

**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: | 05001310500720200018201 |
| Proceso: | Ordinario |
| Demandante: | ANGELA PATRICIA GONZALEZ RUEDA |
| Demandado: | AFP PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES |
| M. P. | MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM |
| Fecha de fallo: | 29 DE JULIO DE 2022 |
| Decisión: | CONFIRMA Y ADICIONA |

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

Se fija hoy 01 de agosto de 2022 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, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

| | |
|--------------|--|
| DEMANDANTE | ANGELA PATRICIA GONZALES POVEDA |
| DEMANDADAS | COLPENSIONES y PORVENIR S.A |
| ORIGEN | Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín |
| RADICADO | 05001-31-05-007-2020-00182-01 |
| TEMAS | Ineficacia de traslado de régimen pensional |
| CONOCIMIENTO | Consulta y apelación |
| ASUNTO | Sentencia de segunda instancia |

En la fecha señalada, la Sala Sexta de decisión Laboral, integrada por los Magistrados ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y la Ponente MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo de la Ley 2213 de 2022 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ANGELA PATRICIA GONZALES POVEDA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A.

En atención a la sustitución de poder remitida por Colpensiones vía correo electrónico el 24 de junio de 2022¹, suscrita por Maricel Londoño Ricardo en calidad de representante legal de la sociedad Muñoz y Escrucería S.A.S., se reconoce personería a Mateo Ortiz Gonzales, con CC 1.037.505.355 y portador de la TP 342.083 del C.S. de la J., para representar como apoderado sustituto los intereses de Colpensiones. En virtud de lo anterior, se entienden revocadas las anteriores sustituciones.

De igual forma, al poder remitido vía correo electrónico el 18 de mayo de 2022², se reconoce personería para representar los intereses de PORVENIR S.A. a la abogada Paula Andrea Arboleda Villa con CC 1.152.201.387 y portadora de la TP 270.475 del C.S. de la J., quien funge como apoderada inscrita en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., identificada con NIT 830515294-0 a quien le fue conferido poder a través de escritura pública N°788 del 06 de abril de 2021 de la Notaría 18 del Círculo de Bogotá. En virtud de lo anterior, se entienden revocadas las anteriores sustituciones.

¹Carpeta 02SegundaInstancia, archivo 05SustitucionColpensiones.pdf

²Carpeta 02SegundaInstancia, archivo 03AlegatosPorvenir.pdf

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda³

El señor Angela Patricia Gonzales Poveda formula demanda contra Colpensiones y Porvenir S.A, pretendiendo se declare: **i)** la ineficacia o la nulidad de su traslado al régimen de Ahorro Individual con solidaridad -RAIS- administrado por Porvenir S.A., por haberse incumplido el deber del buen consejo y por tanto que ha estado afiliada válidamente y sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media -RPM-; y como consecuencia de ello, se condene a **ii)** Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de sus aportes, incluidos los rendimientos, gastos de administración y demás sumas de dinero descontadas y a **iii)** Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media -RPM- y a recibir los aportes y demás sumas de dineros enviadas por Porvenir S.A. y por ultimo **iv)** se condene en costas a las demandadas.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 04 de diciembre de 1965 e inició cotizaciones ante el extinto Instituto de Seguros Sociales -ISS-, acumulando un total de 732 semanas. Posteriormente el 08 de noviembre del año 2006 suscribió traslado al RAIS administrado por Porvenir S.A., sin que se le realizara un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le traería trasladarse de régimen pensional, tampoco se le brindó una asesoría completa, idónea ni transparente, pues no se tuvieron en cuenta las condiciones particulares de la demandante.

Presentó solicitud de traslado a Colpensiones, sin embargo, dicha solicitud fue resuelta negativamente el 05 de febrero de 2020, por encontrarse a diez años o menos de cumplir sus requisitos pensionales.

Oposición a las pretensiones de la demanda

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

i) Porvenir S.A.⁴

La consecuencia jurídica de la nulidad pretendida con la demanda no es procedente pues la jurisprudencia laboral ha determinado que en los casos como el debatido deben abordarse desde la perspectiva de ineficacia y no desde el régimen de nulidades, la cual tampoco tiene razones jurídicas o fácticas para su prosperidad, pues la decisión de la actora fue consciente, espontánea, sin presiones de ninguna naturaleza y se cumplieron todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en que se produjo, ello, previo a recibir información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características del RAIS, resaltando que la afiliada además contaba con plena capacidad para dar su consentimiento en el acto jurídico y que como consumidor financiero tenía el deber de informarse sobre las implicaciones que tendría dicho traslado, igualmente pudo hacer uso de su opción de retracto o trasladarse en varias oportunidades y no lo hizo. 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 01PrimerInstancia; archivo 03 Demanda y Anexos.pdf, Págs. 1 a 5

⁴ 01PrimerInstancia; archivo 11 Contestación Porvenir.pdf, Págs. 1 a 28

ii) Colpensiones⁵

Por carecer de fundamentación fáctica y legal, en la medida que Colpensiones no incumplió ninguna norma legal, por cuanto la afiliación se realizó en debida forma, siguiendo lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Indica que, dentro del proceso obra el formulario de afiliación al RAIS con el cual se demuestra que no hubo constreñimiento alguno al momento de traslado, por lo que la decisión de la actora fue libre y espontánea desfigurándose un posible en el consentimiento. Excepcionó: inexistencia de la ineficacia en el traslado de régimen, indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, inversión de la carga dinámica de la prueba, errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ausencia del cumplimiento de las obligaciones legales del demandante según el Decreto 2241 de 2010 y en virtud de las obligaciones reciprocas del contrato de afiliación, desconocimiento del precedente judicial en los fallos de ineficacias de traslado de régimen pensional, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacias de traslados de régimen, devolución de la totalidad de los aportes debidamente indexados, buena fe de Colpensiones, prescripción, excepción innominada, compensación, imposibilidad de condena en costas.

Sentencia de primera instancia⁶

El 25 de octubre de 2021, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante a Porvenir S.A., y que por tanto se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima con sus respectivos rendimientos financieros a excepción de las cuotas de administración y las sumas que hubiesen sido destinadas al pago de seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte. Condenó a Colpensiones a validar la afiliación de la demandante y a recibir la devolución de los dineros, además de tener en cuenta el tiempo cotizado por la accionante en el RAIS, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral. Condenó en costas a Porvenir S.A en favor de la demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.817.052.

Para fundamentar lo decidido, la 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 sobre el régimen de ahorro individual con solidaridad antes de la suscripción del formulario de afiliación a la demandante, 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:

Porvenir S.A.: Inconforme con lo decidido en la primera instancia, solicitó se revoque parcialmente lo decidido respecto a la orden de trasladar las cuotas de administración, por cuanto dichos descuentos han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de Porvenir S.A., pues son aportes que en su momento se giraron por esta AFP al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y que no se pueden retrotraer, pues la

⁵ 01PrimeralInstancia; archivo 13 Contestación Colpensiones.pdf, Págs. 1 a 22

⁶ 01PrimeralInstancia; archivo 28 Acta Audiencia 77 y 80.pdf

cobertura y el servicio ya se prestó. Precisa, que la inversión de los gastos de administración no se dio de manera caprichosa, sino por el contrario, de conformidad con el mandato legal.

ii) Colpensiones:

Solicita se ordene a Porvenir S.A. a reintegrar a Colpensiones el valor de las cuotas de administración y prima de seguro previsional, junto con los demás aportes de forma indexada. Indica que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es imponer la sanción de retrotraer todo como si nunca hubiere existido en la vida jurídica, es decir, el acto primigenio de la afiliación no existe. Adicionalmente, manifiesta que Colpensiones es un tercero de buena fe y es por ello, que no debe asumir las mermas correspondientes al seguro previsional y es la AFP Porvenir S.A. quien debe velar por el valor total de la cotización.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Una vez corrido el traslado para alegar en esta instancia, Colpensiones y Porvenir S.A., oportunamente allegaron sus alegatos de conclusión a la dirección *myepesg@cendoj.ramajudicial.gov.co*, así:

i) Colpensiones⁷:

