



REPÚBLICA DE COLOMBIA
SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, once (11) de junio de dos mil veinte (2021)

DEMANDANTE	HILDA MARIA ZAPATA TAMAYO
DEMANDADAS	COLPENSIONES, COLFONDOS S. A., PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S. A
ORIGEN	Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	050013105009-2019-00047-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Consulta y apelación
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

En la fecha y hora señaladas, la Sala Sexta de decisión Laboral, integrada por los Magistrados ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y la Ponente MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del art. 15 del Decreto 806 de 2020 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por HILDA MARIA ZAPATA TAMAYO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S. A.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

La señora Hilda María Zapata Tamayo, formula demanda contra Colfondos S.A., Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones pretendiendo se declare: **i)** la ineficacia y/o nulidad de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-a través de Colfondos S.A.; en consecuencia, ordenar a **iv)** Protección S.A. a trasladar en el término de dos (02) meses, hacia Colpensiones, el capital aportado durante toda la vinculación, incluyendo rendimientos y gastos de administración; a **iii)** Colpensiones a recibir el dinero trasladado por Protección S.A.; **iv)** Costas.

Fundamentó sus pretensiones en que inició cotizaciones ante el extinto Instituto de Seguros Sociales -ISS- el 18 de enero de 1983, alcanzando 640.86 semanas cotizadas. En el mes de mayo de 1995, suscribió traslado hacia Colfondos S.A. previa asesoría en que le indicaron que su ingreso base de liquidación -IBL- sería más alto y tendría una tasa de reemplazo más favorable. En febrero de 2000 se trasladó hacia Colpatria, luego a Horizonte -hoy Porvenir S.A.- y en marzo de 2001, hacia Protección S.A.

¹ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. págs.3/6

Oposición a las pretensiones de la demanda

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

i) Colfondos S. A.²

El traslado obedeció a un acto libre y voluntario, en momento posterior a que se le suministró información necesaria sobre cómo se podría pensionar gracias al capital que ahorra y sin consideración a un requisito de edad mínima, las ventajas de pertenecer al RAIS, sus características, las del régimen de transición y las posibilidades de retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM-. Excepcionó falta de causa para demandar, buena fe de la entidad, prescripción, compensación, inexistencia de la causal de traslado impetrada y pago.

ii) Colpensiones³

En el caso no se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia para analizar y estudiar la viabilidad de la ineficacia del traslado. Excepcionó: inexistencia de la obligación, prescripción, imposibilidad de condena en costas y buena fe.

iii) Protección S.A.⁴

La afiliación ante Protección S.A. es válida y produjo efectos jurídicos para ambas partes. Manifestó su consentimiento al suscribir el formulario, previa asesoría. La decisión estuvo exenta de vicios del consentimiento. Adicionalmente, no es viable un nuevo traslado de régimen pensional, porque la demandante está incurso en la prohibición del art.2 de la ley 797 de 2003. 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.

iv) Porvenir S.A.⁵

Si bien no le constan las circunstancias de afiliación a Colfondos S.A., la voluntad de afiliación y permanencia en el RAIS por parte de la afiliada, se ve reflejada en los diferentes traslados entre fondos y en que ha estado afiliada a ese sistema durante 24 años. La afiliación a Colpatria es válida y produjo efectos, suscribió el formulario de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido toda la información y asesoría, completa, necesaria y personalizada. Adicionalmente, no es viable un nuevo traslado hacia el RPM, pues la demandante se encuentra incurso en la prohibición del art. 2 de la Ley 797 de 2003. Excepcionó prescripción por no haber ejercido las acciones de nulidad conforme a los arts. 151 del C.P.T. en el término de 3 años; la de prescripción extraordinaria de 10 años conforme al art. 1.742 del C.C., la de rescisión de 4 años prevista en el art. 1750 del C.C., mismo término que opera en caso de error o dolo.

En todo caso la acción para solicitar la nulidad se encuentra prescrita; hay falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

² 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. págs.130/154.

³ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Págs. 176/182.

⁴ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Págs. 201/220.

⁵ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Págs. 281/295

Sentencia de primera instancia⁶

El 26 de febrero de 2021, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín profirió sentencia declarando ineficacia del traslado que realizó la demandante hacia al RAIS, a través de Colfondos S.A., así como los realizados hacia Porvenir S.A. y Protección S.A., última a quien ordenó trasladar a Colpensiones todos los dineros recibidos con motivo del traslado o vinculación de la demandante a esa entidad, por el periodo que permaneció afiliada en ella, incluyendo el saldo depositado en la cuenta individual más los respectivos intereses, ordenó igualmente a Protección S.A., a Colfondos S.A. y Porvenir S.A., trasladar los dineros recibidos con motivo del traslado o vinculación de la demandante y que corresponden a **los gastos de administración y comisiones a cargo de sus propias utilidades** ya que el saldo que tenía depositada en el RAIS fue pasado inicialmente a Porvenir y luego a Protección.

Ordenó a Colpensiones aceptar el retorno de la demandante, sin solución de continuidad y recibir los mencionados recursos con destino al fondo común que administra, y sirvan para la financiación pensional, y su equivalente en semanas se refleje en su historia laboral. Condenó en costas a las cuatro (04) demandadas, fijando agencias en derecho en la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente (1 smlv) que pagará cada entidad en favor de la demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas.

Una vez expuso el precedente judicial vigente en la materia, concluyó en que las AFP del RAIS demandadas tenían la carga de demostrar el cumplimiento del deber de información en forma eficiente, eficaz, completa, oportuna y comprensible a la afiliada antes de la suscripción del formulario de afiliación y no con posterioridad; circunstancia que no acreditaron, dando lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante.

Recursos de apelación:

Inconformes con lo decidido en la sentencia, Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones, formularon recurso de apelación contra ella, así:

i. Porvenir S.A.

Solicita se revoque y se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra, por cuanto la declaratoria de ineficacia está regulada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, dando lugar al pago de una multa y a que la afiliación quede sin efecto, más no conlleva las consecuencias ordenadas en la sentencia. Se acreditó que la selección de régimen fue libre, espontánea y sin presión, hecho que ratificó en el interrogatorio de parte, sumado a que los documentos no fueron desconocidos, ni tachados de falsos en ningún momento del proceso, razón por la cual, probatoriamente no es dable restarle valor a este documento. No sólo acreditó el cumplimiento del deber con el formulario, si no que de sus traslados sucesivos dentro del RAIS se infiere su intención de permanencia en el régimen.

Solicita que, en caso de confirmarse la decisión de declarar la ineficacia del traslado, se ordene, al tenor de lo dispuesto en el artículo 113 literal b de la Ley 100 de 1993, trasladar solamente el saldo de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos; porque extender el traslado de otros conceptos ocasionaría un enriquecimiento sin justa causa en

⁶ 07.Rad 2019-00047 CTF; 08. 2019-00047 ACTA AUD ART 77-80 CPL CTF ineficacia

favor de Colpensiones y de la actora, ya que ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado. En cuanto a los gastos de administración, señala que debe aplicarse respecto de ellos la prescripción regulada por los arts.488 del CST y 151 del CPTSS. La demandante estuvo afiliada a Colpatria y Horizonte, de allí se trasladó a Protección S.A., sin que Porvenir S.A., interviniera realmente en su afiliación, y nunca cobró las referidas cuotas.

ii Protección S.A:

Solicita se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, en cuanto a la orden de devolución de gastos de administración y seguro previsional por estar legalmente autorizado su descuento, el dinero de la afiliada fue administrado adecuada y eficientemente pues sus aportes de \$ 136.055.926 obtuvieron rendimientos de \$ 257.189.256. Colpensiones no ha administrado el dinero de la afiliada, ni ha asumido los riesgos que esa actividad conlleva, no existiendo motivos para que se le entreguen, derivando en un detrimento patrimonial de Protección S.A. y un enriquecimiento sin causa para Colpensiones y la demandante. Solicita tener en cuenta que cuando la demandante se afilió a Protección S.A., venía de estar afiliada en otros dos fondos del RAIS y aquí se le reasesoró con anticipación, señalándole que el valor de la mesada en el RPM le era más benéfica a sus intereses, pero la afiliada decidió permanecer en el RAIS, no cumpliendo con sus deberes de responsabilidad y diligencia específica, lo que conlleva a que Protección S.A. conserve lo deducido por gastos de administración. En cuanto a lo descontado por seguro previsional, indicó que las aseguradoras son terceros de buena fe que no se pueden afectar por el negocio celebrado entre la afiliada y la AFP.

iii. Colpensiones

Solicita revocar parcialmente la sentencia, en cuanto ordenó a Colpensiones asumir las costas del proceso, pues llamada a éste, para obtener el retorno de la afiliada al RPM, porque en sede administrativa era imposible acceder a ello. En caso de confirmarse declaratoria de ineficacia del traslado, deberá fijarse un plazo para el traslado de dineros hacia Colpensiones.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Sólo Colpensiones y Porvenir S.A. recorrieron oportunamente el traslado para alegar en esta instancia. Las demás entidades guardaron silencio.

De un lado, **Colpensiones** manifiesta que la demandante contó con mucho tiempo para retornar al RPM, decidiendo permanecer en el RAIS y disfrutar de sus beneficios, contando con condiciones intelectuales aptas para adoptar una decisión libre y espontánea que no fuera en contravía de sus ideales. Reitera que no debió imponerse a Colpensiones el pago de costas, por las razones enunciadas al sustentar el recurso de apelación y solicita que de confirmarse la sentencia, se disponga la devolución, no sólo del saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino del “100% de los rendimientos financieros, las cuotas de administración, los descuentos por seguros previsionales, el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima y cualquier emolumento que pueda financiar una pensión de la hoy demandante a futuro”.

Por su parte, **Porvenir S.A.** solicita revocar íntegramente la sentencia. Asevera que no se acreditaron los presupuestos de nulidad, ni de ineficacia del traslado de régimen pensional.

La AFP en cambio, aportó el formulario de afiliación que acredita la asesoría brindada, así como también se demuestra el conocimiento del régimen con los diferentes traslados realizados por la afiliada, entre las AFP del RAIS. Ella recibió información suficiente para adoptar u decisión, sin preocuparse por indagar asuntos que le resultaran relevantes. Porvenir S.A. no recibió los gastos de administración descontados a la demandante por Colpatria ni por BBVA Horizonte, no debiendo ordenarse su devolución, como tampoco la de sumas diferentes al saldo de la cuenta de ahorros y rendimientos, según lo determinan el literal b) del art. 113 de la Ley 100 de 1993 y el Concepto N° 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020 expedido por la Superintendencia Financiera. Finalmente, expresó que debe atenderse a que la afiliada se encuentra incurso en la prohibición de traslado del literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993.

II. SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Examinados los hechos y pretensiones de la demanda, así como la oposición formulada por las demandadas, y los argumentos de la decisión de primera instancia, interpreta la Sala, que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar: **a)** la viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS; de ser afirmativa la respuesta, **b)** se precisarán las consecuencias de dicha declaración y qué conceptos deberán trasladar las AFP's del RAIS demandadas a Colpensiones.

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

Y finalmente, **c)** si hay lugar o no a ordenar el pago de costas procesales en primera instancia a Colpensiones.

Hechos relevantes acreditados documentalmente

- Hilda María Zapata Tamayo nació el 24 de marzo de 1966⁷.
- Las historias laborales emanadas de Colpensiones, actualizadas al 16 de octubre de 2018 y al 26 de marzo de 2019, informan que cotizó 640.86 ante el RPM, entre el 18 de enero de 1983 y el 31 de mayo de 1995⁸.

⁷ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Págs.66. No se aportó registro civil de nacimiento, pero obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, que informa dicha fecha, la cual no fue discutida por la pasiva en el proceso.

⁸ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Págs.82/86, 183/187.

- Suscribió formulario de traslado hacia Colfondos S.A. el 29 de mayo de 1995⁹.
- Suscribió formulario de traslado hacia Colpatria S.A. el 10 de febrero de 2000¹⁰.
- Se produjo cesión por fusión de Colpatria a Horizonte 29 de septiembre de 2000¹¹
- Suscribió formulario de traslado hacia Protección S.A. el 09 de enero de 2001¹².
- La anterior información fue corroborada con reporte SIAFP del 16 de mayo de 2019, según el cual, solicitó traslado hacia Colfondos el 29 de junio de 1995; luego hacia Colpatria, el 10 de febrero de 2000; fue cedida a Horizonte el 29 de septiembre del mismo y año; luego solicitó trasladarse a Protección S.A. el 09 de enero de 2001¹³.
- El 09 de noviembre de 2018, solicitó ante Colpensiones un nuevo traslado, obteniendo respuesta negativa en la misma fecha¹⁴.
- Según resumen de historia laboral expedida por la OBP el 16 de mayo de 2019, inició cotizaciones ante el RPM el 18 de enero de 1983 y cotizó antes de la vigencia del actual sistema pensional, 639.86 semanas¹⁵.
- Según historia laboral expedida por Protección S.A. el 23 de octubre de 2018, para esa fecha había cotizado 1710.44 semanas, de las cuales 640.86 lo fueron ante el RPM¹⁶.
- Según historia laboral expedida por Protección S.A. el 16 de mayo de 2019, para esa fecha había cotizado 1736.15 semanas, de las cuales 640.86 lo fueron ante el RPM¹⁷.

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, 335¹⁸ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁹, 3, 4, 10, 12, 13 literal b, Inciso 3º del Literal c) del artículo 60, 90, 97, 271; iii) Artículo 4 y demás normas concordantes del Decreto 656 de

⁹ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Pág.163.

¹⁰ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Pág.296, 298.

¹¹ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Pág. 298

¹² 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Pág.232.

¹³ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Pág.238.

¹⁴ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Pág.72

¹⁵ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Págs.236/237.

¹⁶ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Págs.73/81.

¹⁷ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Págs.244/263.

¹⁸ Las actividades que desarrollan las AFP al tenor del **artículo 335 de la CN.**, son de interés público y su ejercicio está reglamentado por la ley, en razón de la función que desempeñan.

¹⁹ Consagró el artículo primero de esa ley 100, como objeto del aludido sistema: *garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad “para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan.”*

1994²⁰; iv) Decreto 692 de 1994; v) El Decreto 663 de 1993, cuyo artículo 72 en su literal f) adicionado por el art. 12 de la Ley 795 de 2003, contiene prohibiciones expresas²¹ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994²².

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

Dicho precedente, conformado entre otras por las sentencias 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014, 17595 de 2017, 19447 de 2017, 4296 de 2018, 1421 de 2019, 1452 de 2019 y 1688 de 2019, SL 4360 de 2019, SL 3464 de 2019 y la SL 2611 de 2020 se fundamenta en la necesidad de determinar si en cada asunto concreto, la AFP receptora de la afiliación, satisfizo tanto para ese momento, como durante la vigencia de la relación con quien demanda la ineficacia, la obligación consagrada en el numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP desde su creación, de “*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen.*” No pudiéndose predicar como hace 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.

Al respecto, la jurisprudencia tiene en cuenta el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el literal b) del artículo 13 de misma norma, según la cual, los trabajadores tienen la opción de elegir *libre y voluntariamente* el régimen pensional que mejor le convenga y consulte sus intereses, razón por la cual, si alguna persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación.

²⁰ Conforme al **artículo 4** y demás normas concordantes del **Decreto 656 de 1994**, las administradoras se sitúan en el ámbito de la **responsabilidad profesional**, que **las obliga a prestar de manera eficiente, eficaz y oportuna los servicios** inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, considerados idóneos por sus conocimientos técnicos especializados y experiencia en compleja materia financiera, para garantizar derechos de sus asegurados; tal responsabilidad se mide con mayor rigor que el utilizado frente a las obligaciones entre particulares, en razón a la delegación del servicio público de seguridad social en pensiones que asumen en el RAIS, sostiene la SCL de la H. Corte Suprema

²¹ **Se les prohíbe: “No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”.**

²² Norma reglamentaria de los arts. 105 y parcialmente del 287 de la ley 100 de 1993 en cuanto al régimen de promoción y de responsabilidad de las sociedades AFP. disponiendo en el inciso final del artículo 4: QUE LAS ACTUACIONES DE LOS VENDEDORES EN EL EJERCICIO DE SU ACTIVIDAD OBLIGAN A LAS AFP, respecto de la cual se hubiere promovido la respectiva vinculación, es decir, comprometen la responsabilidad de éstas como establece su art. 10 y precisa en el art. 12 que tales promotores deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante la vinculación, y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Se ha considerado por diferentes Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín que, si bien los casos concretos abordados por la H. Corte Suprema de Justicia, refieren a personas que fueron beneficiarias del régimen de transición pensional consagrado en el art. 36 de la Ley 100/93, su *ratio decidendi* aplica para quienes se afilian al Sistema Pensional por primera vez o se trasladan entre regímenes en el marco del mismo, enfatizando en la necesidad de demostrar en cada proceso si la AFP suministró, a quien una vez fuera su potencial afiliado, *información clara, completa, suficiente*, en términos de transparencia y eficiencia, para que pueda concluirse que la decisión adoptada entonces, obedeció a un conocimiento diáfano y preciso, no sólo de lo que se hacía, sino de las consecuencias que se derivarían de la suscripción del formulario de afiliación correspondiente y que por tanto, ese acto jurídico surgió de una real manifestación de voluntad, libre, espontánea y sin presiones.

Según lo anterior, reitera la H. CSJ en sentencia SL 1688-2019-68838, que radica en la AFP el deber de brindar una información oportuna y adecuada, ello, indiferentemente de si se tiene o no beneficio transicional o si se está próximo a adquirir requisitos para pensionarse, “dado que la omisión al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”, (subrayas fuera de texto.)

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

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

En consonancia se aborda el sublite, y se verifica mediante la prueba documental allegada que, Hilda María Zapata Tamayo nació el 24 de marzo de 1966²³, que, al 01 de abril 1994, cuando inició vigencia el SGSSP ostentaba la calidad de trabajadora dependiente del sector privado, al servicio de una entidad bancaria²⁴ contaba con menos de 35 años de edad y menos de 15 años de servicio o semanas de cotización, consecuentemente no fue beneficiaria del régimen de transición consagrado en el art.36 de la Ley 100 de 1993. El 29 de mayo de 1995 suscribió formulario de traslado de régimen pensional con destino a Colfondos S.A.²⁵ el cual acusa de ineficaz. Posteriormente, el 10 de febrero de 2000, suscribió formulario de traslado hacia Colpatria Pensiones y Cesantías, de donde fue cedida a BBVA Horizonte -Horizonte-²⁶ y por último se trasladó a la AFP Protección S.A el

²³ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Pág.66.

²⁴ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Págs. 82/86, 183/187, 236/237, 244/263.

²⁵ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Pág.163.

²⁶ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Pág.238,306

09 de enero de 2001²⁷. Su solicitud de retorno al RPM elevada el 09 de noviembre de 2018 a Colpensiones, fue despachada desfavorablemente²⁸.

En el sub judice, fue recaudado interrogatorio a la demandante, sin que se produjera confesión de su parte, pues en torno a las condiciones presentadas durante su traslado hacia el RAIS, manifestó que un asesor de Colfondos S.A. le indicó que debía trasladarse de régimen porque con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 199, el ISS desaparecería, creando en consecuencia los fondos privados, que harían más ágil el proceso para pensionarse, y respecto de su migración a otras administradoras de fondos, obedecieron a que estando en el RAIS y con motivo del cambio de empleadores, junto con su contrato de trabajo ya venía elaborado el formato de afiliación en pensión, sin que se le brindara asesoría de naturaleza alguna.

Pese a que las AFP del RAIS que integran la pasiva, adujeron haber brindado a la demandante la asesoría pertinente, de ello no hay elementos de convicción en el plenario, distinto del formulario de afiliación en cada una de ellas.

Colfondos S.A., como encargada de tramitar el traslado de régimen pensional, es la llamada a demostrar que ese traslado de régimen no se vio afectado en su eficacia por haberle suministrado la información suficiente, clara, completa a la entonces potencial afiliada, pero se abstuvo de presentar prueba documental en ese sentido. No bastando la sola presentación del formulario de afiliación de 1995 para acreditar el efectivo cumplimiento del deber de información, ni limitarse a manifestar que suministró información a la potencial afiliada, porque así lo redactó en el referido formulario, dado que, en éste ni siquiera consta cual fue la índole, la naturaleza y suficiencia de información dada, menos aún la prueba del estudio del caso particular de la posible afiliada para evidenciarle la conveniencia del traslado, y riesgos a que se exponía su capital destinado a pensión en caso de permanecer en éste.

Adicionalmente, deviene innecesario analizar las condiciones de afiliación ante Colpatria y su cesión hacia BBVA Horizonte -hoy Porvenir S.A.- o hacia Protección S.A., pues la ineficacia del traslado de régimen afecta todo traslado entre administradoras que se haya presentado con posterioridad.

Lo anterior, permite concluir en que, la pasiva no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar a la hoy demandante una oportuna información adecuada, suficiente, cierta y comprensible, en términos de transparencia y eficiencia respecto de la vinculación en los dos regímenes pensionales; ni sobre los beneficios e inconvenientes que les generaría el suscribirse a un régimen o a otro, y en general, las consecuencias del tal afiliación, entre ellas, las modalidades de la pensión, el capital necesario para acceder a la pensión de vejez de manera ordinaria, o anticipada, los componentes y variables para establecer el monto de la prestación económica en el RAIS y su comparativo en el RPM, los requisitos para heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecimiento, el derecho de retracto, las implicaciones de la negociación anticipada del bono pensional, la posibilidad e incluso la necesidad de hacer cotizaciones adicionales, para obtener la prestación de vejez en el RAIS, entre otros aspectos relevantes, para

²⁷ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Pág.232, 238

²⁸ 01.2019-047 FOLIOS 1 AL 268. Pág.72

generar en los posibles afiliados, verdadero consentimiento plenamente informado y por tanto, libre y voluntario en la selección o traslado de régimen de pensiones, y ese deber de información es exigible en cada etapa de la afiliación y ejecución del acto jurídico, como bien ha dilucidado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

La consecuencia del incumplimiento de las mencionadas obligaciones por parte de las AFP del RAIS que conforman la pasiva, es la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, que da lugar a garantizar el derecho de la accionante a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES y a declarar que en éste 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 dicho aspecto la sentencia conocida en apelación.

b) Consecuencias económicas 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 para asumir el pago de la pensión de vejez de la hoy demandante. Lo cual es pertinente, además, por así autorizarlo el grado jurisdiccional de consulta establecido en favor de Colpensiones.

Esta Sala acoge el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, a partir la sentencia con radicado 31989 de 2008 en la cual se fundamenta 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, bonos pensionales 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 las referidas demandadas Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A. que trasladen a Colpensiones, los valores descontados a la demandante durante el tiempo de su afiliación en ellas, por concepto de aportes para la Garantía de Pensión Mínima, y con cargo a sus propios recursos, sumas adicionales de las aseguradoras, además de las comisiones de administración.

No pudiendo exonerarse a **Porvenir S.A.**, de la devolución de lo descontado por cuotas o gastos de administración, bajo su argumento de no haberse beneficiado de las mismas mientras estuvo afiliada la demandante ante Colpatria o BBVA Horizonte, dado que, en virtud de las fusiones presentadas por esas AFP con Porvenir S.A., al celebrar el referido negocio jurídico, se subroga tanto en derecho, como en obligaciones respecto de sus afiliados.

Dado lo anterior, tampoco se acogerán las alegaciones de conclusión en esta sede por parte de Porvenir S.A., respecto a que no se deben trasladar los gastos administración y

prima de seguro previsional, amparándose en el **Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia**, a la luz del artículo 28 del CPACA²⁹, 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 2008³⁰, no se acogerán por esta Sala, en razón a que, dicha norma fue expedida para efectos de traslado en asuntos referentes a multifiliación, situación que no corresponde a la aquí ventilada y adicionalmente, tal concepto no obliga, pues se encuentra decantado por el órgano de cierre judicial en materia laboral y de seguridad social que los gastos administración y prima de seguro previsional deben retornar a Colpensiones como consecuencia de la ineficacia declarada.

Tampoco se accede a la solicitud de **Protección S.A.**, de abstenerse de la devolución de gastos de administración y seguro previsional, dado que 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 de no haber estudiado previamente a la afiliación a Protección 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 y buen consejo que sostiene haberle dado, ni qué se le dijo para que aceptara quedarse en el RAIS., 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 argüir inexistencia de motivos para entregarlos, detrimento patrimonial, ni enriquecimiento sin causa para Colpensiones y la demandante, por evidenciarse la omisión de asesoría previa a la migración de la accionante hacia el RAIS y dentro de ese mismo régimen. En cuanto a lo descontado por seguro previsional, si bien las aseguradoras son terceros de buena fe, en este caso, no se afectan con la decisión adoptada en este proceso, y son necesarios para el financiamiento de la pensión a que llegue a tener derecho la demandante. **Pues** las cosas deben volver al estado inicial en que se hallaban como si no hubiese existido el acto de afiliación porque la ineficacia del traslado supone negar los efectos al traslado en el entendido que la afiliación nunca existió y que sigue perteneciendo al RPM.

En consecuencia, se **CONFIRMARÁN** las órdenes impartidas desde la primera instancia a cada una de las administradoras de fondos de pensiones del RAIS vinculadas en este

²⁹ “**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.”

³⁰ **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

proceso, **ADICIONANDOLAS** en el sentido de que todas las AFP del RAIS demandadas, también deberán trasladar a Colpensiones los aportes descontados a la actora para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y con cargo a sus propios recursos dichas AFP trasladarán las sumas adicionales de las aseguradoras y comisiones de administración descontadas, pues sus promotores incumplieron el deber de información que condujo a su respectiva afiliación, migración y permanencia en el RAIS. La entrega de tales recursos hacia Colpensiones se debe cumplir dentro del **plazo de 30 días** siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Se **ADICIONARÁ** la sentencia en cuanto a que, si la sumatoria de todos los conceptos a trasladar resultare inferior al valor total de los respectivos aportes legales completos más los rendimientos que se hubieran generado de haber permanecido en el régimen de prima media, **las AFP del RAIS demandadas**, asuman el pago de la diferencia que hubiere, en proporción al tiempo que figuró como afiliada en cada una de ellas.

En el caso de Porvenir S.A., incluirá el tiempo que figuró afiliada a Colpatria y BBVA Horizonte, por las razones ya explicadas.

El cumplimiento de tales órdenes será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con las AFP's del RAIS demandadas, sin trasladar consecuencias negativas a la hoy demandante.

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

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

III. EXCEPCIONES

Las excepciones formuladas por las demandadas han quedado implícitamente resueltas, mereciendo especial pronunciamiento la de prescripción, la cual no operó, pues la ineficacia no está sometida a dicha figura, por conllevar la inexistencia del acto jurídico sobre el que recae. La demanda para pretender la nulidad o ineficacia del traslado de Colpensiones se puede presentar en cualquier tiempo, en razón a que se trata de una situación jurídica imprescriptible. Existe una postura reiterada y uniforme por parte de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, más recientemente plasmada en la sentencia SL1197-2021 según el cual:

«Sobre el particular, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.»

(...)

«En efecto, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.»

Para resolver **lo alegado por Porvenir 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.

IV. COSTAS

Costas en esta instancia son a cargo de Porvenir S.A. y Protección S.A. por haber sido vencidas en su recurso. Se fijan agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente para 2021 (1 smlv), que deben asumir por partes iguales del 50% cada una.

Se **revocará** la condena que en primera instancia se impuso a Colpensiones a fin de que asumiera el pago de costas en este proceso, por cuanto la entidad fue un tercero ajeno al acto jurídico cuya ineficacia se ha declarado y al momento en que la demandante le solicitó retorno al RPM, se encontraba incurso en la prohibición del art.2 de la Ley 797 de 2003, al contar con más de 47 años de edad.

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 Noveno Laboral del Circuito de Medellín el 26 de febrero 2021, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por la señora **HILDA MARIA ZAPATA TAMAYO** contra COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. **modificándola y adicionándola** en el sentido en que esta última:

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

Además, COLFONDOS S.A., 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, el valor de comisiones de

administración y primas de seguros descontados en todo el tiempo en que dicha demandante figuró como afiliada en cada una de ellas.

En el caso de Porvenir S.A. trasladará estos conceptos, por el tiempo que la demandante figuró como afiliada a Colpatria y a BBVA Horizonte.

Pero si la sumatoria de la totalidad de los valores que se ordena trasladar resultare inferior al valor total del respectivo aporte legal completo más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que la demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, **ambas AFP del RAIS** deberán asumir el pago de la diferencia que hubiere, en proporción al tiempo que la señora Zapata Tamayo efectuó cotizaciones ante ellas, sin trasladarle consecuencias negativas a la demandante.

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

Se ordena a COLPENSIONES recibir de COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR 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: Revocar parcialmente el numeral cuarto de la parte resolutive de la referida sentencia, en cuanto condenó a Colpensiones al pago de costas procesales.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A. Se fijan agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente (1SMLV), que deben asumir por partes iguales del 50% cada una.

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

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

Certifico que la anterior sentencia fue notificada por ESTADOS N° 102 fijados hoy 15 de junio de 2021 a las 8:00AM

El secretario