

**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:	05001310500220190030801
Proceso:	Ordinario
Demandante:	LUZ DORA CANO AGUDELO
Demandado:	COLPENSIONES, PROTECCION S.A., AFP PORVENIR S.A.
M. P.	MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo:	22 DE JULIO DE 2022
Decisión:	CONFIRMA Y MODIFICA

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 25 DE JULIO 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, veintidós (22) de julio de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	LUZ DORA CANO AGUDELO
DEMANDADAS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
LITISCONSORTE NECESARIO POR PASIVA	PORVENIR S.A.
ORIGEN	Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05-002-2019-00308-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional y pensión de vejez
CONOCIMIENTO	Consulta y apelación
ASUNTO	Control de legalidad y 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 art. 13 de la Ley 2213 de 2022 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido LUZ DORA CANO AGUDELO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. como litisconsorte necesario por pasiva¹.

En atención al memorial aportado el 12 de noviembre de 2022² y a la escritura pública N°716 del 15 de julio de 2020 de la Notaría Novena del Círculo de Bogotá, se reconoce personería para representar los intereses de Colpensiones, como apoderada principal a la Sociedad Palacio Consultores S.A.S. identificada con NIT.900.104.844-1. Así mismo, se reconoce personería para representar a dicha entidad a la abogada Adriana María Correa Carrascal identificada con la CC 64583146 y portadora de la TP 197178 del C. S de la J. En tal sentido se entienden revocados los poderes y sustituciones anteriores que hubiese aportado la entidad.

I. CONTROL DE LEGALIDAD

Previo a exponer los antecedentes del asunto bajo examen y de emisión de sentencia de fondo, la Sala encuentra procedente efectuar control de legalidad de lo actuado en

¹ Fue integrada mediante auto del 1° de agosto de 2019, ver archivo 15AutoOrdenaIntegrarPorvenir.pdf.

² Carpeta 02SegundaInstancia, archivo 003AlegatosColpensionesSustitucionPoder.pdf

el proceso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 132 del Código General del Proceso³, aplicable por remisión analógica al procedimiento laboral, en aras de subsanar irregularidad hallada al avizorar que el Juez A Quo se pronunció en torno a una pretensión no contenida en la demanda, respecto de la cual el apoderado de la activa carece íntegramente de poder y que además no fue incluida al momento de fijar el litigio, como se explica a continuación.

En escrito inicial de demanda, visible en archivo 02Demanda.pdf, la señora Cano Agudelo deprecó en las pretensiones tercera y cuarta de demanda, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez debidamente indexada a cargo de Colpensiones, y autorización a la entidad a descontar del retroactivo las mesadas concedidas por Protección S.A., y del retroactivo las cotizaciones que le hicieren falta para completar las semanas exigidas.

La demanda fue devuelta por el Juez de instancia en proveído del 24 de mayo de 2019⁴, requiriendo entre otras al apoderado de la activa, allegar poder que lo faculte para presentar demanda, contentivo de todas las pretensiones de la misma, ya que el aportado confiere poder para adelantar un trámite administrativo⁵, y además le requirió copia del agotamiento de reclamación administrativa ante Colpensiones sobre la pretensión tercera.

Así, al subsanar requisitos, el apoderado allegó nuevo escrito de pretensiones⁶ sin incluir las pretensiones de reconocimiento de pensión de vejez y la de autorización de descontar del retroactivo las mesadas concedidas por Protección S.A., y adjuntó el poder respectivo donde tampoco están incluidas las pretensiones formuladas inicialmente como tercera y cuarta.

Pese a lo anterior, y que la pretensión tendiente a obtener el reconocimiento y pago de la prestación económica no fue incluida al momento de fijar el litigio⁷, el Juez A Quo si se pronunció sobre ella al dictar la sentencia, reconociéndola y emitiendo órdenes respecto de Colpensiones, como se observa en el numeral 5 de la parte resolutive de la sentencia de instancia⁸, lo que resulta a todas luces improcedente e impide la contradicción de la pasiva en torno a ella.

Bajo estas premisas, en aras de garantizar los derechos al debido proceso y contradicción de las partes, es pertinente efectuar el **control de legalidad** anunciado, debiendo decretar la nulidad de lo actuado por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Medellín el 5 de febrero de 2021, en cuanto al análisis y decisión de fondo respecto del reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor de la señora Luz Dora Cano Agudelo a cargo de Colpensiones, y sus órdenes consecuenciales, decisión consagrada

³ “Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación.”

