

**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: 05001310501620200007601
Proceso: Ordinario
Demandante: GLORIA ELCY GIRALDO SUAREZ
Demandado: PENSIONES DE ANTIOQUIA, PORVENIR S.A.,
COLPENSIONES, PROTECCION S.A.
M. P. MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo: 28/10/2022
Decisión: CONFIRMA, MODIFICA Y ADICIONA

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

Se fija hoy 01/11/2022 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, veintiocho (28) de octubre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	GLORIA ELCY GIRALDO SUAREZ
DEMANDADAS	COLPENSIONES, PENSIONES DE ANTIOQUIA, PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A.
ORIGEN	Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05-016-2020-00076-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Consulta y apelación
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

En la fecha señalada, la Sala Sexta de decisión Laboral, integrada por los Magistrados ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y la Ponente MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del art. 13 del Ley 2213 de 2022 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por GLORIA ELCY GIRALDO SUAREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PENSIONES DE ANTIOQUIA. Y PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

La señora Gloria Elcy Giraldo Suarez formula demanda contra Colpensiones, Pensiones de Antioquia, Porvenir S.A y Protección S.A, pretendiendo se declare **i)** la ineficacia o dejar sin efecto su traslado realizado al RAIS, administrado por Protección S.A, disponiéndose el regreso automático ya sea a Colpensiones o a Pensiones de Antioquia y como consecuencia de la anterior declaración, se condene **ii)** a Protección S.A a trasladar al RPM todos los valores de la Cuenta de Ahorro Individual-CAI- de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, o sumas adicionales de la aseguradora junto con los rendimientos financieros, y a **iii)** la AFP del régimen de prima media que decida el despacho, recibir los aportes trasladados y autorice el regreso de la actora sin solución de continuidad, finalmente **iv)** Costas a cargo de las demandadas.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 30 de junio de 1966 e inició sus cotizaciones al fondo de Pensiones de Antioquia el 31 de marzo de 1986, prestando sus servicios al Departamento de Antioquia, cotizando inicialmente en pensiones de Antioquia hasta

¹ 01CarpetaPrimeraInstancia, archivo01.2020-00076DemandayAnexos (1). pdf.pág. 5/13

septiembre de 2001, no pudiendo seguir cotizando en ella al haber iniciado labores en el sector privado a partir del año 2002 por lo cual, debía seleccionar un fondo de pensiones, y atendiendo a que un asesor de Horizonte le informó que en el RAIS se pensionaría a la edad que quisiera, con una mesada superior, que el dinero se heredaría; y ante el panorama de que el ISS tendía a desaparecer, se trasladó a ese fondo privado convencida de que era su mejor opción, sin embargo no le dio mayores explicaciones, ni le hizo comparación de los dos regímenes.

En el año 2012 se trasladó para Protección S.A., porque el asesor le ofreció mejores rendimientos, pero no se le advirtió sobre el requisito de edad para trasladarse o retornar al régimen de prima media. Incumpliendo las AFP con su obligación establecida en por la Superintendencia Bancaria de Colombia en la circular externa número 001 de enero 8 de 2004, la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 del mismo año.

El 6 de septiembre de 2019 Protección S.A entregó un cálculo pensional donde señala que la demandante en el RPM a la edad de 57 años obtendría una mesada de \$ 2,215,361 con tasa de reemplazo del 74,2%, mientras en el RAIS pese al IBC de \$ 8,500,000 a la edad de 60 años solo tendría garantía de pensión mínima, con notorio desmedro para que la actora pueda vivir dignamente.

El 6 de diciembre de 2019, radicó formulario de afiliación ante Colpensiones, así mismo, el 16 de la misma calenda peticionó a Pensiones de Antioquia el traslado al RPM, solicitudes que fueron rechazadas por encontrarse a 10 años o menos del requisito de la edad para pensionarse, Pensiones de Antioquia agregó que es un fondo cerrado y no puede aceptar nuevos afiliados.

Oposición a las pretensiones de la demanda

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

i) Colpensiones²

Las pretensiones no están llamadas a prosperar, por carecer de fundamento jurídico y fáctico, la AFP no incumplió con ninguna obligación por cuanto la afiliación se realizó en forma correcta, toda vez que la demandante manifestó libremente la voluntad de trasladarse al RAIS y por ende no es procedente el traslado de los aportes que se encuentra en la cuenta de ahorro individual de la demandante, cotizaciones, bonos pensionales, o sumas adicionales de la aseguradora, como los rendimientos que se hubieren causado. En cuanto la condena en costas, solicitó que sea al demandante a quien se condene en costas, ya que, que Colpensiones es un tercero ajeno que no participó en el acto que se declara nulo y/o ineficaz. Excepcionó: inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y prescripción.

² 01.PrimerInstancia, archivo, 07.2020-00076 ContestaciónDemandaColpensiones.pdf pág.3/9

ii) Porvenir S. A³

Las pretensiones carecen de fundamentos jurídicos y fácticos, no se ha demostrado causal de ineficacia que invalide la afiliación al RAIS, ni se alegó la nulidad absoluta, la actora se trasladó de manera consciente y espontánea, sin presiones y contaba con toda la capacidad legal de acuerdo con el artículo 1503 de Código Civil para tomar la decisión de trasladarse, por lo que no pesa ningún vicio que lo invalide, el traslado se hizo con todos los requisitos legales vigentes para la época, pues la AFP brindó la información a la que estaba obligada al momento de la afiliación, la cual fue suficiente y veraz sobre las implicaciones del traslado y las características del RAIS, y manifestación de ello fue la suscripción del formulario de afiliación, adicionalmente, la AFP no podía rechazar la afiliación de la demandante porque estaría violando el derecho de libre elección de régimen. Ahora bien, la actora tampoco indagó sobre las implicaciones de su traslado, siendo un deber de los afiliados, y tampoco hizo uso de las diferentes oportunidades que tuvo para regresar al RPM como es el derecho de retracto, y ahora la actora se encuentra en la prohibición legal por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse.

Por otro lado, la nulidad del traslado no puede basarse solo en la nulidad relativa establecida en el artículo 1741 del Código Civil, dado que no genera la pérdida total de los efectos del acto jurídico, en cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no consagra expresamente la ineficacia de traslado de régimen pensional por fallas en la información, toda vez que es de carácter eminentemente sancionatorio, en cuanto establece una sanción para quien atente contra el derecho a la afiliación y a la selección de régimen, pero no consagra ningún derecho sustancial. Ahora bien, tanto la acción de ineficacia como la de nulidad del traslado se encuentran prescriptas porque no se está en presencia de un derecho pensional.

Por último, en caso de declararse la ineficacia del traslado, no es viable la devolución de los gastos de administración, ni las sumas que ha pagado por concepto de primas de los seguros previsionales, por tener destinación específica por mandato legal y no se encuentran en poder del fondo, y en consideración al concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, lo procedente sería que se respeten las restituciones mutuas que se hayan realizado. Excepcionó: Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Buena fe.

iii) Protección S. A⁴

El acto de afiliación existe, es válido y exento de vicios del consentimiento, el formulario de afiliación en señal de aceptación se suscribió de manera libre y espontánea sin presiones, ni engaños, solemnizándose de esta forma su afiliación al RAIS, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, el acto jurídico celebrado entre la demandante y Protección S.A cumplió con todos los requisitos de existencia y validez. Ahora bien, la parte actora, no puede pretender la declaratoria de una ineficacia y/o nulidad soportando dicha pretensión en sus expectativas

³ 01.PrimerInstancia, archivo, 06.2020-00076ContestaciónDemanandaPorvenirS.A.pdf. pág.5/25

⁴ 01.PrimerInstancia, archivo, 08.2020-00076ContestaciónDemandaProtección.pdf.pág. 3/5 y 13/19

económicas respecto del valor de la mesada pensional, ya que, un acto es nulo por vicios en el consentimiento, no por la favorabilidad económica de un acto jurídico.

Por otro lado, no es procedente el traslado del monto del capital que reposa en la cuenta de ahorro individual de la demandante, por cuanto harán parte del capital para financiar la prestación económica de vejez que se genere el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que, la actora esta válidamente afiliada al fondo privado y se encuentra en la prohibición legal de trasladarse de régimen por tener 10 años o menos para pensionarse; tampoco es aplicable los artículos 963, 1746 del Código Civil, pues a la fecha no se ha demostrado deterioro alguno en la cuenta de ahorro individual de la demandante, por el contrario, ha generado rendimientos financieros, ni se ha demostrado de la AFP haya sido poseedora de mala fe de los dineros de la actora, pues estos porcentajes fueron descontados para pagar sumas adicionales a una aseguradora, gastos de administración y para la garantía de pensión mínima.

Frente la condena en costas, no es procedente por no haber lugar a que se predique conducta alguna en contra de Protección S.A, por el contrario, se solicita se condene en costas al demandante por no tener ningún asidero sus pretensiones. Excepcionó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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.

i) Pensiones de Antioquia⁵

La actora se desvinculó del Departamento de Antioquia para hacerlo en el sector privado, y pensiones de Antioquia solo tiene como afiliados a empleados públicos del ente departamental, no obstante, en caso de declararse la ineficacia, las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que la demandante debe regresar a Pensiones de Antioquia como administradora del Régimen de Prima Medía en el que se encontraba afiliada, el saldo de la Cuenta de Ahorro Individual, sus rendimientos y cotizaciones debidamente actualizados. Por último, solicitó exoneración del pago de costas. La responsabilidad de los hechos de la demanda es compartida entre el fondo privado y el demandante, Pensiones de Antioquia es sujeto pasivo en la causa de la Litis. Excepcionó: inexistencia de la obligación, buena fe, exoneración del pago de costas procesales.

Sentencia de primera instancia⁶

El 01 de marzo de 2022, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín declaró ineficaz la afiliación de la demandante realizada el 27 de diciembre de 2001 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, y en consecuencia Declaró que siempre permaneció en el Régimen de Prima Media –RPM- Ordenó a la AFP Porvenir S. A. trasladar a la demandante al Régimen de Prima Media, Ordenó a Porvenir S.A y a

⁵ 01.PrimerInstancia, archivo, 09.2020-00076ContestaciónDemandaPensionesAntioquia.pdf.pág. 1/2 y 5/6

⁶ 01PrimerInstancia, archivo 21.2020-00076ActaAudienciasArts.77y80CPTSS.pdf y 20.2020-00076 ActaAudienciasArts.77y80CPTSS.mp4

Protección S.A que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, devolver con destino a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo las cotizaciones completas, bonos pensionales, cualquier suma adicional, frutos e intereses, gastos de administración, sin hacer ningún descuento, y sobre los pagos que se hicieron a terceros como seguros previsionales, y aportes del fondo de solidaridad, los deben devolver con cargo en sus propios recursos.

Así mismo, Ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante, o entender como afiliada a la demandante y recibir los dineros trasladados por las AFP, Autorizó a Colpensiones, realizar un cálculo de equivalencias del RAI de forma que no le genere perjuicio alguno recibir a la demandante, Declaró no probadas las excepciones formuladas por las AFP's del RAIS codemandadas, en cuanto las excepciones propuestas por Colpensiones y Pensiones de Antioquia, se abstuvo de resolverlas por no haber participado en el acto jurídico. Condenó en costas a las AFP Protección S.A y Porvenir S.A, fijando la suma de \$ 4,000,000 como agencias en derecho distribuida en \$ 2,000,000 a cargo de cada una.

Para fundamentar lo decidido, la juez de primera instancia acudió al precedente judicial vigente en la materia y señaló que, a las AFP, Protección S.A y Porvenir S.A le correspondía demostrar la negaciones indefinidas contenidas en la demanda frente el incumplimiento de su deber de información, carga probatoria que no satisfizo con el interrogatorio de parte, pues no se observó confesión de parte, por el contrario se evidenció que las AFP no cumplieron con el deber de información a juicio de la Corte Suprema de Justicia, ni con los documentos aportados al proceso, dado que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para cumplir con el deber de consentimiento informado, declarando en consecuencia la ineficacia de traslado de régimen pensional y sus efectos. De otro lado, no es posible regresar a Pensiones de Antioquia porque no tiene una vinculación laboral con el Departamento de Antioquia, por lo cual debe regresar al Régimen de Prima Medía administrado por Colpensiones, en el sentido de que es la única entidad a la que puede afiliarse la demandante al declararse ante la ineficacia de la afiliación al RAIS.

Recursos de apelación

Porvenir S.A: Inconforme con la sentencia de instancia, solicita se revoque la totalidad del fallo, dado que, el acto de traslado fue valido, exento de vicios, y atendiendo la normatividad vigente para la fecha del traslado de régimen, la AFP Porvenir S.A cumplió con la obligación a su cargo conforme el artículo 97 de la Ley 663 de 1993, y es imposible para los fondos probar el cumplimiento de información de una normatividad que no estaba vigente al momento de la afiliación, pues las obligaciones que aduce el juez, fue emitidas con posterioridad, y estas no puede aplicarse de manera retroactiva.

Del interrogatorio de parte se colige que fue complejo esclarecer cuales fueron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en relación con su traslado al RAIS, y la demandante demostró una total indiferencia al acto que celebraba, pues el traslado correspondió a una decisión deliberada, y como una persona capaz debe asumir las consecuencias derivadas del negocio jurídico y no puede excusarse en su propia culpa.

Ahora bien, no se ha sentado una línea jurisprudencial de qué hacer con las personas que no han estado efectivamente afiliadas al RPM, porque en el caso particular el Departamento de Antioquia no es el ISS, por lo cual la demandante queda en la nada jurídica, y se cuestiona si esos efectos se retrotraen al momento de la firma de afiliación al RPM, entonces en realidad no habría una diferenciación de cómo deben ser retornados esos aportes al RPM para no generar un perjuicio a este.

Finalmente, solicitó que, en caso de confirmar la ineficacia, revocar la condena respecto a los gastos de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, y demás, teniendo en cuenta que no fueron descuentos de manera caprichosa de la AFP, sino que fue en cumplimiento de la ley, y Porvenir S.A no está llamando terceros en garantía, por lo que debe devolver con cargo a propio patrimonio estos emolumentos.

Protección S.A: Solicitó la apelación de manera parcial, respecto a la devolución a Colpensiones de las cuotas de administración y seguro previsional, ya que, realizó una excelente administración de la Cuenta de Ahorro Individual- CAI de la demandante lo que se evidencia en los rendimientos generados, y condenar a Protección S.A a trasladar esas cuotas, sería desconocer la excelente gestión, las restituciones mutuas del artículo. 1747 de CC, y configuraría un enriquecimiento sin casus a Colpensiones, entidad que nunca administró la CAI. Ahora bien, dado que, los descuentos se realizaron conforme el artículo. 20 de la Ley 100 de 1993, y tienen una naturaleza completamente diferente a la pensión de vejez, se puede hablar de la prescripción parcial de los mismos.

En cuanto el seguro previsional, se le paga a la aseguradora mes a mes para tener vigente el cubriendo de la demandante en caso de que se genere el siniestro, y no hay razón alguna para desconocer el funcionamiento y ordenar a devolver estas cuotas, porque se está afectado a un tercero que no está vinculado en el proceso.

Colpensiones: solicitó se tenga en cuenta que la demandante comenzó hacer sus cotizaciones al fondo de Pensión de Antioquia hasta septiembre de 2001 y su traslado se hizo a fondo privado, nunca estuvo afiliada a Colpensiones, por lo tanto, en esta sentencia, se está hablando no solo de un traslado, sino de una nueva afiliación prohibida en el artículo 2 ley 797 de 2003, con afectación del principio de sostenibilidad financiera previsto en el Acto 01 de 2005, en perjuicio de Colpensiones, tercero ajeno a los actos jurídicos cuya ineficacia se pretende; por tanto, el traslado debe ordenarse a Pensiones de Antioquia quien debe asumir todos los valores de la demandante y posterior reconocimiento de la pensión de vejez.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Otorgado el término para alegar de conclusión en esta sede, solo Colpensiones y Porvenir S.A. lo recorrieron, mientras que el demandante, Protección S.A y Pensiones de Antioquia se abstuvieron de pronunciarse.

Colpensiones⁷ reitera los argumentos de su recurso de alzada insistiendo en la revocatoria de la decisión de primera instancia, por encontrarse la demandante a menos

⁷ 02 SegundaInstanciaarchivo03MemorialAlegatosColpensiones, pdf.

de 10 años para adquirir el tiempo para pensionarse, y pide tener en cuenta lo normado en el artículo 48 de la CP. de C.

En cuanto el tema de la información brindada por el fondo al momento del traslado sería prudente analizar la normatividad vigente para la fecha de la suscripción del formulario de afiliación y no imponerle a la AFP obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico. Finalmente, de llegarse a confirmar la declaratoria solicita condenar a la AFP PORVENIR S.A, a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta del ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del despacho.

Por su parte, la apoderada de **Porvenir S.A**⁸ solicitó que se revoque la declaratoria de ineficacia del traslado, indicando que la parte actora tomó la decisión de afiliarse al RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones, existiendo por parte de esta AFP el debido cumplimiento del deber de información que se exigía para la época del traslado establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, quien además contó con la oportunidad de retornar al RPM en varias oportunidades y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el RAIS ratificando su interés de permanecer; además, admite que su deseo de retornar al RPM es por la diferencia en la mesada pensional, siendo palmario que su motivación no es por la forma en cómo se produjo el acto, sino en el cumplimiento de sus expectativas pensionales, lo cual no puede entenderse como un engaño. La entidad adicionalmente hizo campañas masivas para educar al consumidor financiero para enterarlos sobre los cambios normativos, por lo que la documental que extraña la juez en su fallo, que den cuenta de la información entregada al afiliado, no eran obligación de la entidad, por lo que no es cierto que ésta esté en mejor posición probatoria; así el deber de buen consejo, doble asesoría e incluso la desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores y no pueden aplicarse de forma retroactiva, no siendo admisible que de la actora se beneficie de su propia culpa o negligencia, pues tenía el deber de diligencia y cuidado en sus negocios.

Pide que, de confirmar la ineficacia de la afiliación, no se ordene devolver el valor de comisión de administración y seguros previsionales, pues tal deducción tiene soporte legal en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, son dineros que ya no están en poder del fondo por haberse destinado a cubrir los gastos en que se incurrió para la generación de rendimientos que se reflejan positivamente en su cuenta, por lo que su traslado constituiría un enriquecimiento sin justa causa puesto que se estarían inaplicando las normas legales que regulan las restituciones mutuas, resaltando que toda decisión judicial de traslado de régimen pensional debe tener como objetivo constitucional la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, tal y como se estudió por el Tribunal Superior de Medellín en la sentencia de radicado 050013105007201501295, en donde se negó la ineficacia de la afiliación con base en el referido principio constitucional, lo cual también se enriquece con el concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia en el concepto de radicado 2019152169-003-000 del 17 de enero de 2020.

⁸ 02 SegundaInstanciaarchivo04MemorialAlegatosPorvenir.pdf.

II. SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia de la Sala está dada por los artículos 66, 66A del CPTSS, respecto de los puntos objeto de apelación. Igualmente se surte el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, conforme al artículo 69 del CPTSS modificado por la Ley 1149 de 2007, y en acatamiento de la decisión de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia de radicado 7382 de 2015.

Examinados los hechos y pretensiones de la demanda, así como la oposición formulada por las demandadas, y los argumentos de la decisión de primera instancia, interpreta la Sala, que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar: **a)** la viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, de ser procedente dicha declaratoria, se precisarán, **b)** las consecuencias jurídicas de dicha declaración, como el que su afiliación al RPM se considere sin solución de continuidad, así como lo concerniente a los conceptos que a dicho régimen deben trasladarse desde la AFP del RAIS, determinando a cuál AFP debe retornar la asegurada.

Hechos relevantes probados documentalmente

Gloria Elcy Giraldo Suarez nació el 30 de junio de 1966⁹. Inició cotizaciones ante el fondo de Pensiones de Antioquia el día 01 de abril de 1986 al servicio del departamento de Antioquia¹⁰ hasta el 30 de septiembre de 2001 en que se desvinculó de ese fondo territorial. Así mismo reposa en el plenario solicitud de traslado de régimen hacia Pensiones y Cesantías Colpatria, fechada el 16 de mayo de 1995,¹¹ AFP que en virtud de cesión por fusión pasó a Horizonte. Posteriormente el 27 de diciembre de 2001¹² suscribió solicitud de vinculación a Porvenir S.A. Para finalmente el día 01 de marzo de 2012¹³ suscribir formulario de afiliación con destino a la AFP Protección S.A. Según historia laboral emitida por Protección S.A actualizada al 28 de agosto de 2020¹⁴, contaba con 1,542,29 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales 596,43 fueron ante el RPM administrado por Pensiones de Antioquia, 424,29 fueron ante Protección S.A, 521,57 fueron ante otro fondo privado.

El 27 de septiembre de 2019¹⁵, recibió respuesta de Pensiones de Antioquia a la solicitud radicada el 10 de septiembre de 2019, donde le informa y acepta que cotizó en este fondo desde el 07 de julio de 1992 hasta el 30 de septiembre de 2001. Así mismo, obra respuesta del 06 de septiembre de 2019¹⁶ por parte de Porvenir S.A, donde se indicó que la mesada pensional de la demandante en el RPM a la edad de 57 años sería por el valor de \$ 2,215,361 y en el RAIS a la edad de 60 años sería la equivalente a la de garantía de pensión mínima. El día 6 de diciembre de 2019¹⁷, radicó ante Colpensiones formulario de

⁹ 01PrimerInstancia, archivo 01.2020-00076DemandayAnexos.pdf, pág.29 (Copia de cédula de ciudadanía).

¹⁰ 01PrimerInstancia, archivo 01.2020-00076DemandayAnexos.pdf, pág. 48 (Historia laboral)

¹¹ 01PrimerInstancia, archivo 06.2020-00076ContestaciónDemandaPorvenir.pdf.pág. 28
08.2020-00076ContestaciónDemandaProtección.pdf.pág. 38

¹² 01PrimerInstancia, archivo 06.2020-00076ContestaciónDemandaPorvenir.pdf.pág. 29 y 65

¹³ 01PrimerInstancia, archivo 06.2020-00076ContestaciónDemandaProtección.pdf.pág. 33

¹⁴ 01PrimerInstancia, archivo. 08.2020-00076ContestaciónDemandaProtección.pdf.pág. 48

¹⁵ 01PrimerInstancia, archivo 01.2020-00076DemandayAnexos.pdf, pág. 61

¹⁶ 01PrimerInstancia, archivo 01.2020-00076DemandayAnexos.pdf, pág. 69/77

¹⁷ 01PrimerInstancia, archivo 07.2020-00076ContestaciónDemandaColpensiones.pdf.pág. 48

afiliación, solicitud rechazada ese mismo día¹⁸, argumentando que se encuentra a 10 años o menos del requisito del tiempo para pensionarse. También se observa respuesta negativa fechada 30 de diciembre de 2019¹⁹, por parte de Pensiones de Antioquia, a la solicitud de traslado fechada 16 de diciembre de 2019 donde indicó que Pensiones de Antioquia es un fondo cerrado y no puede recibir nuevos afiliados, exponiendo que la afiliación de la actora en el RAIS goza de presunción de legalidad mientras no exista pronunciamiento jurisdiccional en contrario.

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:

i) Los artículos 48, 53, 335²⁰ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1²¹, 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 1994²²; 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 expresas²³ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994²⁴.

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;

¹⁸ 01PrimerInstancia, archivo 07.2020-00076ContestaciónDemandaColpensiones.pdf.pág. 50

¹⁹ 01PrimerInstancia, archivo 01.2020-00076DemandayAnexos.pdf, pág. 83/85

²⁰ 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.

²¹ 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.”*

²² 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

²³ **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”.**

²⁴ 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.

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, sólo se originó desde la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

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 a la afiliada.

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 las pasivas en torno a que la suscripción del formulario acredita la libre, voluntaria e informada manifestación de voluntad de la afiliada al momento del traslado o que debe desatenderse la línea jurisprudencial en materia de carga probatoria en asuntos como el que nos ocupa, no constituyen razones atendibles para exonerar del cumplimiento de sus obligaciones a las Administradoras, 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 a la afiliada, quien, según sus dichos al absolver el interrogatorio de parte, su afiliación inicial correspondió a una feria que realizaron en el sitio donde laboraba, pero no recibió asesoría por parte de algún promotor Colpatria, y la afiliación a Porvenir S.A obedeció a un cambio de empleo y debía elegir un fondo privado, pero asegura que tampoco recibió asesoría.

Con independencia de que la afiliación se diera con antelación o en momento posterior a la regulación de deberes del consumidor financiero, estas 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 al reclamo que se hace sobre la carga de la prueba, con este precedente, se desvirtúa además la aplicación de la actora 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, 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 la afiliada 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 ilustrar 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 se evidencia Gloria Elcy Giraldo Suarez nació el 30 de junio de 1966²⁵, por lo que, al 30 de junio de 1995, cuando entró en vigencia el SGSSP para ella, por ser servidora al Departamento de Antioquia en el sector público, contaba con 29 años de edad y no había cotizado 15 años o más de servicio, por tanto, nunca fue beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Según la documental allegada, la hoy demandante estando al servicio del Departamento de Antioquia cotizó para el fondo de Pensiones de Antioquia desde el día 01 de abril de 1986 y prosiguió hasta el 30 de septiembre de 2001²⁶, lo que deviene verosímil por cuanto, en el informe de Protección consta que la actora cotizó 596 semanas en Pensiones de Antioquia, de las 602 semanas servidas a entidades de ese Departamento²⁷, según consta en el resumen de su historia laboral. Ello, pese a que el 16 de mayo de 1995²⁸ suscribió solicitud de afiliación y traslado hacia Colpatria pensiones y Cesantías, pero en la cual no aparecen registradas cotizaciones por parte de la actora, como tampoco en Horizonte donde aquella se fusionó. Posteriormente el 27 de diciembre de 2001²⁹ suscribió solicitud de vinculación a Porvenir S.A., la cual se hizo efectiva el 01 de febrero de 2002³⁰, entidad donde sufragó sólo 521,57 semanas, pese a que en el informe de la misma obrante en Fl. 43 ibidem, se indicara que inició afiliación en ese fondo en 01 de junio de 1995. Finalmente, el día 01 de marzo de 2012³¹ suscribió formulario de afiliación con destino a la AFP Protección S.A., donde registraba 424,29 semanas cotizadas hasta el 28 de agosto de 2020³²

Las solicitudes de traslado hacia el RPM elevadas en su orden los días 6 y 16 de diciembre de 2019³³, ante Colpensiones Pensiones de Antioquia, se resolvieron negativamente aduciendo cada una que, la petente no reúne requisitos legales para ello.

Adicionalmente, fue recaudado interrogatorio a la demandante, sin que se produjera confesión de su parte, pues en torno a las condiciones presentadas durante su vinculación al RAIS, manifestó le realizaron una feria en sitio donde laboraba, y les manifestaron que debían trasladarse al fondo privado porque el ISS se iba acabar y la pensión se iba perder, indicó que se pasó a Colpatria porque le llamó la atención que fuera la palabra que más escuchaba, pero no recibió asesoría por parte de los promotores, aseguró que había escuchado en los pasillos que se podía pensionar más joven y la pensión sería mejor. Frente la afiliación a Porvenir S.A, esta correspondió a que una compañera trabajaba en Porvenir, y al momento de ingresar a laborar a una nueva empresa quiso afiliarse a esta.

²⁵ 01PrimeralInstancia, archivo 01.2020-00076DemandayAnexos.pdf, pág.29 (Copia de cédula de ciudadanía).

²⁶ 01PrimeralInstancia, archivo 01.2020-00076DemandayAnexos.pdf, pág. 48 (Historia laboral)

²⁷ <https://www.bonospensionales.gov.co/BonosPensionales/jsp/Principal.htm>

01.PrimeralInstancia, archivo 08.2020-00076ContestaciónDemandaProtección.pdf.pág. 49

²⁸ 01PrimeralInstancia, archivo 06.2020-00076ContestaciónDemandaPorvenir.pdf.pág. 28

²⁹ 01PrimeralInstancia, archivo 06.2020-00076ContestaciónDemandaPorvenir.pdf.pág. 29 y 65

³⁰ 06PrimeralInstancia, archivo 06.2020-00076ContestaciónDemandaPorvenir.pdf.pág. 32

³¹ 01PrimeralInstancia, archivo 06.2020-00076ContestaciónDemandaPorvenir.pdf.pág. 30/31

³² 01.PrimeralInstancia, archivo 08.2020-00076ContestaciónDemandaProtección.pdf.pág. 48

³³ 01PrimeralInstancia, archivo 07.2020-00076ContestaciónDemandaColpensiones.pdf.pág. 48

Reconoce conocer que la Cuenta de Ahorro Individual le generaba unos rendimientos, porque los veía en el extracto, y luego se dio cuenta que el ISS había sido asumido por Colpensiones y que era mucho mejor, por la información que le dio un abogado, pero cuando quiso devolverse no podía por la edad, señaló que no sabe que es Colpensiones, y que Pensiones de Antioquia correspondía una parte a Colpensiones.

Porvenir S.A no aportó elemento de convicción donde conste cual fue la asesoría que dice haber brindado a la señora Giraldo Suarez, en momento anterior y/o a la suscripción del formulario de afiliación ya sea ante Colpatria, ni ante Porvenir; 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 al entonces potencial afiliada.

En este caso, las pasivas no acreditaron 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 u 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 afiliada, verdadero consentimiento plenamente informado y por tanto, libre y voluntario en la selección o traslado de régimen de pensiones, y ese deber de información es exigible en cada etapa de la afiliación y ejecución del acto jurídico, como bien ha aclarado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

De ello no hay elementos de convicción en el plenario distintos del formulario de afiliación, sobre el cual las demandas adujeron que, estando suscrito por la demandante, quien lo hizo de manera libre y voluntaria, no es dable restarle valor y menos desconocer este acto; sin embargo, en este sentido, las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. conforme al **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado recae en quien debió emplearlo y, ello no se satisface solo con allegar documentos previamente elaborados en los que se limita a llenar espacios en blanco, que suscriben las partes, sino con la evidencia real de que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre, y que la asesoría brindada fue suficiente para la persona. Lo cual, es acorde con lo normado en **los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994**, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, según los cuales, no se trata sólo de completar un formato, ni adherir a una cláusula genérica, sino de haber transmitido elementos de juicio suficientes para advertir la

trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, sea que estuviere o no la persona en transición.

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.

Los considerandos de esta providencia también sustentan que, esta sala no acoja el supuesto 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**³⁴, 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 Colpatria fusionada con Horizonte, hoy Porvenir S.A. y Protección S.A, vulneradoras de la libre y voluntaria selección de régimen prevista en el literal b del Artículo 13 de la ley 100 de 1993³⁵ 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 271³⁶

³⁴ Por la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral.

³⁵ **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.

³⁶ 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^{<1>} en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad

de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado”, lo cual, da lugar a garantizar a la accionante el ejercicio del derecho a la libre selección de régimen pensional, y dado que ella 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, considerando además que se desvinculó laboralmente del Departamento de Antioquia y a partir del 30 de septiembre de 2001³⁷ dejó por ello de cotizar al fondo de Pensiones de Antioquia, el cual tiene expresa prohibición de recibir nuevos afiliados contenida en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y artículo 34 del Decreto 692 de 1994, y dispuesto por la SCL de la H. CSJ en **SLT 8362 de 2022** al revisar la sentencia de declaratoria de ineficacia de un ciudadano que previo a la migración al RAIS hacía parte del RPM a través de la entidad territorial Pensiones de Antioquia, que por efectos de la ineficacia del traslado corresponde a Colpensiones activar la afiliación, por ser la única entidad que administra el Régimen Pensional de Prima Media, en los siguientes términos:

(...) Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal debió tener en cuenta que para el caso de que se acreditara la ineficacia del traslado que realizó la accionante de Pensiones de Antioquia al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, el regreso al statu quo implicaba que aquella debía ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, que asumió esta obligación de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011.

En ese escenario, a Colpensiones es a quien corresponde recibir la totalidad de los aportes realizado por la demandante a Protección, pues, se itera, los fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, conservaron la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y la accionante cotizó a Pensiones de Antioquia, lo que implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida, siendo que la migración al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional, por lo que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, debía ser que se tenga a la demandante como perteneciente al régimen de prima media con prestación definida que actualmente es administrado por Colpensiones.

*Lo anterior se acompasa por lo dicho por esta Sala, entre otras providencias, en la **SL4334-2021, SL2208-2021 y SL1637-2022.***

Bajo esos antecedentes, se colige que, siendo COLPENSIONES el único administrador abierto del régimen de prima media, asumirá que la afiliada ha permanecido en ella sin

Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

³⁷ 01PrimerInstancia, archivo 01.2020-00076DemandayAnexos.pdf, pág. 61

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 ineficacia

Atendiendo al principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, con el fin de que COLPENSIONES cuente con los recursos necesarios, y fundamentalmente, se garantice, la no afectación financiera del régimen de prima media, y pueda satisfacer las prestaciones que se generen a su cargo, producto de la declaratoria de ineficacia, todos los recursos que administraron las AFP demandadas del RAIS durante el tiempo de afiliación de la hoy demandante en cada una de ellas, deben trasladarse a la administradora del RPM que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto, tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, dado que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional se cubren las prestaciones causadas. Además de ser menester que, por efecto de la declaratoria de la ineficacia en asuntos como el abordado en este proceso, las AFP parte beneficiadas económicamente con el acto ineficaz por omisión del deber de información garanticen que el patrimonio de la 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 desde la primera instancia, dado que la declaración de ineficacia de la afiliación al RAIS implica que el cumplimiento de la orden de traslado se imparta a **PROTECCIÓN S.A. -AFP donde actualmente se encuentra afiliada la actora-**, 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., **y que adicionalmente, Protección S.A, así como Porvenir S.A. deben 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 ellas descontadas durante el periodo de afiliación de la hoy demandante, pues no se discute la legalidad de tales descuentos, ni si el dinero de la afiliada fue administrado adecuada y eficientemente, sino que, como consecuencia de la ineficacia del traslado inicial al RAIS, y por no haberse estudiado previamente a la afiliación de la situación particular de la hoy demandante, e ignorándose verdaderamente cuáles fueron los argumentos esgrimidos por las AFP para aseverar que cumplieron con los deberes de información que sostiene haberle dado, no es pertinente exonerarlas 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 las AFP del RAIS, además del pago de seguros, consecuentemente 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 la afiliada hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente de la Corte Constitucional plasmado en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 de 2010** y **SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM, **y de otro lado**, y se abstenía de ordenar que las AFP del RAIS remitieran con destino a Colpensiones, los valores correspondientes a las sumas adicionales de las aseguradoras, tema que forma parte del recurso de apelación, ante las órdenes impartidas en la primera instancia que aquí se confirma.

Pero, retomando el punto, y por las mismas razones expuestas en este acápite, considerando el precedente de la Sala de Casación Laboral³⁸ contenido en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021**, esta Sala ha precisado que las cuotas de administración y los descuentos del seguro previsional, descontadas por la AFP del RAIS durante el periodo de afiliación de la hoy demandante en ella, se deben trasladar debidamente **indexadas** y con cargo a sus propios recursos, aspecto en el cual, se adicionará la 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.

De acuerdo a los alegatos de conclusión allegados por Porvenir S.A, y por lo expuesto, no se acogerá el **Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia**, a la luz del artículo 28 del CPACA³⁹, 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 2008⁴⁰, toda vez

³⁸ 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.

³⁹ “**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.”

⁴⁰ **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.

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 las AFP accionadas, sin trasladar consecuencias negativas a la actora.

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

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

III. EXCEPCIONES

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

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

Para resolver lo alegado por Protección S.A. en su apelación, 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.

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

IV. COSTAS

Finalmente, costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A por haber resultado vencidas en su recurso. Se fijan agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para 2022 (1 SMLMV) distribuido en partes iguales a cargo cada una, y en favor del demandante.

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 Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín el 01 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por la señora GLORIA ELSY GIRALDO SUAREZ contra COLPENSIONES, PENSIONES DE ANTIOQUIA S.A, PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A, **modificándola y adicionándola**, en el sentido en que esta última AFP:

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 el demandante ha figurado como afiliado 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, así como las 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.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A por haber resultado vencidas en su recurso. Se fijan agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para 2022 (1 SMLMV) distribuido en partes iguales a cargo cada una, y en favor del demandante.

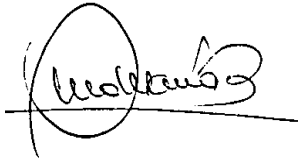
Notifíquese lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARIA PATRICIA YEPES GARCIA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN