



REPÚBLICA DE COLOMBIA
SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE	RAMÓN MARTÍNEZ CARDONA
DEMANDADAS	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
ORIGEN	Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito
RADICADO	050013105-017-2019-00571-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Condenatoria
RECURSOS	Porvenir S.A y Colpensiones
CONOCIMIENTO	Apelación y Consulta
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

En la fecha y hora señaladas, 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 art. 15 del Decreto 806 de 2020 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por RAMÓN MARTÍNEZ CARDONA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- y PORVENIR S.A.¹

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda²

El señor Ramón Martínez Cardona formula demanda contra Porvenir S.A. y Colpensiones, pretendiendo se ordene **i)** el traslado del demandante de Porvenir S.A. hacia Colpensiones, y de manera subsidiaria se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- a través de Porvenir S.A, y en consecuencia se condene a **ii)** Colpensiones a recibir de la AFP del RAIS todas y cada una de las cotizaciones realizadas por concepto de pensión, junto con todos los rendimientos financieros causados desde la fecha de su afiliación, 7 de octubre de 1997, hasta la fecha en que se realice su retorno

¹ **Nota:** La foliatura señalada en la presente sentencia, refiere a la asignada digitalmente por el juzgado de origen al escanear el proceso, y que se encuentra en color rojo en la parte inferior central de cada página del archivo denominado “01. EXP. DIGITAL”.

² Fls. 2/4 y demanda subsanada fls.37/38

al RPM; y que **iv)** una vez recibidos estos valores por Colpensiones, ésta reconozca, liquide y pague al demandante pensión de vejez; **v)** Se ordene a Porvenir S.A. a pagar las costas y agencias en derecho.

Mediante auto del 23 de agosto de 2019, la A quo, devolvió la demanda a la parte actora con el fin de que subsanara la demanda por existir indebida acumulación de pretensiones al tratarse el demandante de un empleado público del Hospital Eduardo Santos de Istmina (Chocó), lo cual radica la competencia para resolver la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en la jurisdicción contencioso administrativa³. **En cumplimiento de ello, el apoderado del demandante, presentó nuevo escrito de demanda, sin incluir la pretensión de reconocimiento y pago de pensión de vejez⁴.**

Fundamentó sus pretensiones en que ostentando calidad de empleado público en el Hospital Eduardo Santos de Istmina Chocó, suscribió traslado del Instituto de Seguros Sociales -ISS- hacia Porvenir S.A el 7 de octubre de 1997, como consecuencia de una insuficiente asesoría brindada por el promotor del fondo privado, quien no le indicó aspectos referentes al capital que debía acumular para obtener una prestación pensional, la fluctuación de los rendimientos, las posibilidades de no lograr una pensión, y en general, las consecuencias adversas que conllevaría dicho traslado. El actor solicitó posteriormente a Porvenir S.A su traslado a Colpensiones por considerar se violó su voluntad, derivando así en la ineficacia de dicho traslado.

Contestación

Las demandadas se opusieron oportunamente a las pretensiones de la demanda, así:

i) Colpensiones⁵

El demandante no cumple los requisitos legales y jurisprudenciales para la viabilidad de la ineficacia o nulidad del traslado. Solicita que en caso de acoger las pretensiones de demanda, se condene a Porvenir S.A a trasladar los aportes, cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del actor, y especialmente los gastos de administración desde la fecha de traslado al RAIS de este.

Excepcionó ausencia de causal de nulidad o inexistencia del traslado al RAIS, inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación de reconocer pensión de vejez, buena fe, prescripción, compensación y pago e imposibilidad de condena en costas.

³ Fl. 33

⁴ Fl. 38

⁵ Fls. 59/64

ii) Porvenir S.A.⁶

Afirmó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal para efectuar traslado de régimen, al estar a menos de 10 años cumplir la edad pensional; además, carece de fundamento fáctico y legal lo pretendido, por haberse trasladado de manera libre, voluntaria e informada, conforme se desprende del formulario de afiliación, documento que por ser público se presume auténtico. La entidad garantizó su derecho de retracto, por lo que no es admisible que después de tantos años de permanencia en el RAIS, desconozca sus propios actos e infundadamente afirme no existió asesoría por parte del fondo. Tampoco procede la declaración de nulidad absoluta porque el acto jurídico cumplió con los requisitos de objeto y causa lícitas, ni la nulidad relativa por cuanto no se presentaron vicios en el consentimiento.

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

Sentencia de primera instancia⁷

El 7 de julio de 2020, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante a Porvenir S.A y en consecuencia condenó a esta AFP a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los recursos de la cuenta de ahorro individual del accionante, incluyendo cotizaciones y los rendimientos que se hubieren causado, así como el fondo de garantía de pensión mínima, como si hubiese permanecido afiliado al RPM. Ordenó a Colpensiones recibir estos dineros y reflejarlos como semanas cotizadas en la historia laboral del demandante, y a reactivar la afiliación de este en el RPM. Finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A., tasando las agencias en derecho en la suma de \$1.800.000 pesos.

Motivó su decisión en estricto cumplimiento del precedente judicial en la materia, advirtió que a Porvenir S.A. le correspondía demostrar el cumplimiento del deber de brindar suficiente información al afiliado antes de la suscripción del formulario de afiliación, carga probatoria que no satisfizo, pues del interrogatorio de parte no se acreditó que le ofrecieran al actor una información completa respecto de las particularidades del RAIS y **la prueba documental aportada por dicho fondo no correspondía ni siquiera a la del señor Martínez Cardona**. En consecuencia, declaró la ineficacia de traslado de régimen pensional, por no demostrar la AFP del RAIS el cumplimiento del deber de información.

La A Quo **se abstuvo de ordenar el traslado de gastos de administración** apartándose del criterio del órgano de cierre en la materia, porque, **i)** el artículo 20 de la ley 100 de 1993 fija este concepto para ambos regímenes pensionales;

⁶ Fls. 104/125

⁷ Acta audiencia Fls. 237/241 – Audio: archivo denominado “03. AUDIENCIA CONCENTRADA 2019-571 Y 2019-831”

ii) el artículo 36 del decreto 692 de 1994 señala que Colpensiones debe manejar en cuenta aparte los gastos de administración; iii) las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010 de la Corte Constitucional dicen que no hay lugar a devolver gastos de administración y, iv) es falso que con este concepto se financie la prestación pensional.

Recursos de Apelación

i) Colpensiones:

Parcialmente inconforme con la decisión de instancia, solicita sea revocada para en su lugar ordenar a Porvenir S.A. el traslado de los gastos de administración, en virtud de lo dispuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL-1688, SL-1421 y SL-3464 de 2019, donde advierte que este concepto debe ser trasladado con cargo a las utilidades del fondo, al ser dineros que debieron ingresar desde el acto ineficaz, al RPM.

Insta a que se mantenga la absolución de costas a Colpensiones, señalando que esta entidad no dio origen al conflicto aquí sometido a juicio y porque Colpensiones no es competente para decidir vía administrativa la viabilidad o no de una ineficacia de traslado.

ii) Porvenir S.A:

Solicitó se revoque íntegramente la sentencia, insistiendo en que la afiliación del actor al RAIS, fue libre y espontánea, acto jurídico que cumplió con los parámetros legales vigentes para la época, para su existencia, sin que hiciera uso de su derecho a retornar en el tiempo legalmente establecido para ello.

En cuanto a la condena a trasladar los valores correspondientes al fondo de garantía de pensión mínima, refiere que la sentencia SU-62 de 2010 señala en los casos donde se declara la nulidad o ineficacia del acto de traslado, que las diferencias entre las equivalencias deben ser asumidas en un tiempo prudencial por el demandante, pero no establece que deban ser asumidas por el fondo privado, además es claro que al afiliado se le cubre de en una contingencia, y no se le asegura una cuantía.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

De manera oportuna los recurrentes descorrieron traslado para alegar en segunda instancia, mediante correos electrónicos remitidos a la dirección myepesg@cendoj.ramajudicial.gov.co, así:

i) Colpensiones

Solicita se modifique la decisión de primera instancia en virtud del cumplimiento del deber de información con el afiliado por parte de Porvenir S.A., además por

la prohibición de traslado en la que se encuentra el actor al faltarle 10 años o menos de la edad pensional, y porque admitir su traslado al RPM atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues los dineros trasladados pueden ser insuficientes para cubrir las prestaciones de éste.

Solicita en caso de acceder a las pretensiones, se ordene trasladar la totalidad de la cotización del actor, es decir: **a)** los recursos de la cuenta de ahorro individual; **b)** cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima; **c)** rendimientos; **d)** anulación de bonos pensionales, y **d)** porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración, de manera indexada.

ii) Porvenir S.A.

Solicita sea revocada en su integridad la sentencia de primera instancia al no existir razones fácticas o jurídicas para acceder a lo pretendido, porque **a)** no se acreditó ninguna de las causales que conducen a un vicio en el consentimiento, ni actuar que atentara contra el libre derecho de elección del afiliado, -las cuales deben analizarse bajo las disposiciones que sobre ello trae el Código Civil-, al haber decidido el afiliado de forma espontánea y sin presiones pertenecer al RAIS, lo cual se dejó consignado en el formulario de afiliación, el cual se presume auténtico y no es dable restarle valor probatorio; **b)** no es posible jurídicamente aplicar las consecuencias del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y a su vez, la del artículo 1740 y siguientes del Código Civil para resolver un asunto en concreto; **c)** si en gracia de discusión se aceptara alguna irregularidad en la afiliación del actor, ésta se saneó por la ratificación tácita de éste al permanecer en el RAIS y permitir el descuento del aporte con destino a la cuenta individual; **d)** el fondo garantizó el derecho de retracto al actor, con la publicación realizada en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, sin que éste hiciera uso de dicha facultad; finalmente **e)** allegó la prueba suficiente para demostrar que cumplió con su deber de brindar información al afiliado al momento de realizar el traslado, e insiste en que no debe imponérsele cargas distintas a las previstas en las leyes existentes al momento de realizar el traslado, en tanto se vulnera el debido proceso y confianza legítima del fondo.

En caso de confirmarse la decisión de declaratoria de ineficacia, pide que la orden de dineros a trasladar se atenga a lo estipulado por el artículo 113 literal B de la Ley 100 de 1993, que son *“el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos (...)”*, por lo que ordenar el traslado de otras sumas iría en contra de esta norma y constituiría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones.

Afirma, no procede la devolución de gastos de gastos de administración y primas de reaseguros, dado que no financian la pensión del afiliado, ya no se encuentran en el patrimonio de la AFP, y ya cubrieron los gastos incurridos para la generación de rendimientos, los cuales se ven reflejados positivamente en la cuenta de ahorro del demandante; ordenar su traslado, implicaría una

inaplicación de las normas regulatorias de las restituciones mutuas, máxime que la destinación de tales cuotas en seguros previsionales y generación de rendimientos se dio por mandato de la ley, lo cual encuentra apoyo en el **Concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 con radicación 2019152169-003-000.**

La parte accionante no presentó alegatos en esta instancia.

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 mismo régimen adjetivo 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 procedente dicha declaratoria, se precisarán, **b)** las consecuencias de dicha declaración y qué conceptos deberá trasladar las AFP del RAIS demandadas a Colpensiones, dado que el fundamento fáctico de las pretensiones de la demanda es la carencia o indebida asesoría, lo que al tenor del art. 271 de la Ley 100 de 1993, ocasionaría no la nulidad, si no la ineficacia del acto jurídico.

Hechos relevantes probados documentalmente

- Ramón Martínez Cardona nació el 31 de enero de 1953 (fl.25).⁸
- Inició cotizaciones ante el extinto ISS el 17 de abril de 1979⁹ hasta el 12 de junio del mismo año, aportando un total de 8,14 semanas, y aunque afirmó haber presentado vinculación en calidad de empleado público en el Hospital Eduardo Santos de Istmina Chocó –Entidad del Sector Público Departamental-, realizando aportes a través de Cajanal durante 4 años anteriores al año 1997¹⁰, **ante la ausencia probatoria** que acredite la fecha en que comenzó a prestar servicios en tal entidad, la Sala tendrá como fecha de inicio de vigencia del SGSSP para él, el 1° de abril de 1994,

⁸ No se aportó registro civil de nacimiento, pero sí copia de la cédula de ciudadanía del demandante, que informa dicha fecha, la cual no fue discutida por la pasiva en el proceso.

⁹ Fls. 10, 65, 66.

¹⁰ Como se desprende de la información registrada en el formulario de afiliación a Porvenir en 1997.

por lo que no probó tener 15 o más años de servicios y/o cotizaciones¹¹; pese a ello, si contaba con 41 años de edad, por tanto, es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en principio por edad.

- Suscribió la solicitud de traslado de régimen pensional que se acusa de ineficaz, el 7 de octubre de 1997 con destino a la AFP Porvenir S.A., teniendo como anterior administradora Cajanal y como empleador el Hospital Eduardo Santos, como se registró en el formulario de vinculación¹².
- El 1 de agosto de 2019, solicitó a Porvenir S.A declarar la nulidad del traslado suscrito por el demandante hacia dicha AFP¹³, sin que repose en el expediente respuesta a esta solicitud.
- El 24 de julio de 2019, solicitó a Colpensiones recibir, en caso de una condena en contra de PORVENIR S.A., los aportes del actor trasladados por dicha AFP¹⁴, petición que fue negada por la entidad, argumentando que el traslado de régimen se había efectuado de forma libre y voluntaria¹⁵.
- Acreditó 417 semanas cotizadas al Sistema al 1º de agosto de 2019¹⁶.

a) La ineficacia de la afiliación al RAIS – Precedente judicial

Con la finalidad de determinar la eficacia o ineficacia de la afiliación al RAIS por parte del demandante, es menester acudir a los siguientes preceptos normativos que regulan la materia:

i) Los artículos 48¹⁷, 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) Artículo 4 y demás normas

¹¹ Sólo tenía 8 semanas cotizadas al 1º de abril de 1994.

¹² Fl. 8

¹³ fls.15/17

¹⁴ fls.23/24

¹⁵ fls.20/22

¹⁶ Fl. 9

¹⁷ Con fundamento en el **artículo 48 de la Constitución Política**, se expidió la **Ley 100 de 1993**, en la cual se creó el sistema de seguridad social integral como servicio público esencial, obligatorio, con dos regímenes pensionales coexistentes e incompatibles, siendo uno de ellos el régimen de ahorro individual con solidaridad, con características propias y requisitos muy particulares, sobre la causación y monto de la pensión de vejez.

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.”*

concordantes del Decreto 656 de 1994²⁰; 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 expresas²¹ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) Los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994²²

La referida temática del asunto objeto de litigio bajo estudio ha sido decantada suficientemente por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, quien ha construido y enriquecido el precedente judicial que viene acogiendo esta Sala de Decisión Laboral, por compartir la postura desarrollada por la Alta Corporación en torno a la eficacia de la filiación inicial y/o el traslado de régimen pensional con destino al RAIS.

Dicho precedente, conformado entre otras, por las sentencias 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014, 17595 de 2017, 19447 de 2017, 4296 de 2018, 1421 de 2019, 1452 de 2019, 1688 de 2019, 373 de 2020 y 2887 de 2020, se fundamenta en la necesidad de determinar si en cada caso concreto, la AFP receptora de la afiliación, satisfizo tanto para ese momento, como durante la vigencia de la relación con quien demanda la ineficacia, el deber de información que le asiste, de acuerdo a lo previsto en el Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP desde su creación, en el que se prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen”*.

Igualmente se fundamenta entre otras disposiciones, en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el literal b) del artículo 13 de misma norma, para colegir que los trabajadores tienen la opción de elegir *libre y voluntariamente* el régimen pensional que mejor le convenga y consulte sus

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. 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.

intereses, razón por la cual, si alguna persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación.

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, la *ratio decidendi* de sus decisiones aplica para todo afiliado que se afilia al Sistema Pensional por primera vez o se traslada entre regímenes en el marco del mismo, pues la eficacia de la afiliación, se hace recaer en que se demuestre en cada proceso que la AFP sí suministró, a quien una vez fuera su potencial afiliado, *información clara, completa, suficiente*, en términos de transparencia y eficiencia, de manera que pueda concluirse que la decisión adoptada entonces, obedeció a un conocimiento claro y preciso, no sólo de lo que se hacía, si no de las consecuencias que se derivarían de la suscripción del formulario de afiliación correspondiente y que por lo tanto ese acto jurídico surgió de una manifestación de voluntad, libre, espontánea y sin presiones.

Lo anterior, tal y como reitera la H. CSJ en sentencias SL 1688-2019-68838 y 373 de 2020, indicando que es deber del fondo brindar una información oportuna y adecuada, ello, indiferentemente de si se tiene o no derechos consolidados, o beneficio transicional, si se está próximo a adquirir requisitos para pensionarse, “dado que la omisión al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”, (subrayas fuera de texto.)

En tal sentido, la responsabilidad de las Entidades Administradoras de Pensiones en esta etapa preparatoria a la decisión de afiliación o traslado es de CARÁCTER PROFESIONAL: **i)** Por la alta complejidad de la información que se debe analizar antes de la afiliación o traslado; **ii)** Por los derechos constitucionales que se encuentran comprometidos: La seguridad social y el derecho pensional, de carácter irrenunciable; **iii)** Porque se trata de una actividad que concierne a intereses públicos; **iv)** Porque debe primar en su comportamiento y decisiones, una ética de responsabilidad social, transversal a todo su quehacer, de manera que prime el interés colectivo que se realiza en cada persona que se afilia, sobre el interés particular que tenga la entidad, de alcanzar sus metas de crecimiento y beneficios económicos.

La carga de la prueba asiste a la AFP a quien se acuse de incumplir con el deber de información; esto es así, porque el análisis parte de la afirmación indefinida sobre la ausencia del cumplimiento de ese deber.

b) Eficacia/Ineficacia en el caso concreto

En el sublite, **se practicó interrogatorio de parte al señor Ramón Martínez Cardona**, sin embargo, no se presentó la confesión del demandante, pues de su declaración, se advierte que el promotor de Porvenir S.A, en momento anterior a suscribir su respectiva afiliación o traslado al RAIS, se limitó a hacer comentarios que permitían evidenciar beneficios más no riesgos y desventajas o eventuales perjuicios del traslado. Obedeció entonces el traslado del actor, básicamente por la coyuntura de la liquidación en la que estaba su administradora y a la expectativa de poder pensionarse anticipadamente.

Contrario a lo advertido en sus alegatos de conclusión en segunda instancia, **no** allegó la AFP del RAIS prueba alguna relacionada con el señor Ramón Martínez Cardona, **pues las adjuntadas con su escrito de contestación, corresponden a una persona distinta a quien es hoy demandante, yerro sobre el cual guardó silencio²³**; por lo tanto, Porvenir S.A. siendo la llamada a demostrar que había suministrado información suficiente, clara y completa al entonces potencial afiliado, no cumplió con esta carga procesal.

Lo anterior, conduce a concluir que la pasiva no demostró la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar oportunamente al hoy demandante una información adecuada, suficiente, cierta y comprensible, en términos de transparencia y eficiencia respecto a la vinculación en los dos regímenes pensionales; ni sobre los beneficios e inconvenientes que les 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 los posibles afiliados, 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 dilucidado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

La consecuencia del incumplimiento de las mencionadas obligaciones por parte de PORVENIR S.A., es la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, que da lugar a garantizar el derecho del accionante a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES – al haberse liquidado Cajanal, administradora a la que figuraba afiliado el demandante previo traslado al RAIS- y declarar que ha permanecido, sin solución de continuidad, lo que conlleva a la reactivación de su respectiva afiliación en este último régimen.

²³ Fls.126/195

Tales motivaciones permiten **confirmar** la sentencia de primera instancia.

Ahora, para resolver uno de los puntos alegado de conclusión en esta sede por Porvenir S.A., es importante anotar que esta Sala de Decisión se abstenía de ordenar que las AFP del RAIS remitan, con destino a Colpensiones, los valores correspondientes a las sumas adicionales de las aseguradoras, entendiendo estos conceptos como los girados con miras a garantizar las eventuales prestaciones consecuenciales de la ocurrencia de los riesgos de invalidez y muerte.

Pese a lo anterior, examinado nuevamente el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, observa esta Sala que a partir la sentencia con radicado 31989 de 2008 en la cual se fundamenta la *ratio decidendi* de estos procesos, 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, bonos pensionales, cuotas o gastos de administración, lo destinado a garantía de pensión mínima sino también las sumas adicionales de la aseguradora.

Dicha sentencia es de obligatoria cita en el proceso en que se ha discutido el tema de la ineficacia de la afiliación y el traslado de régimen pensional, siendo parcialmente trascrita en las sentencias que hemos mencionado con antelación, por lo que concluimos que hay lugar a variar la postura en torno a este punto concreto, adoptando en estricto sentido lo decidido por nuestro órgano de cierre en la materia.

De otro lado, se accederá a lo apelado por Colpensiones en torno a la devolución de las cuotas de administración, pues contrario a lo considerado por la A Quo, y lo expuesto por Porvenir S.A. en esta sede, dichas sumas deben trasladarse, puesto que la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia, en asuntos como el abordado en este proceso, implica que la parte beneficiada económicamente con el acto ineficaz por omisión del deber de información y del buen consejo, garantice que el patrimonio de la parte inducida a la afiliación no sufra modificaciones, y pueda disfrutar de las prestaciones del RPM, como si hubiera permanecido en él. Además, es menester que la orden judicial garantice, la no afectación financiera del régimen de prima media que reciba al afiliado, para que pueda satisfacer las prestaciones que se generen en su favor.

Por lo anterior, no pueden acogerse los argumentos de Porvenir S.A., respecto a que no deben trasladarse los gastos administración y la prima de seguro previsional, amparándose en el **Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia**, a la luz del artículo 28 del CPACA²⁴, ante consulta realizada por la Vicepresidente Jurídica de la Asociación

²⁴ “**ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos

Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías - ASOFONDOS-, interpretando que para determinar los recursos a trasladar con motivo de la declaratoria judicial de nulidad o ineficacia de traslado de régimen debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008²⁵, sin embargo, dicha norma fue expedida para efectos de traslado en asuntos referentes a multiafiliación, situación que no corresponde a la aquí ventilada y adicionalmente, tal concepto no obliga, pues se encuentra decantado por el órgano de cierre judicial en materia laboral y de seguridad social que los gastos administración y prima de seguro previsional deben retornar a Colpensiones como consecuencia de la ineficacia declarada.

No obstante lo anterior, esta Judicatura se abstendrá de acceder a la solicitud de Colpensiones de trasladar todos los valores **de manera indexada**, pues con la orden emitida a la AFP del RAIS de asumir con cargo a sus propios recursos la diferencia que hubiere, en caso de que la suma de los conceptos trasladados sea inferior al valor total del aporte legal correspondiente más rendimientos, se garantiza a Colpensiones los recursos suficientes para financiar la futura prestación económica que pudiera generarse en favor del demandante.

Finalmente, invocó Porvenir S.A. en su recurso, la sentencia SU 062 de 2010, para advertir que las diferencias sobre las equivalencias que se puedan general con un traslado, deben ser asumidas por el afiliado, al respecto, cabe señalar que no le asiste razón en sus argumentos, porque la providencia citada aplica para los casos en los cuales se ventilaba un problema jurídico diverso al que hoy nos ocupa, como es el traslado del RAIS al RPM en el caso de beneficiarios de régimen de transición, sin que se adujera ineficacia de la afiliación o traslado al RAIS, pues en aquellos se establece unos presupuestos específicos, no exigidos en los procesos de ineficacia de traslado al RAIS.

Ahora, atendiendo al grado jurisdiccional de consulta, y al principio de sostenibilidad financiera del Sistema General De Pensiones, previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, para que COLPENSIONES cuente con los recursos necesarios para asumir el pago de la prestación económica a que pueda tener derecho el hoy demandante **se MODIFICARÁ** la orden impartida a PORVENIR S.A. desde la primera instancia, en el sentido que ésta AFP del RAIS, dentro de los **30 días siguientes a la ejecutoria** de la presente providencia, debe trasladar

por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución."

²⁵ **Decreto 3395 de 2008** ARTÍCULO 1o. AMBITO DE APLICACIÓN. <Artículo compilado en el artículo 2.2.2.4.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a los afiliados al Sistema General de Pensiones que al 31 de diciembre de 2007, se encuentren incursos en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad y señala algunas normas de traslados de afiliados, recursos e información.

A las personas que, después de un año de entrada en vigencia la Ley 797 de 2003, se trasladaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) faltándoles 10 años o menos para tener la edad exigida para tener derecho a la pensión en este régimen, se les aplicará lo que establecen los artículos 7o, 8o y 12 del presente decreto

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 el señor Ramón Martínez Cardona figuró como afiliado al RAIS.

Se modificará y adicionará la sentencia en el sentido de ordenar que, con cargo a sus propios recursos, la AFP del RAIS demandada, deberá trasladar a Colpensiones, los valores descontados al demandante por concepto de aportes para la Garantía de Pensión Mínima, sumas adicionales de las aseguradoras y comisiones de administración, pues sus promotores incumplieron el deber de información que condujo a su respectiva afiliación y permanencia en el RAIS.

Pero, si la suma de todos los conceptos a trasladar resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado, en caso de que el demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, PORVENIR S.A, deberá asumir el pago de la diferencia que hubiere, en proporción al tiempo que el hoy demandante efectuó cotizaciones ante ella.

El cumplimiento de tales órdenes será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con la AFP del RAIS demandada, sin trasladar consecuencias negativas al actor.

Se ordenará a Colpensiones recibir el valor de los aludidos conceptos e incorporarlos como aportes pensionales en la respectiva historia laboral del señor Martínez Cardona.

Tales motivaciones permiten **modificar y adicionar** la sentencia de primera instancia.

III. EXCEPCIONES

En grado jurisdiccional de consulta se estudian, además, las excepciones formuladas por la pasiva, las cuales quedan implícitamente resueltas, por haberse causado lo pretendido en la demanda.

En especial, no operó la prescripción pues la ineficacia no está sometida a dicha figura, por conllevar la inexistencia del acto jurídico sobre el recae y el reconocimiento pensional se presentó como una de las consecuencias del retorno al RPM administrado por Colpensiones, además Al respecto considera la Sala, dada 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

En esta sede se impondrán costas a cargo de Porvenir S.A., por haber resultado vencida en su recurso, de conformidad al numeral 1° del artículo 365 del C.G.P. Se tasan agencias en Derecho en la suma equivalente a 1 SMLMV para el 2020.

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: MODIFICAR Y ADICIONAR las órdenes impartidas en el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, el 7 de julio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por el señor RAMÓN MARTÍNEZ CARDONA contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A, en el sentido en que esta última, deberá:

Trasladar con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, **la totalidad** de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros generados durante todos los años en que el demandante ha figurado como afiliado a en el RAIS.

Con cargo a sus propios recursos, PORVENIR S.A. trasladará los valores descontados al actor, en ese lapso, por concepto de aportes para la garantía de pensión mínima, comisiones de administración y primas de seguros.

Pero, si la sumatoria de la totalidad de los valores que se ordena trasladar resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado, en caso de que el demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, PORVENIR S.A. deberá asumir el pago de la diferencia que hubiere, sin trasladarle consecuencias negativas al demandante.

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

Se ordena a COLPENSIONES recibir de PORVENIR S.A., los valores correspondientes a los conceptos aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la referida sentencia, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Costas en esta sede a cargo de Porvenir S.A por haber resultado vencida en su recurso. Se tasan agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV en 2020.

Se ordena notificar por estados y enviar copia de esta decisión al correo electrónico suministrado por los apoderados de las partes.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARIA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

Certifico que la anterior sentencia
fue notificada por ESTADOS N°15
fijados hoy 1° de febrero de 2021 a
las 8:00AM

El secretario