⁴ Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo 05AutolnadmiteDemanda.pdf

⁵ Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo 03Poder.pdf

⁶ Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo 0SubsanaRequisitos.pdf

⁷ Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo denominado:

“2305001310500220190030900s20210040782_02_05_2021 11_53 PM UCT.mp4”, minutos: 9:20 a 10:47

⁸ Carpeta 01PrimeralInstancia, archivo 22ACTA INEFICACIAS CONCENTRADAS 2019-308, 2019-675, 2020-263, 2020-064.pdf

en el numeral 5 de la sentencia de instancia emitida en la referida fecha, al no haberse formulado dicha pretensión por la activa, carecer de poder el mandatario judicial de esta para formularla, y no haber sido incluida en la fijación del litigio.

La referida nulidad decretada no afecta la restante actuación desplegada en el proceso, permitiendo a esta Sala de Decisión pronunciarse respecto de los asuntos que le competen como se verá más adelante, previos los siguientes:

II. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda⁹

La señora Luz Dora Cano Agudelo, formula demanda contra Colpensiones y Protección S.A., pretendiendo se declare: **i)** la ineficacia del traslado realizado del RPM hacia la AFP Protección S.A y que por lo tanto siempre ha estado válidamente afiliada a Colpensiones, y como consecuencia de lo anterior, se condene a **ii)** Protección S.A. a trasladar a Colpensiones sus aportes en pensiones, con los respectivos rendimientos financieros generados, y a Colpensiones **iii)** a validar los referidos valores trasladados por Protección S.A. e incorporarlos en su historia laboral;. **iv)** Costas y agencias en derecho a cargo de las accionadas, **v)** Lo ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones en que se trasladó del RPM hacia el RAIS el 27 de octubre de 1998, con motivo de una asesoría en la cual el funcionario de la AFP omitió cumplir con su obligación del buen consejo, en tanto no le brindó información clara y completa acerca de los beneficios, desventajas y consecuencias que conllevaría el traslado de régimen pensional que estaba efectuando. El 23 de abril de 2019 solicitó a la AFP del RAIS su regreso a Colpensiones y aceptar su retorno.

Oposición a las pretensiones de la demanda

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

i) Colpensiones¹⁰

Afirma que la demanda carece de fundamentación legal y fáctica, pues las entidades accionadas no incumplieron con ninguna obligación legal, en tanto el traslado de régimen se realizó de forma correcta, y como un acto libre y voluntario, siendo inadmisibles que argumente ahora que desconocía la ley o que no era su intención trasladarse al RAIS; además el acto cumple con todos los requisitos para su existencia y adicional a ello, al estar inmersa en la prohibición para retornar al RPM, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su literal e), no puede admitirse su traslado. Se opone al reconocimiento de la pensión de vejez por no acreditar lo dispuesto por las sentencias C-789 de 2002 y SU-062 de la Corte Constitucional, esto es, no es beneficiaria del régimen de transición no pudiendo retornar al RPM en cualquier tiempo.

⁹ 06SubsanaRequisitos.pdf.

¹⁰ 09RespuestayAnexosColpensiones.pdf, págs 1 a 12.

Excepcionó: Inexistencia de la nulidad de traslado de régimen, inexistencia de la obligación prestacional, inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al RPM por falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia en el pago del retroactivo pensional, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción, improcedencia de intereses moratorios, improcedencia de la indexación, intereses moratorios y/o indexación de la condena a cargo de la AFP demandada, devolución de aportes debidamente indexados, compensación, descuentos del retroactivo por salud, devolución de cuotas de administración, y las que llamó “innominada” y “genérica”.

ii) Protección S.A.¹¹

El acto de afiliación es existente, válido, está exento de vicios y se realizó atendiendo los lineamientos legales vigentes para la época del traslado, de suerte que la afiliada manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS al plasmar su firma en el formulario de afiliación, el cual fue suscrito dentro de un actuar de buena fe y legalidad por parte del fondo, y previa asesoría brindada de manera completa, clara y comprensible sobre las características del régimen, generando derechos y obligaciones para ambas partes; siendo ilógico que la demandante manifieste que fue inducida a error al realizar su vinculación a Protección S.A, pues ésta conocía plenamente el objeto del negocio jurídico que estaba celebrando, era consciente de la calidad del objeto del contrato, esto es, de las consecuencias de su decisión, y tenía conocimiento de la persona con la que celebraba el contrato, valga decir, la AFP Protección S.A, no existiendo por tanto el error del que trata el artículo 1509 del Código Civil. Tampoco la variación del monto de la pensión constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, pues se le informó que el monto de la pensión era variable y que dependía de diversas circunstancias, las cuales no era posible prever para ese momento del traslado. Agrega que la afiliada tuvo varias oportunidades de retornar al RPM sin que hiciera uso de su facultad, encontrándose prescrita la acción de nulidad de la afiliación por haber transcurrido 4 años. Por último, afirma que sobre la afiliada también recaen obligaciones como consumidora financiera, debiendo responsabilizarse de consultar y verificar los productos que contrata.

Excepcionó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, Inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

iii) Porvenir S.A. -Litis Consorte Necesario por Pasiva-¹²

Expuso que la jurisprudencia laboral ha establecido que casos como el debatido deben abordarse desde la perspectiva de la ineficacia de la afiliación y no desde el régimen de nulidades, estando mal encausada la demanda por lo cual resultan improcedentes las pretensiones por carencia de respaldo normativo. Además, afirma que no existen

¹¹ 14RespuestayAnexosProtección.pdf, págs 1 a 19.

¹² 18RespuestayAnexosPorvenir.pdf, págs 1 a 20.

razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia del traslado, en tanto la decisión del traslado fue consciente y espontánea, sin presiones de ninguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en que se produjo, recibiendo previo traslado, información suficiente sobre las implicaciones de su traslado y las características del RAIS, quien además contaba con plena capacidad para dar su consentimiento en el acto jurídico. La afiliada como consumidora financiera 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. Afirma que no hay norma legal que establezca la ineficacia del traslado de régimen por ausencia de información completa al afiliado, ya que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no lo consagra expresamente, pues prevé una situación de carácter sancionatorio. Tanto la acción de nulidad como de ineficacia de traslado se encuentran prescritas, pues no todas las cuestiones relacionadas con un derecho pensional tienen relación directa con la consolidación del mismo. 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 instancia¹³

El 5 de febrero de 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS a través de Porvenir S.A. Ordenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones completas, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, ahorros voluntarios y rendimientos financieros, y excluyó la devolución de las cuotas de administración. Ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación de la actora al RPM sin solución de continuidad, a recibir los dineros que le sean trasladados por Protección S.A. y corregir la historia laboral de la demandante. Declaró probada de oficio la excepción de "inexistencia de la obligación de devolver los dineros por concepto de cuotas de administración de la cuenta de ahorro individual".¹⁴

Para fundamentar lo decidido, el 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 antes de la suscripción del formulario de afiliación, 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.

Justificó la devolución de los ahorros voluntarios en atención a que su finalidad era optar por una pensión y ahorro anticipado, sin que pueda hacerse distinción sobre los conceptos que son más favorables devolver, pues como consecuencia de la ineficacia debe devolverse todo. Se abstuvo de ordenar el traslado de las cuotas de administración, manifestando, entre otros argumentos, que este tema no ha sido abordado claramente por la jurisprudencia, es un descuento autorizado por la ley, y que

¹³ 22Acta ineficacias concentradas 2019-305, 2019-675, 2020-263, 2020-064

¹⁴ No se hará referencia a la decisión respecto del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por la nulidad decretada en el acápite I de esta providencia.

no se pueden desconocer los hechos fácticos y jurídicos que ocurrieron en el mundo fenomenológico, como lo es la administración de la cuenta de ahorro individual por parte de Protección S.A.

Recursos de apelación

i) Porvenir S.A.: solicitó revocar la sentencia de instancia, afirmando la validez del acto jurídico de traslado, reiterando lo esbozado al momento de contestar la demanda, y resaltando que para la época en que se suscribió el formulario de afiliación no se exigía soporte adicional, y aun cuando la demandante en su interrogatorio de parte indicó que no recordaba la asesoría primigenia, ello no es óbice para entender que no se le brindó información pertinente, pues el hecho de que suscribiera el formulario de afiliación da a entender que se encontraba de acuerdo con la información brindada.

ii) Colpensiones: formuló recurso parcial frente a lo decidido, deprecando se ordene devolver también las cuotas de administración y dinero destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, toda vez que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es que las cosas vuelvan al estado en el que se encontraban antes del acto jurídico, debiendo retornarse estos conceptos a Colpensiones para evitar un enriquecimiento sin justa causa en favor de la AFP del RAIS, postura que encuentra eco en la jurisprudencia emitida por la H. CSJ, entre otras, a través de las sentencias con radicado N°31989 de 2008 y SL-2877 del 2020.

iii) Protección S.A.: recurrió parcialmente lo decidido, pidiendo se revoque el numeral segundo de la sentencia de instancia, en cuanto ordenó la devolución del dinero destinado a los seguros previsionales, ya que este valor ya fue pagado mes a mes a una aseguradora para la cobertura de un siniestro de sobrevivencia o invalidez, quien funge como tercero de buena fe respecto del contrato suscrito por la demandante y Protección S.A., siendo un imposible pretender la devolución de tal dinero con destino a Colpensiones, se refirió a la sentencia SL-2324 del 19 de marzo del 2019, en donde la H. CSJ Sala Laboral al resolver la declaratoria de ineficacia del traslado, refiere en sus considerandos que las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a terceros. Adicionalmente, refirió que confirmar la condena a la entidad de asumir con cargo a su propio patrimonio los valores de descuentos por primas de seguros, constituye una condena en perjuicios contra el patrimonio de la AFP, que debe revisarse a la luz de la responsabilidad civil y sus elementos propios, pero ellos no fueron probados.

Finalmente, indicó que frente a los seguros previsionales opera el fenómeno jurídico de la prescripción conforme los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, toda vez que son conceptos que se descuentan periódicamente por ley y no financian directamente la pensión de vejez.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Otorgado el término para alegar de conclusión en esta sede, sólo Colpensiones y Porvenir S.A. lo descorrieron, mientras que la demandante y Protección S.A se abstuvieron de pronunciarse.

La apoderada de **Colpensiones**¹⁵ solicitó revocar la sentencia emitida por el juez de instancia, Reiterando los argumentos esbozados en la contestación de la demanda para sustentar la improcedencia de la declaratoria de ineficacia de traslado, pero en caso de prosperar, solicitó se ordene al fondo privado la devolución de los aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón de la afiliación de la demandante, debidamente indexados, pues de lo contrario se constituiría en un detrimento patrimonial para Colpensiones. Finalmente, refiere que no es procedente el reconocimiento pensional realizado por el juez A Quo en tanto solo a través de este proceso se declaró la ineficacia de traslado, por lo que pide sea revocada esta orden y permitir que sea Colpensiones quien realice el estudio de la prestación.

Por su parte, la apoderada de **Porvenir S.A.**¹⁶ reiteró las razones de hecho y derecho que sustentan su oposición a la demanda con el fin de que se revoque lo decidido en instancia, en virtud que la afiliación fue espontánea, sin presiones, cumpliendo los requisitos exigidos en la ley, además de que la AFP cumplió con el deber de información exigible para el momento de realizar el traslado, establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, de manera que la prueba documental que extraña el juez A Quo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado, pues esta solo surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, y en virtud de ello, no es cierto que la entidad esté en mejor posición probatoria. Solicita, en caso de confirmarse la sentencia, no se ordene a la entidad a trasladar los dineros descontados por Gastos de administración, por tener un mandato legal y destinación específica, descuentos que han cumplido con su cometido y ya no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se usaron para generar los rendimientos, -que hoy se reflejan positivamente en la cuenta de la afiliada- y para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, siendo imposible retrotraerlos, y su devolución implicaría un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de normas legales que regulan las restituciones mutuas, resaltando además que toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetico la estabilidad y sostenibilidad financiera del sistema, para lo cual trae a colación la sentencia de unificación emitida el 14 de agosto de 2019 por el Tribunal Superior de Medellín dentro del proceso con radicado 05001310500720150129501 así como el concepto emitido el 17 de enero de 2020 por la Superintendencia Financiera de Colombia.

III. 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

¹⁵ 03AlegatosColpensionesSustitucionPoder, págs 3 a 6.

¹⁶ 04AlegatosPorvenir.pdf, págs 3 a 7.