Solicita se modifique la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones el 100% de las cotizaciones realizadas por la demandante sin descuento alguno, esto es, que además de los aportes, y rendimientos, traslade el valor de todos los gastos de administración y cuotas de seguro previsional. Ello por cuanto Colpensiones debe garantizársele la integridad de la cotización sin descuento alguno, ya que será quien reciba la afiliación de la asegurada y, para todos los efectos legales la tenga afiliada al fondo público sin solución de continuidad.

ii) Porvenir S.A.⁸:

Solicita revocar en su integridad la sentencia de primera instancia, toda vez que no existen razones fácticas y jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al RAIS pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley; Porvenir S.A. al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte actora la información del Régimen de Ahorro Individual en diferentes momentos, esto es, de manera verbal en una reunión general y colectiva, otra reunión de forma personal al momento de suscribir el Formulario de Afiliación y finalmente dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Aunado a lo anterior, Se recuerda que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante pues, esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la

⁷ 02SegundaInstancia, archivo 03AlegatosColpensiones.pdf

⁸ 02SegundaInstancia, archivo 03AlegatosColpensiones.pdf

Superintendencia financiera de Colombia, teniendo en cuenta lo anterior, no es cierto que Porvenir S.A. se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado.

En el evento de considerar de dejar en firme la ineficacia de la afiliación, se solicita que no se condene al traslado de los dineros descontados por Gastos de administración, pues las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Por último, en relación con la condena en costas, indica que Porvenir S.A. siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS y buscando siempre el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de la AFP.

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)** se precisarán las consecuencias de dicha declaración, como el que su afiliación al RPM se considere sin solución de continuidad, así como lo concerniente a los conceptos que deben trasladarse desde la AFP del RAIS hacia Colpensiones.

Hechos relevantes probados documentalmente

Angela Patricia Gonzales Poveda nació el 04 de diciembre de 1965⁹. Inicialmente se afilió al extinto ISS el 1° de marzo de 1990¹⁰. El 08 de noviembre de 2006¹¹ suscribió traslado con destino a Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo el 1° de enero de 2007¹². Para el 09 de marzo de 2020 contaba con 1.404 semanas cotizadas durante toda su vida laboral, de las cuales 732¹³ lo fueron ante el ISS. El 05 de febrero de 2020¹⁴ radicó formulario de afiliación ante Colpensiones y en la misma fecha la entidad negó la solicitud de la demandante, por encontrarse a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez¹⁵.

⁹ 01PrimerInstancia; archivo 03 Demanda y Anexos.Pdf, Pág. 34

¹⁰01PrimerInstancia; archivo 16 Historia Laboral.pdf

¹¹ 01PrimerInstancia; archivo 03 Demanda y Anexos.Pdf, Pág. 39 y; 11 Contestación Porvenir S.A.pdf, pág. 33

¹² 01PrimerInstancia; archivo 11 Contestación Porvenir S.A.pdf, pág. 37

¹³ 01PrimerInstancia; archivo 03 Demanda y Anexos.Pdf, Pág. 40

¹⁴ 01PrimerInstancia; archivo 03 Demanda y Anexos.Pdf, Pág. 50 y; 14 Expediente Administrativo.zip; archivo GAF-FAF-AF-2020_1601441-20200205121908.pdf

¹⁵ 01PrimerInstancia; archivo 03 Demanda y Anexos.Pdf, Pág. 51 y; 14 Expediente Administrativo.zip; archivo GEN-RES-CO-2020_1601441-20200205121908.pdf

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, 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) Artículo 4 y demás normas concordantes del Decreto 656 de 1994¹⁸; 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 expresas¹⁹ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 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, SL782 de 2021, basada en la necesidad de determinar si en cada asunto concreto, la AFP receptora de la afiliación satisfizo tanto para ese momento, como durante la vigencia de la relación con quien demanda la ineficacia, la obligación consagrada en el numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP desde su creación, de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen”*. No pudiéndose predicar como sostiene la pasiva, ni la Superintendencia Financiera que, la existencia del deber de asesoría, solo se originó desde la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

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. 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.

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 100/93, su *ratio decidendi* aplica para quienes se afilian al Sistema Pensional por primera vez o se trasladan entre regímenes en el marco del mismo, enfatizando en la necesidad de demostrar en cada proceso si la AFP suministró, a quien una vez fuera su potencial afiliado, *información clara, completa, suficiente*, en términos de transparencia y eficiencia, a fin de poder concluirse que la decisión adoptada entonces, obedeció a un conocimiento diáfano y preciso, no sólo de lo que se hacía, sino de las consecuencias que se derivarían de la suscripción del formulario de afiliación correspondiente y que por tanto, ese acto jurídico surgió de una real manifestación de voluntad, libre, espontánea y sin presiones.

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

Por estas razones, lo argumentado por la pasiva en torno a que la suscripción del formulario acredita la libre e informada manifestación de voluntad de la afiliada al momento del traslado, pues ello no constituye razón atendible para exonerar del cumplimiento de sus obligaciones a la Administradora, 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 a la afiliada, quien, según sus dichos al absolver el interrogatorio de parte, escuchó del asesor que tendría las mismas o mejores garantías en dicho fondo con relación a la que podría obtener en el ISS.

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.

Sobre la carga dinámica de la prueba ha de indicarse que ésta se radica en cabeza de las AFP que a través de sus agentes propiciaron el traslado de régimen del asegurado, tal y 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 ilustrarlo, 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 a la afiliada y posibilitó que esta firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

En el sub-lite, mediante la prueba documental se evidencia que Angela Patricia Gonzales Poveda nació el 04 de diciembre de 1965²¹, 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 28 años y no tenía 15 o más años de servicios y/o cotizaciones, por tanto, no fue beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El 08 de noviembre de 2006 suscribió formulario de traslado con destino a Porvenir S.A.²², el cual se acusa de ineficaz. El 05 de febrero de 2020²³ radicó formulario de afiliación ante Colpensiones y en la misma fecha la entidad negó la solicitud de la demandante, por encontrarse a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez²⁴.

²¹ 01PrimeraInstancia; archivo 03 Demanda y Anexos.Pdf, Pág. 34

²² 01PrimeraInstancia; archivo 03 Demanda y Anexos.Pdf, Pág. 39 y; 11 Contestación Porvenir S.A.pdf, pág. 33

²³ 01PrimeraInstancia; archivo 03 Demanda y Anexos.Pdf, Pág. 50 y; 14 Expediente Administrativo.zip; archivo GAF-FAF-AF-2020_1601441-20200205121908.pdf

²⁴ 01PrimeraInstancia; archivo 03 Demanda y Anexos.Pdf, Pág. 51 y; 14 Expediente Administrativo.zip; archivo GEN-RES-CO-2020_1601441-20200205121908.pdf

En el sub judice, fue recaudado interrogatorio a la demandante, sin que se produjera confesión de su parte, pues en torno a las condiciones presentadas durante su traslado hacia el RAIS, manifestó que se afilió a la AFP Porvenir S.A., a raíz de una visita realizada por un asesor en su lugar de trabajo, en la que se realizó una reunión grupal en la que les informaron que su pensión estaba en riesgo y que en el fondo privado tendrían mejores condiciones para su pensión, pues podía recibir un mayor valor en su prestación, a diferencia de lo que recibirían en el ISS, más no le informaron sobre la existencia de una cuenta de ahorro individual, la inversión de sus ahorros, ni sobre la heredabilidad de la prestación.

Porvenir S.A. no aportó elemento de convicción donde se demuestre la asesoría que dice haber brindado a la señora Gonzales Poveda, en momento anterior a la suscripción del formulario de afiliación; siendo esta AFP quien se encargó de tramitar el traslado de régimen pensional, es la llamada a demostrar que ese traslado de régimen no se vio afectado en su eficacia al suministrar la información suficiente, clara, completa a la entonces potencial afiliada, pero se abstuvo de presentar prueba en ese sentido.

En este caso, la pasiva no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar a la 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 distintos del formulario de afiliación en ésta, sobre el cual la AFP Porvenir S.A. adujo que, estando suscrito por la demandante, quien lo hizo de manera libre y voluntaria, no es dable restarle valor y menos desconocer este acto; sin embargo, en este sentido, las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. conforme al **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado recae en quien debió emplearlo y, ello no se satisface solo con allegar documentos previamente elaborados en los que se limita a llenar espacios en blanco, que suscriben las partes, sino con la evidencia real de que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre, y que la asesoría brindada fue suficiente para la persona. Lo cual, es acorde con lo normado en **los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero**

vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, según los cuales, no se trata sólo de completar un formato, ni adherir a una cláusula genérica, sino de haber transmitido elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, sea que estuviere o no la persona en transición.

Los considerandos de esta providencia también sustentan que 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**²⁵, donde una de las Salas de Descongestión de la CSJ., expuso la tesis de los llamados “actos de relacionamiento,” que valga anotar, había formulado la Sala de Casación Laboral permanente en la SL413-2018, en un proceso donde se debatía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, y fue necesario analizar la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional, por cuanto no resultaba diáfano a cuál de los regímenes pertenecía, litigio notoriamente ajeno a los asuntos de ineficacia de traslado de régimen pensional.

Conforme al precedente en cita, acogido por esta Sala, el incumplimiento de las mencionadas obligaciones de información por parte de Porvenir S.A., vulneradora de la libre y voluntaria selección de régimen prevista en el literal b del Artículo 13 de la ley 100 de 1993²⁶ genera consecuentemente la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, como repuesta jurídica a la transgresión de ese deber legal y ello implica que, el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado en **sentencia SL4360 de 2019**, concluyendo en que: “la sanción impuesta en el artículo 271²⁷ de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado”, lo

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

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

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

²⁷ El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud¹ 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.

cual, da lugar a garantizar el derecho de la accionante a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES y a declarar que ha permanecido afiliada, sin solución de continuidad, lo que conlleva a la reactivación de su respectiva afiliación en este último régimen.

Tales motivaciones permiten **confirmar** en ese aspecto la sentencia conocida en apelación y consulta.

b) Consecuencias de la declaratoria de ineficacia

Atendiendo al principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, con el fin de que COLPENSIONES cuente con los recursos necesarios, y fundamentalmente se garantice la no afectación financiera del régimen de prima media, y pueda satisfacer las prestaciones que se generen a su cargo, producto de la declaratoria de ineficacia, todos los recursos recibidos con motivo de la afiliación al régimen de Ahorro Individual, deben trasladarse a la administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto, tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, dado que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional se cubren las prestaciones causadas. Además de ser menester que, por efecto de la declaratoria de la ineficacia en asuntos como el abordado en este proceso, la parte beneficiada económicamente con el acto ineficaz por omisión del deber de información garantice que el patrimonio de la persona inducida a la afiliación no sufra deterioro, y pueda disfrutar de las prestaciones del RPM, como si hubiera permanecido en él, como ha dilucidado el precedente jurisprudencial de la H CSJ en SCL., que esta Sala acoge.

Bajo las referidas premisas, se **confirmarán, modificarán y adicionarán** las órdenes impartidas a **Porvenir S.A.** desde la primera instancia, en el sentido que esta AFP del RAIS, dentro de los **30 días siguientes a la ejecutoria** de la presente providencia, no solo debe trasladar a COLPENSIONES **la totalidad** de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros que se han generado durante todo el tiempo en que la hoy demandante figuró como afiliada al RAIS.

Porvenir S.A., también deberá trasladar a la referida AFP del RPM, las cuotas de administración, el dinero con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de las aseguradoras, por ella descontadas durante el periodo de afiliación de la hoy demandante, pues no se discute la legalidad de tales descuentos, ni, si el dinero de la afiliada 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 del afiliado, ni asumido los riesgos que esa actividad conlleva, no pudiendo discutir inexistencia de motivos para entregarlos, detrimento patrimonial, ni enriquecimiento sin causa para Colpensiones y la demandante, tampoco transgrede derechos de las demandadas, por evidenciarse la omisión de asesoría completa y previa a la migración de la accionante hacia el RAIS y dentro de ese mismo régimen, pues si bien existió una administración por parte de la AFP del RAIS, además del pago de seguros, consecuencialmente a la declaratoria de ineficacia, todos los recursos deben

trasladarse a Colpensiones, administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de la pensión que se genere en favor de la actora, como anteriormente se explicó.

Se rememora que, para efecto de la devolución de conceptos hacia el RPM, con anterioridad, esta Sala de Decisión disponía que, el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente de la Corte Constitucional plasmado en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 de 2010** y **SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM, **y de otro lado**, y se abstenía de ordenar que las AFP del RAIS remitieran con destino a Colpensiones, los valores correspondientes a las sumas adicionales de las aseguradoras, tema que forma parte del recurso de apelación, ante las órdenes impartidas en la primera instancia que aquí se confirma.

Pero, retomando el punto, y por las mismas razones expuestas en este acápite, considerando el precedente de la Sala de Casación Laboral²⁸ contenido en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021**, esta Sala ha precisado que las cuotas de administración y los descuentos del seguro previsional, descontadas por la AFP del RAIS durante el periodo de afiliación de la hoy demandante en ella, **se deben trasladar debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**, con el fin de que se satisfagan en su valor actualizado, dado que la pérdida de poder adquisitivo de la moneda colombiana constituye un hecho notorio.

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.

En consecuencia, las órdenes impartidas a **Porvenir S.A.**, desde la primera instancia, se **CONFIRMARÁN, MODIFICARÁN y ADICIONARÁN**, como se dijo, y se reitera, deberán cumplirse dentro de los **30 días siguientes a la ejecutoria** de la presente providencia.

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 y consulta.

²⁸ Esta Sala atiende el precedente judicial original de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir la sentencia con radicado 31989 de 2008 y dando aplicación al artículo 1746 del Código Civil²⁸, en los cuales fundamentan la *ratio decidendi* de estos procesos, donde esa Alta Corporación determinó que por efecto de la entonces denominada nulidad, hoy ineficacia, generada con ocasión del actuar negligente de las AFP del RAIS, en materia de información, éstas se encuentran obligadas a remitir a Colpensiones no sólo las cotizaciones, rendimientos, si los hubiere, cuotas o gastos de administración, lo 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 Porvenir S.A., que traslade a Colpensiones, los valores descontados al demandante durante el tiempo de su afiliación en ella, por concepto de aportes para la Garantía de Pensión Mínima, y con cargo a sus propios recursos, sumas adicionales de las aseguradoras, además de las comisiones de administración.

III. EXCEPCIONES

Se estudian, además, las excepciones formuladas por la pasiva, las cuales quedan implícitamente resueltas, por haberse causado lo pretendido en la demanda.

En especial, no operó la prescripción pues la ineficacia no está sometida a dicha figura, por conllevar la inexistencia del acto jurídico sobre el que recae y el reconocimiento pensional se presentó como una de las consecuencias del retorno al RPM administrado por Colpensiones, además esta Sala, acoge la postura pacífica de la H. Corte Suprema de Justicia, respecto a que las acciones judiciales tendientes a comprobar la forma en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles, como es el caso de la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

IV. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A por haber resultado vencida en su recurso. Se fija agencias en derecho en el equivalente a 1SMLMV en 2022 y en favor del demandante. Lo anterior a tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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 Séptimo Laboral del Circuito de Medellín el 04 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por la señora **ANGELA PATRICIA GONZALES POVEDA** contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., **modificándola y adicionándola** en el sentido en que esta última:

Trasladará a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, con destino a fondo del RPM **la totalidad** de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros generados durante la totalidad del tiempo en que la referida demandante ha figurado como afiliada en el RAIS.

Además, PORVENIR S.A. trasladará a Colpensiones los valores descontados a la actora por concepto de aportes para la garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, trasladarán debidamente indexados el valor de comisiones de administración y primas de seguros descontados en todo el tiempo en que dicha demandante figuró como afiliada en cada una de ellas.

El cumplimiento de lo ordenado será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con PORVENIR S.A.

Se ordena a COLPENSIONES recibir de las demandadas del RAIS 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 PORVENIR S.A., Se fijan agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente (1SMLV) en 2022.

Se ordena notificar por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARIA PATRICIA YEPES GARCIA

ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ
En ausencia justificada



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN