



REPÚBLICA DE COLOMBIA

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, dieciocho (18) de junio de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE	JUAN MARIO ESCOBAR ARIAS
DEMANDADAS	COLPENSIONES, PORVENIR S.A y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A
ORIGEN	Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05-008-2019-00326-01
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 JUAN MARIO ESCOBAR ARIAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.¹

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda²

El señor Juan Mario Escobar Arias, formula demanda contra Colpensiones, Porvenir S.A y Skandia Pensiones y Cesantías S.A, pretendiendo se: **i)** declare la ineficacia de su traslado hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- y siempre ha estado afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM-; **ii)** se ordene a las AFP's del RAIS demandadas a trasladar sus aportes en pensiones, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus rendimientos; **iii)** Se ordene a Colpensiones a validar los aportes, incorporándolos en su historia laboral; **iv)** Costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 4 de diciembre de 1964. Inicialmente, estuvo afiliado al RPM, trasladándose hacia el RAIS a través de Porvenir S.A., previa asesoría

¹ 01Expediente. Fls79/82. Esta sociedad podrá girar también con las razones sociales Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A., entre otras

² 01Expediente. Fls.5/7.

brindada por un asesor, quien no realizó estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le aparejaría permanecer o trasladarse de régimen pensional, las diferencias entre regímenes, el derecho de retracto, que tendría una cuenta individual, cómo se calcularía su vida probable o el monto de la pensión de vejez, la influencia de su grupo familiar para ese efecto o qué son las pensiones voluntarias, limitándose a indicarle que en este régimen se pensionaría con una mesada mejor que la otorgada por el otro. El 29 de septiembre de 2006 se trasladó a Skandia Pensiones y Cesantías S.A., cuyos asesores tampoco le brindaron información ni le indicaron que podría retornar al RPM. El 4 de abril de 2019, solicitó ante Colpensiones un nuevo traslado de régimen, siendo negada su petición mediante comunicación 2019_4440157-18688405 de la misma fecha.

Oposición a las pretensiones de la demanda

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

i) Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.³

No le consta la asesoría brindada al demandante cuando se afilió a Porvenir S.A.; la que le ofreció Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. se dio conforme a los parámetros exigidos por la Ley 100 de 1993, se suministró información cierta, suficiente y oportuna, mencionando aspectos generales del RAIS. La afiliación se dio de manera voluntaria, autónoma y a solicitud de parte, es legal, válida y produce efectos contra terceros, por lo que no procede la declaratoria de ineficacia. Excepcionó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

ii) Colpensiones⁴

En el expediente obra prueba de que el demandante suscribió válidamente formularios de afiliación hacia las AFP's del RAIS demandadas, dejando constancia en ellos de que lo hizo de manera libre, voluntaria y sin presiones, por tanto no es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional. Excepcionó imposibilidad de traslado de régimen, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, devolución de cuotas de administración, prescripción, equivalencia del ahorro e imposibilidad de condena en costas.

iii) Porvenir S.A.⁵

El demandante no aportó prueba sumaria de los hechos en que funda sus pretensiones. Al asesorar al demandante, sus promotores cumplieron con el deber de información que les asistía, en los términos exigidos para ese momento, entregando información necesaria, veraz y suficiente, indicando las consecuencias de la decisión que se adoptó. El consentimiento del afiliado estuvo debidamente informado, era una persona plenamente capaz que eligió libremente trasladarse de régimen pensional. Por tanto, el traslado no es ineficaz, es válido y ha producido efectos, convalidados además por el traslado hecho hacia otra administradora del RAIS. Excepcionó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

³ 01Expediente. Fls.86/98.

⁴ 01Expediente. Fls.140/146.

⁵ 01Expediente. Fls.165/175.