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

Hechos relevantes probados documentalmente

Luz Dora Cano Agudelo nació el 11 de noviembre de 1963¹⁷. Inicialmente se afilió al extinto ISS el 18 de abril de 1985¹⁸. Aun cuando la parte demandante allegó formulario de traslado a Protección S.A. fechado el 19 de octubre de 1998¹⁹, del certificado SIAFP emitido por Asofondos se tiene que la demandante efectuó traslado del ISS con destino a Porvenir S.A. el 5 de julio de 1994²⁰. Posteriormente, el día 27 de enero de 1995 suscribió formulario de afiliación a Protección S.A.²¹, fondo en el que se encuentra actualmente afiliada. Para el 26 de julio de 2019 contaba con 1.497.14 semanas cotizadas en toda su vida laboral²², de las cuales 379 lo fueron ante Colpensiones. El 8 de octubre de 2010 recibió reasesoría pensional de parte de Protección S.A.²³. El 9 de febrero de 2017 radicó ante Colpensiones formulario de afiliación al RPM²⁴, solicitud que fue negada en la misma fecha por encontrarse a menos de 10 años para acceder a la pensión²⁵, y el 23 de abril de 2019 radica nueva solicitud deprecando aceptar su retorno al RPM y tener por ineficaz su traslado al RAIS²⁶, sin embargo, su petición le fue rechazada el 27 de abril de 2019 bajo el argumento de que su traslado al RAIS había sido libre y voluntario²⁷.

a) Viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS.

¹⁷ 04AnexosDemanda.pdf, pág 1; GEN-DDI-CI-2017_1395432-20170209092226 y GEN-DDI-CI-2019_5236898-20190423104613, contenidos en la carpeta "10CdFolio67ExpedienteAdministrativo". No se aportó registro civil de nacimiento, pero sí copia de la cédula de ciudadanía de la demandante que informa de dicha fecha, la cual no fue discutida por la pasiva.

¹⁸ 04AnexosDemanda.pdf, págs 12 y 17; 14RespuestayAnexosProtección.pdf, pág 32; GRP-SCH-HL-66554443332211_1521-20190613110646 contenido en la carpeta "10CdFolio67ExpedienteAdministrativo".

¹⁹ 04AnexosDemanda.pdf, pág 11.

²⁰ 14RespuestayAnexosProtección.pdf, pág 34; 18RespuestayAnexosPorvenir.pdf, pág 23.

²¹ 14RespuestayAnexosProtección.pdf, págs 31, 34 y 77.

²² 14RespuestayAnexosProtección.pdf, pág 36.

²³ 04AnexosDemanda.pdf, pág 5.

²⁴ GAF-FAF-AF-2017_1395432-20170209092226 contenido en "10CdFolio67ExpedienteAdministrativo".

²⁵ GEN-RES-CO-2017_1395432-20170209093421 contenido en "10CdFolio67ExpedienteAdministrativo".

²⁶ 04AnexosDemanda.pdf, pág 27; SAC-COM-AF-2019_5236898-20190423104613 contenido en la carpeta "10CdFolio67ExpedienteAdministrativo".

²⁷ GEN-RES-CO-2019_5236898-20190510091604 contenido en "10CdFolio67ExpedienteAdministrativo".

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, 335²⁸ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1²⁹, 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 1994³⁰; 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 expresas³¹ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994³².

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.

²⁸ 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.

²⁹ 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.”*

³⁰ 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

³¹ **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”.**

³² 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 la capacidad de la demandante al suscribir el formulario, o su obligatoriedad de informarse en relación con las consecuencias de la celebración del acto jurídico, o sus actos de relacionamiento al efectuar cotizaciones, conocer extractos y no efectuar el traslado de régimen cuando

legalmente estuvo habilitado para hacerlo, el no efectuar comparaciones entre fondos, o que las condiciones de funcionamiento de estos no son imposición de los mismos, si no de la normatividad que los rige, no constituyen razones atendibles para exonerar del cumplimiento de sus obligaciones a 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 el mismo estuviese precedido de la satisfacción del cumplimiento del deber de información por parte de la administradora que captó al afiliado, quien, según sus dichos al absolver el interrogatorio de parte, escuchó del asesor que el ISS desaparecería siendo su mejor opción pensional suscribir traslado al régimen privado.

Tampoco son admisibles los argumentos expresados por Porvenir S.A. al descorrer el traslado para alegar en esta instancia, en cuanto a que al momento del traslado, éste obedeció a una decisión espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley; se satisfizo el deber de información en los términos exigidos para entonces; situación que tampoco acreditó, limitándose a afirmar que así había ocurrido. El que asevere que han hecho campañas masivas para educar al consumidor financiero y comunicados de prensa informando los cambios normativos o que la prueba documental que echó de menos la juez para que se diera cuenta de la información, no fue obligatoria si no desde la expedición de la Circular 016 de 2016 o que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones que surgieron en 2010 y 2014, puesto que a la actividad misma de la administradora demandada subyace la obligación desde la creación misma del régimen pensional, de ilustrar suficientemente a la potencial afiliada sobre las condiciones de ambos regímenes, su funcionamiento y expectativas, de manera que cada persona adopte una decisión informada y consciente sobre su futuro pensional.

No pudiéndose aplicar tampoco, a la aquí demandante la regulación de 2010 sobre deber del consumidor financiero, por cuanto su traslado se firmó en el 2000 cuando no existía esa disposición, pero sí estaba vigente y se ha consolidado la que ha obligado a las AFP a brindar la información no bastando con la suscripción del formulario de afiliación, por cuanto su uso, no exime, ni avala la omisión de los deberes impuestos por las leyes a las AFP, y por tanto, se reitera, que previo a la suscripción de ese formulario, éstas entidades 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 Corte en **sentencia SL 4360 de 2019** Radicado 68852.

En cuanto a la inconformidad sobre la carga de la prueba, con dicho precedente, se desvirtúa además la aplicación al actor del principio de auto responsabilidad de los hechos afirmados en la demanda, pues en este caso, en virtud de la carga dinámica de la prueba 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 al afiliado y posibilitó que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

En el sub-lite, mediante la prueba documental arribada, se evidencia que Luz Dora Cano Agudelo nació el 11 de noviembre de 1963³³, por lo que, al 1 de abril de 1994, cuando entró en vigencia el SGSSP para ella, por ser trabajador dependiente del sector privado, contaba con 30 años de edad 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 5 de julio de 1994 suscribió formulario de traslado hacia Porvenir S.A.³⁴, el cual acusa de ineficaz. Posteriormente, el 27 de enero de 1995 suscribió formulario de afiliación a Protección S.A.³⁵. El 9 de febrero de 2017 radicó ante Colpensiones formulario de afiliación al RPM³⁶, solicitud que fue negada en la misma fecha por encontrarse a menos de 10 años para acceder a la pensión³⁷, acudiendo nuevamente ante la entidad el 23 de abril de 2019 solicitó esta vez aceptar su retorno al RPM y tener por ineficaz su traslado al RAIS³⁸, la cual también fue rechazada el 27 de abril de 2019 bajo el argumento de que su traslado al RAIS había sido libre y voluntario³⁹.

Adicionalmente, 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 no recordaba las circunstancias en las cuales se había presentado su traslado primigenio al régimen privado a través de Porvenir S.A, y en ese sentido afirmó erradamente que siempre había estado afiliada a Protección S.A. Igualmente, declaró que no recordaba que le hubieran explicado cómo se financiaría su pensión, ni que le hubieran hablado de pensión anticipada ni de la heredabilidad de sus aportes.

Ahora, aun cuando se allegó al plenario copia de reasesoría pensional realizada a la demandante el 8 de octubre de 2010⁴⁰ por parte de Protección S.A., es de advertir que

³³ 04AnexosDemanda.pdf, pág 1; GEN-DDI-CI-2017_1395432-20170209092226 y GEN-DDI-CI-2019_5236898-20190423104613, contenidos en la carpeta "10CdFolio67ExpedienteAdministrativo".

³⁴ 14RespuestayAnexosProtección.pdf, pág 34; 18RespuestayAnexosPorvenir.pdf, pág 23.

³⁵ 14RespuestayAnexosProtección.pdf, págs 31, 34 y 77.

³⁶ GAF-FAF-AF-2017_1395432-20170209092226 contenido en "10CdFolio67ExpedienteAdministrativo".

³⁷ GEN-RES-CO-2017_1395432-20170209093421 contenido en "10CdFolio67ExpedienteAdministrativo".

³⁸ 04AnexosDemanda.pdf, pág 27; SAC-COM-AF-2019_5236898-20190423104613 contenido en la carpeta "10CdFolio67ExpedienteAdministrativo".

³⁹ GEN-RES-CO-2019_5236898-20190510091604 contenido en "10CdFolio67ExpedienteAdministrativo".

⁴⁰ 04AnexosDemanda.pdf, pág 5.

la ineficacia deriva en la inexistencia del acto, no puede ser ratificada por actuaciones posteriores de la afiliada.

En este caso, la AFP Porvenir S.A, como encargada de tramitar la afiliación al RAIS de la demandante, estaba llamada a demostrar que tal afiliación no se vio afectada en su eficacia por haberle suministrado la información suficiente, clara, completa a la entonces potencial afiliada, sin embargo 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.

Adicionalmente, deviene innecesario analizar las condiciones de afiliación a Protección S.A. pues la ineficacia del traslado de régimen afecta todo traslado entre administradoras que se haya presentado con posterioridad.

No hay elementos de convicción en el plenario que demuestren la información que brindó a la demandante, pues la AFP Porvenir S.A no allegó siquiera el respectivo formulario de afiliación, pero sobre el cual insiste que estando suscrito por la demandante, quien lo hizo de manera libre y voluntaria, y que, por contener las declaraciones que le exige el artículo 114 de la ley 100 de 1993, 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, esta sala no acoja lo interpretado por la pasiva en el sentido de 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 la afiliada 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**⁴¹, 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., vulneradoras de la libre y voluntaria selección de régimen prevista en el literal b del Artículo 13 de la ley 100 de 1993⁴² genera consecuentemente la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, como respuesta 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 SL-4360 de 2019**, concluyendo en que: “la sanción impuesta en el artículo 271⁴³ de la Ley 100 de 1993 consagra una

⁴¹ por la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral

⁴² **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.

⁴³ 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 Salud 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

ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado”, lo cual, da lugar a garantizar a la accionante el ejercicio del derecho a la libre selección de régimen pensional, y dado que ha manifestado a lo largo del proceso, desde el escrito de demanda, que su voluntad es pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES, se asumirá que así lo ha estado desde el 18 de abril de 1985⁴⁴, 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.

b) Consecuencias de la declaratoria de ineffectia

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 ineffectia, 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 ineffectia en asuntos como el abordado en este proceso, la parte beneficiada económicamente con el acto ineffectio 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 **Protección 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.

Sino que Porvenir S.A y Protección S.A., también debe 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

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.

⁴⁴ 04AnexosDemanda.pdf, págs 12 y 17; 14RespuestayAnexosProtección.pdf, pág 32; GRP-SCH-HL-66554443332211_1521-20190613110646 contenido en la carpeta “10CdFolio67ExpedienteAdministrativo”.

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 de la afiliada, 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 hoy demandante, 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 confirman y adicionan, debiendo además por ello, **revocar la decisión el A Quo en cuanto declaró próspera la excepción de inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración.**

Pero, retomando el punto, y por las mismas razones expuestas en este acápite, considerando el precedente de la Sala de Casación Laboral⁴⁵ 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 las AFP del RAIS durante el periodo de afiliación de la hoy demandante ante ellas, se deben trasladar debidamente **indexadas** y con cargo a sus propios recursos, aspecto en el cual, se adicionará la

⁴⁵ 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 Civil, 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.

decisión de instancia, 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.

Por lo expuesto, no se acogerá lo expuesto por Porvenir S.A en sus alegatos en esta sede, respecto al **Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia**, a la luz del artículo 28 del CPACA⁴⁶, 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 2008⁴⁷, toda vez que 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.

Al momento de cumplirse esta sentencia, los conceptos deberán aparecer detallados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

El cumplimiento de tales órdenes será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A sin trasladar consecuencias negativas a la actora.

Se ordenará a COLPENSIONES recibir de PORVENIR S.A y PROTECCIÓN 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.

Finalmente, es menester advertir **sobre la orden de devolución de aportes voluntarios**⁴⁸ que tales aportes están consagrados en el *régimen de ahorro individual*, tal y como lo dispone el artículo **62 de la Ley 100 de 1993**⁴⁹; su fin es incrementar o

⁴⁶ “**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.”

⁴⁷ **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

⁴⁸ Si bien ésta orden no se observa en el acta de sentencia que consta a folio 252, sí existe constancia de que la orden se dio, como se evidencia en el audio que obra a folio 265 del expediente cuando el juez expone la parte considerativa de la sentencia y nuevamente cuando dicta la parte resolutive.

⁴⁹ “**ARTÍCULO 62. COTIZACIONES VOLUNTARIAS.** Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podrán cotizar, periódica u ocasionalmente, valores superiores a los límites mínimos establecidos como cotización obligatoria, con el fin de incrementar los saldos de sus cuentas individuales de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor o un retiro anticipado.”

mejorar el capital de ahorro individual del afiliado para obtener una mejor mesada pensional o incluso disfrutar de su prestación anticipadamente y obtener beneficios tributarios, cuyo carácter es facultativo, efectuándose acorde a la capacidad económica y discrecional del afiliado, constituyendo un patrimonio de cada afiliado, ahorro del cual puede disponer, en cualquier momento solicitando su retiro total o parcial⁵⁰; de manera que tal concepto no forma parte de los conceptos que legalmente deben devolverse al régimen de prima media administrado por Colpensiones, en este sentido es clara la normatividad de seguridad social, entre ella, el numeral **2 del artículo 2.2.2.3.1 del Decreto 1833 de 2016**⁵¹.

El Juez A Quo contra legem y sin sustento jurídico, dispuso la remisión de aportes voluntarios hacia Colpensiones, lo que configura una vía de hecho con la que no se debe cohonestar, y además extralimita sus facultades extrapetita, y desacata el principio de legalidad consagrada en el artículo 7 de la Ley 1564 de 2012, según el cual los jueces en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley, debiendo entonces ser devueltos directamente al afiliado, trámite que habrá de adelantarse directamente por los afiliados ante la entidad que los administre, por lo que **habrá de revocarse** en este aspecto tal decisión.

Esta decisión de la Sala no afecta el principio de no reforma en peor para el apelante, en razón a que no se está desconociendo derecho alguno a Colpensiones, ni se está afectando con ella el régimen de prima media, por las razones ya expuestas.

Así las cosas, se **confirmará, modificará, adicionará y revocará** la sentencia conocida en apelación.

IV. 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 que recae y el reconocimiento pensional se presentó como una de las consecuencias del retorno al RPM administrado

⁵⁰ Ver artículo 15 del decreto 692/1994.

⁵¹ “**ARTÍCULO 2.2.2.3.1. TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.** Una vez efectuada la selección de cualquiera de los regímenes pensionales mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido cinco años contados desde la fecha de la selección anterior.

Para el traslado del régimen solidario de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y de este al de prima media se aplicará lo siguiente:

1. Si el traslado se produce del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales.

2. Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida se le acreditarán en este último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. **Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento del traslado se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado.**” (negritas y subrayas fuera de texto)”

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.

Para resolver **el recurso de apelación presentado por Protección S.A.**, en cuanto a la aplicación del fenómeno extintivo sobre el 3% destinado a cuotas de administración y demás conceptos distintos a cotizaciones y rendimientos que se dispuso trasladar, debe indicarse que sobre ellos, la prescripción tampoco tiene vocación de prosperidad, 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 ordenó devolver al RPM.

V. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A y Protección S.A por haber resultado vencidas en sus recursos. Se exonera de esta condena a Colpensiones por haber prosperado su recurso de apelación. Se fijan agencias en derecho en el equivalente a un 1SMLMV en 2022, distribuido en un 50% a cargo de cada una y en favor de la demandante.

VI. 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: Efectuar control de legalidad, declarando la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia emitida el 5 de febrero de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso **LUZ DORA CANO AGUDELO contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, solo en cuanto al análisis y decisión de fondo respecto del reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor de la demandante, contenida en el numeral 5 de la parte resolutive de la sentencia referida, por lo motivado en esta providencia, conservando validez el restante trámite desplegado en el presente proceso y lo decidido por el juez A Quo..

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia referenciada emitida contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A, **modificándola y adicionándola**, en el sentido en que esta última:

Trasladará 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 todo el tiempo en que la demandante ha figurado como afiliada a dicho régimen.

Además, PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A trasladarán 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 a Colpensiones el valor de comisiones de administración y primas de seguros descontados en el mismo lapso que permaneció como afiliada ante ellas.

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

Se ordena a COLPENSIONES recibir de PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A 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.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral SEGUNDO de la referida providencia, en cuanto ordenó a Protección S.A. devolver con destino a Colpensiones los aportes voluntarios, según lo motivado.

CUARTO: REVOCAR el numeral cuarto de la providencia, en cuanto declaró próspera la excepción de la obligación de devolver la comisión de administración.

QUINTO: Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A y Protección S.A, se fijan agencias en derecho en el equivalente a 1SMLMV en 2022 distribuido en un 50% a cargo de cada una y en favor de la demandante.

Se ordena notificar lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ
En ausencia justificada

DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN