, 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 ÁNGELA MARÍA HENAO ZEA nació el 2 de junio de 1962²¹, por lo que, para el 30 de junio de 1995, cuando entró en vigencia el SGSSP para ella, por ser trabajadora del Municipio de Medellín, contaba con 33 años y no tenía 15 o más años de servicios y/o cotizaciones. Se afilió al extinto ISS el 10 de diciembre de 1986²² y efectuó allí cotizaciones por 37,86 semanas. Se

²¹ 01PrimeraInstancia, 001Demanda. Pág. 31. No aportó Registro Civil de Nacimiento, pero sí copia de la cédula de ciudadanía que da cuenta de la fecha de nacimiento, hecho que no fue discutido.

²² 01PrimeraInstancia, 001Demanda. Pág. 104/106

trasladó a PORVENIR S.A. el 17 de mayo de 2001²³ y el 3 de septiembre de 2003 efectuó traslado a BBVA HORIZONTE²⁴. Para el 30 de enero de 2019 contaba con 1.041 semanas cotizadas de en toda su vida laboral²⁵. El 12 de marzo de 2021 solicitó a Colpensiones la afiliación al RPM²⁶, la cual fue negada el mismo día²⁷.

Igualmente, en el interrogatorio a la demandante²⁸ no se advierte confesión, pues manifestó que se trasladó a PORVENIR S.A. en el año 2001 por falta de conocimiento, pues la persona que la vinculó a la entidad - alguien de la Alcandía donde trabajaba- no le dio información acerca del RAIS. No tuvo asesoría de la AFP, no se acercó a las oficinas de los fondos para solicitar información, y desea retornar a COLPENSIONES porque quiere una buena pensión y porque tiene a su cargo a su señora madre y necesita una buena calidad de vida para las dos.

En este caso 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 a la entonces potencial afiliada; 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 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 el verdadero consentimiento,

²³ 01PrimerInstancia, 001Demanda. Pág. 44

²⁴ 01PrimerInstancia, 001Demanda. Pág. 43

²⁵ 01PrimerInstancia; 011ConstentaciónPorvenir. Pág. 28/34

²⁶ 01PrimerInstancia, 001Demanda. Pág. 97/100

²⁷ 01PrimerInstancia, 001Demanda. Pág. 101/103

²⁸ 01PrimerInstancia; 19AudienciaArt77y80. Minuto. 12:15

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 la 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 la afiliada 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**²⁹, 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 de la afiliada 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 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 1993³⁰ 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 271³¹ de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que*

²⁹ por la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral

³⁰ **13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.** El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

³¹ El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa

conlleve 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.

impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud^{<1>} en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.

Bajo las referidas premisas, se **confirmarán, modificarán y adicionarán** las órdenes impartidas a **PORVENIR S.A.** en la primera instancia, en el sentido que esta AFP, dentro de los **30 días siguientes a la ejecutoria** de la presente providencia, debe trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros que se han generado durante todo el tiempo en que la hoy demandante figuró como afiliada al RAIS.

PORVENIR S.A. **también debe trasladar a** COLPENSIONES, de manera indexada y con cargo a su propio patrimonio, 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, aspecto en el que se modifica la sentencia para indicar que estos son los únicos rubros que deben ser asumidos de manera indexada y con cargo a su propio peculio.

Así mismo se adicionará la sentencia para indicar que PORVENIR S.A. deberá responder por la devolución de lo descontado por cuotas o gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo de afiliación de la actora a BBVA HORIZONTE en virtud de la fusión presentada, pues al celebrar el referido negocio jurídico, se subrogó tanto en derecho como en obligaciones respecto de sus afiliados, y debe protegerse el equilibrio financiero del RPM.

Lo anterior, al no estar en discusión 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 de la hoy demandante previamente a la afiliación y al ignorarse cuáles fueron los argumentos esgrimidos por la AFP para aseverar que cumplió con los deberes de información, no es pertinente exonerarla 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 la

demandada, por evidenciarse la omisión de asesoría completa y previa a la migración con destino al RAIS, pues si bien existió una administración por parte de la AFP de orden privado, además del pago de seguros, todos los recursos deben trasladarse a COLPENSIONES, consecuencialmente 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.

Se rememora que a la luz del precedente de la Sala de Casación Laboral³² 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 cual se adicionará la decisión de instancia, con el fin de que se satisfagan en su valor actualizado, dado la pérdida de poder adquisitivo de la moneda colombiana que constituye un hecho notorio, sin que se pueda predicar que los rendimientos financieros cumplen tal función en tanto los mismos se generan únicamente respecto de los dineros de la cuenta de ahorro individual.

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 parte actora.

³² Esta Sala atiende el precedente judicial original de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir la sentencia con radicado 31989 de 2008 y dando aplicación al artículo 1746 del Código Civil³², en los cuales fundamentan la *ratio decidendi* de estos procesos, donde esa Alta Corporación determinó que por efecto de la entonces denominada nulidad, hoy ineficacia, generada con ocasión del actuar negligente de las AFP del RAIS, en materia de información, éstas se encuentran obligadas a remitir a Colpensiones no sólo las cotizaciones, rendimientos, si los hubiere, cuotas o gastos de administración, lo destinado a garantía de pensión mínima sino también las sumas adicionales de la aseguradora, por tanto, se adopta en estricto sentido lo decidido por nuestro órgano de cierre en la materia, ordenando a la AFP del RAIS, que traslade a Colpensiones, los valores descontados a la demandante durante el tiempo de su afiliación en ella, por concepto de aportes para la Garantía de Pensión Mínima, y con cargo a sus propios recursos, sumas adicionales de las aseguradoras, además de las comisiones de administración.

Se ordenará a COLPENSIONES recibir de PORVENIR S.A. los recursos correspondientes a los conceptos aludidos, y se homologarán en el RPM las semanas cotizadas durante la afiliación en el RAIS.

III. EXCEPCIONES

Las excepciones formuladas por la pasiva quedan implícitamente resueltas, por haberse causado lo pretendido en la demanda.

En especial, no operó la prescripción pues la ineficacia no está sometida a dicha figura, por conllevar la inexistencia del acto jurídico sobre el que recae; además esta Sala acoge la postura pacífica de la H. Corte Suprema de Justicia 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 a cargo de PORVENIR S.A. por no haber prosperado el recurso interpuesto. Como agencias en derecho se señala la suma de un SMMLV para el año 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: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín el 27 de septiembre de 2023,

dentro del proceso ordinario laboral promovido ÁNGELA MARÍA HENAO ZEA contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en el sentido en que la AFP PORVENIR S.A.:

Trasladará **con cargo a sus propios recursos**, los valores descontados por concepto de comisiones de administración, prima de seguros y aportes para la garantía de pensión mínima, debidamente **indexados**. PORVENIR S.A. también trasladará lo descontado por estos conceptos durante el tiempo de afiliación de la demandante a BBVA HORIZONTE.

El cumplimiento de la orden será verificado por COLPENSIONES de manera coordinada con PORVENIR S.A.

Se ordena a COLPENSIONES recibir de PORVENIR S.A., los valores correspondientes a los conceptos aludidos, y homologar en el régimen de prima media las semanas cotizadas por la actora durante su afiliación en el RAIS.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia.

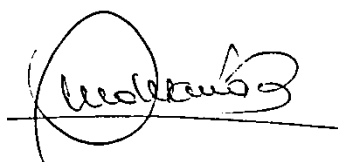
TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y en favor de la demandante; agencias en derecho en el equivalente a un SMLMV para 2023.

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)