Sentencia de primera instancia

El 17 de Septiembre de 2020, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, profirió sentencia, declarando ineficaz el traslado hacia Porvenir S.A. y el posterior realizado hacia Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., a quien ordenó devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado, incluyendo las cuotas de administración. Para ello, les concedió el término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia. Ordenó a Colpensiones que permita el traslado del afiliado, respetando los beneficios que tenía al momento de afiliarse al RAIS. Condenó en costas a las AFP's del RAIS demandadas, tasando agencias en derecho en \$1.755.606.

Al concluir que ni Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. ni Porvenir S.A., acreditaron el cumplimiento del deber de información cuando el demandante suscribió el traslado hacia ellas, declaró la ineficacia del traslado de régimen, así como el ocurrido entre administradoras del RAIS.

Recursos de apelación

Inconformes con la decisión adoptada, Porvenir S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., formularon recurso de apelación en su contra, así:

i) Porvenir S.A

Solicita la revocatoria de la providencia. Al brindar asesoría inicial al demandante, lo hizo en cumplimiento de la normatividad aplicable para entonces, debiendo entenderse que los conceptos de buen consejo, doble asesoría y el deber desincentivar al afiliado en caso de no convenirle el traslado, surgieron con posterioridad al traslado del señor Escobar Arias, no debiendo aplicarse retroactivamente. Afirmó que tienen la obligación de recibir todas las solicitudes de afiliación que le presenten y que debe tenerse como un indicio de deseo de permanecer en el RAIS, el traslado efectuado hacia Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. y pidió tener en cuenta que la decisión de trasladarse nuevamente de régimen obedece a la insatisfacción por el eventual valor de la mesada pensional, más no por la ocurrencia de causales de ineficacia en la afiliación. Finalmente indicó que el demandante faltó a su deber de diligencia. Solicitó, en caso de confirmarse la decisión, no se ordene la devolución de lo descontado por gastos de administración y seguros previsionales, pues los primeros fueron necesarios para adelantar la gestión de administración de recursos y los segundos fueron trasladados a terceros de buena fe para el cubrimiento de los riesgos correspondientes.

ii) Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A

Solicita la revocatoria parcial de la providencia, en cuanto ordenó la devolución de lo descontado por cuotas de administración, con fundamento en que el legislador permite su descuento, así como el de las primas de seguro y el dinero destinado a Fogafin; además, ese dinero no es del afiliado ni está destinado a contribuir al financiamiento de la pensión, por lo que generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; sus cotizaciones han sido bien administradas, cumpliéndose con las obligaciones a cargo de esta demandada en virtud de la afiliación, pues se obtuvieron rendimientos más altos que

si hubiera permanecido en el RPM. Finalmente, expresó que ordenar la devolución de ese concepto causaría un detrimento económico a la administradora, máxime que parte de él fue trasladado a una aseguradora que no fue citada al proceso.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Una vez corrido el traslado para alegar en esta instancia, Porvenir S.A. y Colpensiones lo recorrieron, en tanto la parte demandante y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. guardaron silencio.

i) Porvenir S.A.⁶

Insiste en la solicitud de revocatoria de la providencia, pues la afiliación del demandante ante esa administradora obedeció a una decisión espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza. Reiteró los argumentos del recurso de apelación en cuanto a este punto, así como también en el relacionado con que en caso de confirmarse la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen, no se ordene la devolución de lo descontado por concepto de administración, adicionando que debe atenderse a lo sostenido en la sentencia de unificación proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en el proceso de radicado 05001310500720150129501 y en el Concepto 2019152169-003-000 emitido por la Superintendencia Financiera el 17 de enero de 2020.

ii) Colpensiones⁷:

Solicitó la revocatoria de la sentencia, para ello, pidió tener en cuenta la prohibición de traslado contemplada en el art.2 de la Ley 797 de 2003, en la cual está incurso el demandante. En su concepto, no existió vicio en el consentimiento en las afiliaciones realizadas por el demandante ante las administradoras del RAIS, no pudiendo exigírseles el suministro de información y su acreditación, el lleno de requisitos adicionales a los que eran contemplados en las normas vigentes cuando se presentaron dichos traslados. La carga de la prueba es del demandante, imponer a las administradoras una obligación superior a la presentación del formulario de afiliación es desproporcionado e imposible de cumplir. Los formularios se suscribieron sin que mediara presión, además se probó el ánimo de permanencia del afiliado en el RAIS, no acreditándose la ineficacia. Además, Colpensiones no participó de esos actos jurídicos, por lo que existe falta de legitimación en la causa para que la entidad el día de mañana asuma la pensión de vejez del demandante.

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.

⁶ 13AlegatosPorvenirSA

⁷ 14AlegatosColpensiones

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

Hechos relevantes probados documentalmente

- Juan Mario Escobar Arias nació el 4 de diciembre de 1964⁸.
- El 2 de enero de 1998, suscribió formulario de afiliación hacia Porvenir S.A.⁹.
- El 29 de septiembre de 2006, suscribió formulario de afiliación a Skandia¹⁰.
- El 04 de abril de 2019, solicitó retornar a Colpensiones, siendo negada la petición ese mismo día, por encontrarse a diez años o menos de la edad para pensionarse¹¹.
- Según historia laboral expedida por Old Mutual el 14 de mayo de 2019, para esa fecha había cotizado 1308.57 de las cuales 267.57 lo fueron ante el RPM¹².
- De acuerdo con historias laborales expedidas por Colpensiones, actualizadas al 17 de junio de 2019 y el 20 de agosto del mismo año, cotizó ante el extinto ISS 276.57 semanas, entre el 12 de julio de 1990 y el mes de diciembre de 1997¹³.
- Según historia laboral expedida por Old Mutual el 8 de diciembre de 2019, para esa fecha había cotizado 1323.14 de las cuales 267.57 lo fueron ante el RPM¹⁴.
- En reporte de la OBP del 8 de diciembre de 2019, se indica que cotizó 268 en el RPM con antelación a la vigencia de Ley 100 de 1993¹⁵.

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 del demandante, es menester acudir a los siguientes preceptos normativos que regulan la materia:

⁸ 01Expediente. Fl.25. No se aportó registro civil de nacimiento, pero la copia de la cédula de ciudadanía suministra la información relacionada, sin que la pasiva la contradijera.

⁹ 01Expediente. Fls.26,

¹⁰ 01Expediente. Fls. 35,

¹¹ 01Expediente. Fl.31.

¹² 01Expediente. Fls.36/40.

¹³ 01Expediente. Fls.62/66, 148/150.

¹⁴ 01Expediente. Fls.124/133.

¹⁵ 01Expediente. Fls.134/136.

i) Los artículos 48, 53, 335¹⁶ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁷, 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 1994¹⁸; 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 expresas¹⁹ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994²⁰.

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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.”*

¹⁸ 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

¹⁹ **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”.**

²⁰ 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.

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.

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 Juan Mario Escobar Arias nació el 4 de diciembre de 1964²¹, que, al 01 de abril 1994, cuando inició vigencia el SGSSP ostentaba la calidad de trabajador dependiente del sector

²¹ 01Expediente. FI.25.

privado, al servicio de Andercol S.A.²² contaba con menos de 40 años de edad y menos de 15 años de servicio o semanas de cotización, consecuencialmente no fue beneficiario del régimen de transición consagrado en el art.36 de la Ley 100 de 1993. El 2 de enero de 1998, suscribió formulario de afiliación de traslado de régimen pensional hacia Porvenir S.A.²³ el cual acusa de ineficaz. Posteriormente, el 29 de septiembre de 2006, suscribió formulario de afiliación a Skandia²⁴. Su solicitud de retorno al RPM elevada el 04 de abril de 2019 a Colpensiones, fue despachada desfavorablemente²⁵.

