



REPÚBLICA DE COLOMBIA

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, siete (07) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE	ADIELA ANDREA MORALES RESTREPO
DEMANDADAS	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S. A
ORIGEN	Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	050013105018-2019-00275-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Consulta y apelación
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 ADIELA ANDREA MORALES RESTREPO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.¹

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda²

La señora AdielA Andrea Morales Restrepo, formula demanda contra Porvenir S.A. y Colfondos S.A, pretendiendo se declare: **i)** La ineficacia y/o nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, disponiendo su regreso automático al Régimen de Prima Media -RPM- sin solución de continuidad; y en virtud de ello se condene a **ii)** Porvenir S.A. trasladar hacia Colpensiones todos los aportes efectuados por la actora, incluidos rendimientos, sin descontar cuotas de administración; se condene a **iii)** Colpensiones a afiliarla al RPM y recibir los aportes trasladados por Porvenir S.A.; **iv)** Se condene en costas a las demandadas; **v)** lo extra y ultra petita que resulte probado en el proceso.

Subsidiariamente pretende se declare **i)** que fue reaseroada con antelación al cumplimiento de 47 años de edad, y en consecuencia de ello se ordene a **ii)** Porvenir S.A. reconocer a título de indemnización de perjuicios, una vez cumplidos los requisitos

¹ **Nota:** La foliatura a la que se hace referencia en esta sentencia corresponde a la asignada digitalmente por este Despacho al archivo denominado “01Demanda,Contestaciones,OtrasActuaciones” visible en la parte superior central de cada página en color rojo.

² Fls. 2/6

de pensión de vejez, una mesada equivalente a la que hubiese recibido en caso de permanecer en el RPM.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 26 de mayo de 1960 e inició cotizaciones ante el extinto Instituto de Seguros Sociales -ISS- en el año 1979, alcanzando 479 semanas cotizadas. El 1 de marzo de 1998, suscribió traslado con destino a Colfondos S.A. por haber iniciado a laboral para esa administradora de fondo de pensiones -AFP-, donde se le exigió afiliarse. El 29 de noviembre de 1999 se trasladó con destino a Horizonte -hoy Porvenir S.A.-, al iniciar labores para Círculo de Viajes S.A. Las AFP del RAIS demandadas no le suministraron información relacionada con el funcionamiento del régimen o las condiciones y requisitos de acceso a una pensión de vejez, o que pudiera retornar al RPM con antelación al cumplimiento de los 47 años de edad. Solicitó la nulidad e ineficacia de su traslado ante las AFP del RAIS demandadas, obteniendo respuesta negativa de parte de Porvenir S.A. y a Colpensiones, el traslado hacia esa entidad, sin que a la radicación de la demanda hubiera recibido respuesta. Su mesada pensional sería más alta si fuera liquidada en el RPM, que lo que le correspondería en el RAIS.

Oposición a las pretensiones de la demanda

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

i) Colpensiones³

Se opuso a una eventual condena en costas y solicitó, en caso de declararse la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen, se ordene el traslado de todos los frutos y rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada. Excepcionó: prescripción, inexistencia de vicio en el consentimiento, imposibilidad de condena en costas y compensación

ii) Colfondos S.A.⁴

La afiliación antes esta AFP es válida y eficaz. La afiliada, antes de suscribir el formulario de afiliación, recibió asesoría en que se le informaron las características propias de cada régimen pensional, ventajas y desventajas de los mismos, los requisitos para causar prestaciones en ambos y las variables financieras correspondientes, adoptándose por ella una decisión libre, voluntaria y espontánea, tal y como lo plasmó con su firma en el formulario de afiliación. Además, la actora ratificó su afiliación al RAIS al efectuar posterior vinculación a otra AFP. Excepcionó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a la AFP Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

³ Fls.127/133

⁴ Fls.142/157

iii) Porvenir S.A.⁵

Al haber sido empleada de Colfondos S.A., conocía de las condiciones del RAIS y cómo se configuraba el derecho pensional en este régimen. Su decisión de traslado de AFP fue consciente y espontánea, se presentó sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes al momento en que se produjo el acto jurídico, con previa información sobre las implicaciones del mismo y fue celebrado por una persona plenamente capaz que no aportó pruebas de las afirmaciones hechas en la demanda. 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.