En el sub judice, fue recaudado interrogatorio al 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 Porvenir S.A. le indicó que el ISS se acabaría, en tanto con esa administradora tendría más rendimientos, acceso a tarjetas de crédito y podría pensionarse anticipadamente, procediendo a la firma del formulario.

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

Porvenir 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 al entonces potencial afiliado, pero se abstuvo de presentar prueba documental en ese sentido. No bastando la sola presentación del formulario de afiliación de 1998 para acreditar el efectivo cumplimiento del deber de información, ni limitarse a manifestar que suministró información al potencial afiliado, 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 del posible afiliado 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 Old Mutual Pensiones y Cesantías 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

²² 01Expediente. Fls.62/66, 148/150

²³ 01Expediente. Fls.26,

²⁴ 01Expediente. Fls. 35,

²⁵ 01Expediente. Fl.31.

bono pensional, la posibilidad e incluso la necesidad de hacer cotizaciones adicionales, para obtener la prestación de vejez en el RAIS, entre otros aspectos relevantes, para generar en los posibles afiliados, verdadero consentimiento plenamente informado y por tanto, libre y voluntario en la selección o traslado de régimen de pensiones, y ese deber de información es exigible en cada etapa de la afiliación y ejecución del acto jurídico, como bien ha dilucidado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

La consecuencia del incumplimiento de las mencionadas obligaciones por parte de las AFP del RAIS que conforman la pasiva, es la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, que da lugar a garantizar el derecho del accionante a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES y a declarar que en éste ha permanecido afiliado, 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 del 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 Porvenir S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. que trasladen a Colpensiones, los valores descontados al 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.

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

CPACA²⁶, 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 2008²⁷, 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 las AFP's del RAIS demandadas, 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 del afiliado 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 Porvenir S.A. la situación particular del 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 exonerarlas de la devolución de tales conceptos, independientemente de que Colpensiones no haya administrado el dinero del afiliado, 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 el demandante, por evidenciarse la omisión de asesoría previa a la migración del 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 el 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 proceso, **ADICIONÁNDOLAS** en el sentido de que todas las AFP del RAIS demandadas, también deberán trasladar a Colpensiones los aportes descontados al actor para el Fondo

²⁶ “**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.”

²⁷ **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

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.

Tampoco hay lugar a dar aplicación a los argumentos expuestos en la sentencia de unificación proferida por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín en el proceso de radicado 5001310500720150129501, pues allí se aborda un problema jurídico diferente al contemplado en este proceso; en él, la activa ya disfrutaba de pensión bajo el sistema administrado por el RAIS, en tanto aquí se trata de un afiliado cotizante.

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 afiliado en cada una de ellas.

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

Se ordenará a COLPENSIONES recibir de PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., los recursos correspondientes a los conceptos aludidos, e incorporar los respectivos aportes pensionales completos en la historia laboral del 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.»

IV. COSTAS

Costas en esta instancia son a cargo de Porvenir S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías 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.

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 Octavo Laboral del Circuito de Medellín el 20 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por el señor **JUAN MARIO ESCOBAR ARIAS** contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS 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 el referido demandante ha figurado como afiliado en el RAIS.

Además, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. trasladarán a Colpensiones los valores descontados al actor, 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 dicho demandante figuró como afiliado en cada una de ellas.

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 el 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 el señor Escobar Arias efectuó cotizaciones ante ellas, sin trasladarle consecuencias negativas al demandante.

El cumplimiento de lo ordenado será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con PORVENIR S.A. y OLD MUTUALPENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Se ordena a COLPENSIONES recibir de PORVENIR S.A. y OLD MUTUALPENSIONES Y CESANTÍAS S.A., los recursos correspondientes a los conceptos aludidos, e incorporar los respectivos aportes pensionales completos en la historia laboral del demandante como si hubiera permanecido en el RPM.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y OLD MUTUALPENSIONES Y CESANTÍAS 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° 106 fijados hoy 18 de junio de 2021 a las 8:00AM

El secretario