Sentencia de primera instancia⁶

El 19 de octubre de 2020, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante hacia Colfondos S.A., y en virtud de ello condenó a Porvenir S.A., -ante quien actualmente figura afiliada la demandante-, trasladar de manera inmediata hacia Colpensiones los valores recibidos con motivo a la afiliación de la señora Restrepo Morales, como cotizaciones, bonos pensionales -en caso de existir-, rendimientos causados, sumas adicionales de los asegurados y cuotas de administración. Ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación de la actora y recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual. Condenó en costas a ambas AFP's del RAIS, fijando como agencias en derecho un salario mínimo mensual legal vigente (1 SMLV) a cargo de cada una.

Una vez expuso el precedente judicial vigente en la materia, concluyó que las AFP del RAIS demandadas tenían la carga de demostrar el cumplimiento del deber de información en forma eficiente, eficaz y oportuna a la afiliada antes de la suscripción del formulario de afiliación; al no cumplir con ello, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Recurso de apelación de Porvenir S.A.

Inconforme con la decisión proferida en primera instancia, solicita se revoque y se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra, por cuanto la demandante, tal como lo manifestó, actuó de manera libre y voluntaria al suscribir formulario de afiliación al RAIS, época para la cual la entidad solo tenía el deber de conservar como soporte documental dicho formulario, el cual contó con todos los requisitos legales vigentes para la fecha. Adicionalmente, indica la afiliada permaneció por más de 20 años en el RAIS y suscribió traslado desde otra administradora del mismo régimen, lo cual se entiende como un acto de relacionamiento, y por tal razón el nivel de exigencia de información respecto de Porvenir S.A. no es igual al del primer traslado. En caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia, deberá abstenerse de ordenar el traslado de cuotas de administración y seguros previsionales porque **a)** obedeció a un descuento legal, con el cual se generaron excelentes rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, superiores a los que hubiera podido obtener Colpensiones administrándolos; **b)**

⁵ Fls. 197/215

⁶ 13Audio y 14ActaAudienciaAsistencia.

los seguros previsionales cubrieron los riesgos de invalidez y sobrevivencia, y **c)** el art. 7 del Decreto 3995 de 2008 dispone que deben retornarse aportes y rendimientos.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Una vez corrido el traslado para alegar en esta instancia, tanto la parte demandante como quienes conforman la pasiva, lo describieron, así:

i) Demandante:

La sentencia de primera instancia debe ser confirmada, al no haber probado las AFP del RAIS demandadas, que cumplieron con el deber de brindar información a la demandante de manera clara, completa y eficiente, permitiéndole tomar una decisión consciente sobre las implicaciones de su futuro pensional, lo que implica que su decisión se entiende libre ni voluntaria.

ii) Porvenir S.A.:

Insiste en que debe revocarse en su integridad la sentencia de primera instancia, porque no existen razones fácticas ni jurídicas para acceder a lo pretendido, la actora suscribió su traslado espontáneamente, siendo profesional del derecho, contaba con capacidad suficiente para comprender las implicaciones de dicho acto jurídico. Recibió asesoría por parte de Colfondos S.A. al momento del traslado inicial y durante su vinculación por ser funcionaria de dicha entidad; al momento de trasladarse a Porvenir S.A., se le brindó la información exigida para dicha época, por lo cual no es exigible al fondo en el marco del proceso judicial, información distinta. El móvil de la afiliada para retornar al RPM radica en la diferencia de mesadas pensionales, más no por en la forma en cómo se produjo. El no satisfacer sus expectativas pensionales no puede predicarse como un engaño.

De confirmarse la ineficacia de la afiliación, solicita que no se ordene trasladar a Colpensiones el **valor de comisión de administración y seguros previsionales**, al tener una destinación específica y por mandato de ley, que cumplieron su cometido y ya no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues cubrieron los gastos incurridos para la generación de rendimientos -reflejados positivamente en la cuenta de la actora-, así como los de financiación de riesgos de invalidez y muerte; de acceder a su traslado se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. En ese sentido debe atenderse a lo indicado por la Superintendencia Financiera de Colombia en Concepto del 17 de enero de 2020, radicado 2019152169-003-00.

Llama la atención de los Magistrados a realizar un análisis macro de las consecuencias que este tipo de decisiones conlleva para la sostenibilidad del sistema, tal y como se concluyó por el Tribunal Superior de Medellín en Sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019, en que unificó su jurisprudencia en el proceso con radicado 5001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la estabilidad financiera del Sistema Pensional.

iii) Colfondos S.A.:

Solicita sea confirmada la decisión de primera instancia en cuanto no ordenó a cargo de esta AFP el traslado de concepto alguno al RPM, pues en razón del traslado de la demandante a Porvenir S.A., se remitió ésta el saldo existente en la cuenta de ahorros

de la afiliada, misma que se encuentra inactiva y sin recursos. Adicionalmente señala que no debe ordenarse la devolución de gastos de administración, al haber operado sobre ellos el fenómeno extintivo de prescripción, en tanto son conceptos de tracto sucesivo y no fueron reclamados dentro de los tres años siguientes a su causación; de la lectura del Decreto 2555 de 2010, estos gastos tienen una destinación específica como garantizar la defensa judicial del fondo, la compra de seguros previsionales y realizar las inversiones necesarias para generar rendimientos en las cuentas de ahorros de los afiliados; de ordenar su traslado, se generaría un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones, porque estos no financian la pensión de vejez y los rendimientos generados fueron muy superiores a los que la administradora del RPM hubiese podido obtener. No debe ordenarse devolver el porcentaje destinado a pensión de garantía mínima, porque este se remitió a Porvenir S.A. y no es posible ordenar dos veces el pago de un mismo concepto, que además, no fue solicitado. Tampoco debe ordenarse la indexación de los conceptos objeto de traslado al RPM, al ser los rendimientos superiores a los generados por Colpensiones, y ello tampoco fue solicitado en la demanda, por lo cual una condena en tal sentido transgrediría el principio de consonancia y congruencia.

iv) Colpensiones:

Pide se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que las AFP del RAIS demandadas cumplieron con los requisitos legales de afiliación vigentes para el momento en que se suscribió traslado, cuando no se les exigía el deber de información y buen consejo, y exigirle algo distinto a éstas sería imposible; además del interrogatorio realizado a la demandante se desprende que efectuó dicho acto voluntariamente. En caso de confirmar la sentencia, solicita sea adicionada en el sentido de ordenar a Colfondos S.A. que traslado hacia Porvenir S.A. las cuotas de administración por el tiempo de afiliación, para que ésta a su vez traslade a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, cuotas de administración y su indexación, el porcentaje de garantía de pensión mínima, reaseguros y seguros previsionales.

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 del demandante al RAIS, de ser afirmativa la respuesta; **b)** se precisarán las consecuencias de dicha declaración y qué conceptos deberá trasladar la AFP del RAIS demandada a Colpensiones.

Lo anterior, dado que el fundamento fáctico de las pretensiones de la demanda es el incumplimiento del deber legal de información por parte del fondo, lo que al tenor del art. 271 de la Ley 100 de 1993, ocasionaría no la nulidad, si no la ineficacia del acto jurídico, tal y como lo concluyó la A Quo.

Hechos relevantes acreditados documentalmente

- Adiela Andrea Morales Restrepo nació el 26 de mayo de 1960⁷.
- Inició cotizaciones al extinto ISS el 17 de diciembre de 1979⁸.
- Suscribió solicitud de traslado de régimen pensional con destino a Colfondos S.A.⁹ el 1 de marzo de 1998. Posteriormente, el 29 de noviembre de 1999, suscribió formulario de traslado hacia Colpatria Pensiones y Cesantías -hoy Porvenir S.A.-¹⁰.
- El 7 de septiembre de 2018 solicitó a ambas AFP's del RAIS¹¹, declarar ineficacia y/o nulidad de su afiliación ante ellas, solo se allegó contestación de Porvenir S.A., en que niega la petición por considerar que el traslado se suscribió de manera libre y voluntaria¹². El 27 de septiembre del mismo año, elevó igual petición a Colpensiones solicitando además, autorizar su retorno al RPM¹³, entidad que no dio respuesta, o por lo menos no obra prueba de ella en el plenario.
- Al 19 de septiembre de 2018, la demandante contaba con 1.539 semanas de cotización en toda su vida laboral¹⁴.
- El 9 de agosto de 2019, Colfondos S.A. certifica que el 20 de enero de 2000 trasladó los aportes de la cuenta de ahorro individual de la señora Morales Restrepo con destino a la AFP Horizonte por valor de \$1'687.031¹⁵.

a) Viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación del 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:

⁷ No se aportó registro civil de nacimiento, pero a fl.20,32, 38 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, que informa dicha fecha, la cual no fue discutida por la pasiva en el proceso.

⁸ Fls 48,62 y 138

⁹ Fls 22, 158 y SIAFP fl.160, y Archivos nombrados ANT-42.051.392-2; ANT- 42.0151.392-4; de la carpeta contentiva del expediente administrativo.

¹⁰ Fl. 21.

¹¹ Fls. 28/29 y 33/35

¹² Fls. 39/42.

¹³ Fls 23/27.

¹⁴ Fl.47. Sumatoria de las semanas cotizadas en ambos regímenes pensionales-, como se desprende del archivo nombrado ANT-42.051.392-18; de la carpeta contentiva del expediente administrativo

¹⁵ Fls. 166

i) Los artículos 48¹⁶, 53, 335¹⁷ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁸, 3, 4, 10, 12, 13 literal b, Inciso 3º del Literal c) del artículo 60, 90, 97, 271; iii) Artículo 4 y demás normas concordantes del Decreto 656 de 1994¹⁹; iv) Decreto 692 de 1994; v) El Decreto 663 de 1993, cuyo artículo 72 en su literal f) adicionado por el art. 12 de la Ley 795 de 2003, contiene prohibiciones expresas²⁰ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994²¹.

La referida temática del asunto bajo estudio ha sido decantada suficientemente por la H. 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 afiliación 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 y 1688 de 2019, se fundamenta 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*”.

Al respecto, la jurisprudencia tiene en cuenta el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el literal b) del artículo 13 de misma norma, según la cual, los

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

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

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

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

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

trabajadores tienen la opción de elegir *libre y voluntariamente* el régimen pensional que mejor le convenga y consulte sus 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.

Se ha considerado por diferentes Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín 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, para que pueda 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.

Según lo anterior, reitera la H. CSJ en sentencia SL 1688-2019-68838, 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 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; y ello es así, porque el análisis parte de la afirmación indefinida sobre la ausencia del cumplimiento de ese deber.

En el sub-lite, mediante la prueba documental se evidencia que Adiela Andrea Morales Restrepo nació el 26 de mayo de 1960²², por lo que, al 01 de abril 1994, cuando inició vigencia el SGSSP para ella, por ser trabajadora dependiente del sector privado, al servicio de una cooperativa financiera²³, contaba con menos de 35 años de edad y menos de 15 años de servicio o semanas de cotización, por tanto nunca fue beneficiaria

²² No se aportó registro civil de nacimiento, pero a fl.20,32, 38 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, que informa dicha fecha, la cual no fue discutida por la pasiva en el proceso.

²³ Fls 48,62 y 138

del régimen de transición consagrado en el art.36 de la Ley 100 de 1993. El 1 de marzo de 1998 suscribió formulario de traslado de régimen pensional con destino a Colfondos S.A.²⁴, el cual acusa de ineficaz. Posteriormente, el 29 de noviembre de 1999, suscribió formulario de traslado hacia Colpatria Pensiones y Cesantías -hoy Porvenir S.A.-²⁵ y aunque solicitó un nuevo traslado de régimen hacia el RPM administrado por Colpensiones, no obtuvo respuesta.

Colfondos S.A. no aportó documental donde se plasme la asesoría que dice haber brindado a la señora Morales Restrepo, en momento anterior a la suscripción del formulario de afiliación, ni en el curso de la misma; 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 documental en ese sentido.

Adicionalmente, se practicó interrogatorio a la demandante, sin que se produjera confesión de su parte, manifestando en torno a las condiciones presentadas al traslado hacia el RAIS, que ocurrió como consecuencia de su ingreso a laborar en Colfondos S.A., por sugerencia de esta entidad; obedeció entonces el traslado de la actora, básicamente al temor de quedarse sin trabajo, sin que ello permita inferir la asesoría en los términos indicados. Nótese que, si bien la señora Morales Restrepo no manifestó algún alcance que en materia laboral hubiera tenido en caso de negarse a firmar el formulario de afiliación, lo cierto es que el trabajador como parte débil de la relación laboral, y aun, si el empleador advierte o no consecuencias laborales respecto de una directriz, al ordenar o sugerir la afiliación, influye en el fuero interno del trabajador, afectando la voluntariedad de su decisión.

Tampoco es de recibo lo alegado por Porvenir S.A. en esta sede, al afirmar que la condición de abogada de la demandante la hacía conocedora de las implicaciones del acto jurídico que estaba suscribiendo, pues en su interrogatorio, ésta afirmó que solo ejerció la abogacía en asuntos familiares, no estando probado que tuviese conocimientos especializados en el tema pensional y económico, además su profesión no sustrae al fondo de su obligación de brindar la información en los términos ya señalados; adicionalmente, señaló en su declaración la demandante, que las funciones ejercidas como empleada de Colfondos S.A. estaban relacionadas con el pago de proveedores, recibo de quejas de usuarios y manejo de personal administrativo.

Colfondos S.A. y Porvenir S.A. para demostrar el efectivo cumplimiento del deber de información, no aportaron documentos distintos a los formularios de afiliación, limitándose a manifestar que suministraron información a la potencial afiliada, en los términos ya expresados.

Lo anterior, permite concluir, sin que se requiera el análisis de circunstancias particulares que se presentaron ante la nueva suscripción de formulario de afiliación y traslado hacia la AFP COLPATRIA -hoy PORVENIR S.A.-, pues los efectos de la

²⁴ Fls 22, 158 y SIAFP fl.160, y Archivos nombrados ANT-42.051.392-2; ANT- 42.0151.392-4; de la carpeta contentiva del expediente administrativo.

²⁵ Fl. 21.

ineficacia en la primera suscripción afectan los posteriores, que la pasiva no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar al hoy demandante una oportuna información adecuada, suficiente, cierta y comprensible, en términos de transparencia y eficiencia respecto de la vinculación en los dos regímenes pensionales; ni sobre los beneficios e inconvenientes que 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.

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

b) Consecuencias de la declaratoria de ineficacia

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, con el fin de que COLPENSIONES cuente con los recursos necesarios para asumir el pago de la pensión de vejez de la hoy demandante, se **CONFIRMARÁN y MODIFICARÁN** las órdenes impartidas a **Porvenir S.A.**, desde la primera instancia, en el sentido que ésta AFP del RAIS,- a la que actualmente se encuentra afiliada la actora-, 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 señora Morales Restrepo figuró como afiliada al RAIS. También se **confirma** la orden impartida a Porvenir S.A., de devolver los dineros que obtuvo por gastos de administración del tiempo de afiliación a su sistema y el valor de las pólizas previsionales, **adicionándose** en el sentido de disponer que Colfondos S.A. devolverá lo descontado por estos dos conceptos, durante el tiempo que la demandante figuró como vinculada a esa AFP.

También se **adicionará** en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. y Colfondos S.A., la devolución de lo descontado por concepto de aportes para la garantía de pensión mínima, no pudiendo acogerse la solicitud de Colfondos S.A., de ordenar únicamente la devolución de lo ahorrado por el demandante y sus rendimientos, a que alude al formular alegatos en esta instancia, pues con motivo de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 14 de la Ley 797 de 2003, mediante Sentencia C-797 de 2004, el recaudo y manejo de las sumas destinadas a este fondo en la actualidad se encuentra a cargo de las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada, tal y como lo

dispone el artículo **2.2.5.3.4 del Decreto 1883 de 2016**²⁶, hasta cuando se cree un nuevo fondo similar que se encargue de tal administración, lo cual, ha sido advertido por la H. Sala de Casación Laboral en reciente sentencia **SL 2877 de 2020**, confirmando el acierto en la orden de retornar los valores recibidos con esa destinación.

Se anota 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, por tanto, se adopta en estricto sentido lo decidido por nuestro órgano de cierre en la materia, ordenando a las referidas demandadas Colfondos S.A. y Porvenir S.A. que con cargo a sus propios recursos, trasladen a Colpensiones, los valores descontados a la demandante durante el tiempo de su afiliación en ellas, por concepto de aportes para la Garantía de Pensión Mínima, sumas adicionales de las aseguradoras, además de las comisiones de administración, pues sus promotores incumplieron el deber de información que condujo a su respectiva afiliación y permanencia en el RAIS.

Se precisa que también se deben trasladar a Colpensiones las cuotas de administración, 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 deterioro, 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, para que pueda satisfacer las prestaciones que se generen a su cargo.

Por lo anterior, no pueden acogerse las alegaciones de conclusión en esta sede por Porvenir S.A., respecto a que no se deben trasladar los gastos administración y 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

²⁶ **Artículo 2.2.5.3.4 Decreto 1883 de 2016, compilatorio del artículo 8° del Decreto 510 de 2003:** “*Aportes al fondo de garantía de pensión mínima.* Las entidades administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad recaudarán, conjuntamente con las cotizaciones, la parte de las mismas destinada al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad y la mantendrán en una cuenta separada representada en unidades del respectivo fondo de pensiones, hasta la fecha en que estos recursos deban trasladarse con sus rendimientos a dicho Fondo de Garantía de acuerdo con la reglamentación que expida para el efecto el Gobierno nacional.

CPACA²⁷, ante consulta realizada por la Vicepresidente Jurídica de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías - ASOFONDOS-, interpretando que para determinar los recursos a trasladar con motivo de la declaratoria judicial de nulidad o ineficacia de traslado de régimen debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008²⁸, sin embargo, dicha norma fue expedida para efectos de traslado en asuntos referentes a multifiliación, 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.

Tampoco tiene asidero jurídico el argumento de los alegatos de segunda instancia es esta AFP, al referir que el Tribunal Superior de Medellín unificó su postura negado las ineficacias del traslado con base en la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en referencia a lo analizado por la Sala Laboral en proceso con radicado 5001310500720150129501, pues el problema jurídico en dicha sentencia de unificación, versó sobre la ineficacia de traslado de un demandante pensionado en el RAIS bajo la modalidad de renta vitalicia, contratada por la AFP COLFONDOS S.A. con la Compañía de Seguros Bolívar S.A., en virtud de la cual aquella trasladó la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro del pensionado a la aseguradora, lo que palmariamente denotan circunstancias fácticas y fundamentos jurídicos distintos a los que hoy se estudian en el caso de la señora Adielia Andrea Morales Restrepo.

Se **ADICIONARÁ** la sentencia para que, si la sumatoria 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 la demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, **las AFP del RAIS demandadas**, asuman el pago de la diferencia que hubiere, en proporción al tiempo que figuró como afiliada en cada una de ellas.

En el caso de Porvenir S.A., incluirá el tiempo que figuró afiliada a Colpatria y Horizonte²⁹, descontados desde el 10 de diciembre de 1999 al 28 de septiembre de

²⁷ “**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 por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

²⁸ **Decreto 3395 de 2008 ARTÍCULO 1o. ÁMBITO 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

²⁹ Fl.160.

2000³⁰ y del 29 de septiembre del 2000 al 31 de diciembre del 2013, en razón a la absorción de tales AFP por Porvenir S.A.

El cumplimiento de tales órdenes será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con Porvenir S.A. sin trasladar consecuencias negativas al actor.

Por ello, asiste razón a Colfondos S.A., en que no procede la devolución **indexada** de los conceptos pues con la orden emitida a las 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 pensión de vejez del demandante.

Se ordenará a Colpensiones recibir el valor de los aludidos conceptos e incorporarlos como aportes pensionales en la respectiva historia laboral de la señora Morales Restrepo.

En este sentido se **confirmará, modificará y adicionará** la sentencia que conocida en apelación y grado jurisdiccional de consulta.

III. EXCEPCIONES

Las excepciones formuladas por las demandadas han quedado implícitamente resueltas, mereciendo especial pronunciamiento la de prescripción, la cual no operó, 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. Este argumento aplica igualmente, **para resolver lo alegado por Colfondos S.A.** en esta sede en cuanto a la aplicación del fenómeno extintivo sobre el 3% destinado a cuotas de administración, pues tal y como la acción judicial tendiente a declarar la ineficacia del traslado de régimen es imprescriptible para quien todavía no se encontraba gozando de pensión de vejez, igual suerte corren los derechos que surgen como consecuencia de tal declaratoria, como aquel destinado a obtener el derecho pensional o los conceptos que se ordena devolver al RPM.

IV. COSTAS

Costas en esta instancia son a cargo de Porvenir S.A. por haber sido vencida en su recurso. Se fijan agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente para 2021 (1 smlv).

³⁰ Fecha de inicio de efectividad en Colpatria Pensiones y Cesantías, así como en Horizonte Pensiones y Cesantías, y hasta su fin, antes de iniciar su vigencia en Porvenir S.A. Ver archivo nombrado ANT-42.051.392-2 de la carpeta contentiva del expediente administrativo.

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 Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín el 19 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por la señora **ADIELA ANDREA MORALES RESTREPO** contra COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., **modificándola y adicionándola** en el sentido en que esta última:

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 la totalidad del tiempo en que la referida demandante ha figurado como afiliada en el RAIS.

Con cargo a sus propios recursos **Colfondos S.A.** y **Porvenir S.A.** trasladarán los valores descontados a la actora, en ese lapso, por concepto de aportes para la garantía de pensión mínima, comisiones de administración y primas de seguros.

PORVENIR S.A. también devolverá los conceptos mencionados descontados desde el 10 de diciembre de 1999 al 28 de septiembre de 2000 y del 29 de septiembre del 2000 al 31 de diciembre del 2013, cuando COLPATRIA y BBVA HORIZONTE PENSIONES y CESANTÍAS, respectivamente, eran las administradoras, en razón a la absorción de tales AFP por Porvenir S.A.

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 la demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, **ambas AFP** del RAIS, deberán asumir el pago de la diferencia que hubiere, en proporción al tiempo que la señora Morales Restrepo, efectuó cotizaciones ante ellas, sin trasladarle consecuencias negativas a la demandante.

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

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

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por haber resultado vencida en su recurso. Se fijan agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente (1SMLV).

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 MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

Certifico que la anterior sentencia fue notificada por ESTADOS N° 79 fijados hoy 10 de mayo de 2021 a las 8:00AM

El secretario