

**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:	05001310501820190031601
Proceso:	Ordinario
Demandante:	HERNANDO SALDAÑA
Demandado:	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
M. P.	MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo:	30/06/2023
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 04/07/2023 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, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	HERNANDO SALDAÑA
DEMANDADAS	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A
ORIGEN	Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	050013105018201900316-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Consulta
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

En la fecha señalada, la Sala Sexta de decisión Laboral, integrada por las Magistradas ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE y la Ponente MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del art. 13 de la Ley 2213 de 2022 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por HERNANDO SALDAÑA contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

El señor Hernando Saldaña, formula demanda contra Colpensiones y Colfondos S.A pretendiendo se declare: **i)** la ineficacia y/o nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual –RAIS- administrado por Colfondos S.A y que por lo tanto siempre ha estado afiliado en pensiones al Régimen de Prima Media –RPM-, y como consecuencia de lo anterior, se condene **ii)** a Colfondos S.A a trasladar a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado, **iii)** y a Colpensiones a recibir dichas sumas e incorporarlas en su historia laboral como semanas cotizadas. Además, **iv)** se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de su pensión de vejez desde el 2 de abril del 2019, la cual debe estar a cargo de Colpensiones. **v)** Costas y agencias en derecho a cargo de las demandadas, **vi)** Lo ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 27 de abril de 1952 y se trasladó del extinto Instituto de los Seguros Sociales -ISS- hacia Colfondos S.A, con motivo de una asesoría recibida en su lugar de trabajo en donde los funcionarios de ésta AFP le

¹ 01PrimeraInstancia; 01DemandaContestacionesyOtrasActuaciones.pdf. Págs 2/4

indicaron que en este fondo obtendría una mejor mesada pensional que la ofrecida por el ISS, que podría pensionarse anticipadamente y que el RPM se iba a terminar, más no le suministraron información respecto del saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual con el fin de obtener una pensión de vejez, no le hablaron de aportes voluntarios, de bono pensionales, ni le explicaron las características de ambos regímenes, por lo que no tuvo una información cierta, suficiente, y oportuna para tomar una decisión informada. Con motivo de lo expuesto solicitó a Colpensiones autorizar su traslado al régimen que administra, la cual fue negada por la entidad.

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

Afirma que en el acto jurídico de traslado no existieron vicios en el consentimiento, ni menoscabo a derechos fundamentales, toda vez que era del interés del hoy demandante captar una prestación económica a menor edad de la que exige el RPM y adicionalmente beneficiarse de las características propias del RAIS, por lo que pide ser exonerada de costas procesales en atención a que Colpensiones actuó de acuerdo con las exigencias de ley. Excepcionó: Prescripción, incumplimiento de los requisitos de la Ley 797 de 2003, inexistencia de vicios en el consentimiento, devolución de cuotas de administración, imposibilidad de condena en costas y compensación.

ii) Colfondos S.A.³

El demandante ejerció su derecho a la libre selección de fondo de pensiones, siendo el RAIS su elección, para lo cual los asesores de Colfondos S.A. cumplieron con las formalidades requeridas y con el deber de información, al explicarle las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes existentes, las ventajas y desventajas, la rentabilidad de sus aportes en el RAIS, el derecho de retracto y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional, por lo que su afiliación fue voluntaria, libre y espontánea, lo cual consta en el formulario de afiliación, por lo que no se encuentra viciado su consentimiento en el acto de traslado de régimen. Excepcionó: Inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del demandante a Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la que llamó “innominada o genérica”.

Si bien en auto admisorio⁴ de la demanda se incluyó como demandada Porvenir S.A., ésta al contestar⁵ manifestó que el señor Hernando Saldaña nunca estuvo afiliado ante ella, formulando como excepción previa la de incapacidad o indebida representación del demandante, situación que al ser corroborada por la A Quo, mediante auto del 11 de diciembre de 2019⁶ la excluyó del proceso.

² 01PrimeraInstancia; 01DemandaContestacionesyOtrasActuaciones.pdf. Págs 116/124.

³ 01PrimeraInstancia; 01DemandaContestacionesyOtrasActuaciones.pdf. Págs 179/188.

⁴ 01PrimeraInstancia; 01DemandaContestacionesyOtrasActuaciones.pdf. Pág. 99.

⁵ 01PrimeraInstancia; 01DemandaContestacionesyOtrasActuaciones.pdf. Págs 190/197.

⁶ 01PrimeraInstancia; 01DemandaContestacionesyOtrasActuaciones.pdf. Págs 190/197.

Sentencia de primera instancia⁷

El 28 de enero de 2021 el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a Colfondos S.A. Ordenó a ésta AFP trasladar de forma inmediata a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos que se hubieren causado, sumas adicionales de la aseguradora y cuotas de administración. Ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación del actor en el RPM y recibir las sumas referidas. Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar al actor la pensión de vejez en aplicación de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, liquidándose el IBL con base al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicando la tasa de reemplazo prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, la cual debe ser reconocida sobre 13 mesadas anuales y que el disfrute será a partir del momento en que se verifique el retiro definitivo del sistema, advirtiendo que en el evento de generarse un retroactivo al momento del reconocimiento de la pensión, se autoriza a Colpensiones a efectuar los descuentos en salud a que haya lugar. Por último, condenó en costas a Colfondos S.A y fijo agencias en derecho en el equivalente a un 1SMLMV.

Para fundamentar lo decidido, la juez de primera instancia acudió al precedente judicial vigente en la materia y señaló que a Colfondos S.A. le correspondía demostrar el cumplimiento de su deber de información en forma eficiente, eficaz, completa, oportuna y comprensible antes de la suscripción del formulario de afiliación, carga probatoria que no satisfizo con el interrogatorio de parte, ni con los documentos aportados al proceso, declarando en consecuencia la ineficacia de traslado de régimen pensional.

Respecto al reconocimiento y pago de la pensión, encontró acreditados los requisitos dispuestos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, al cumplir los 62 años de edad el 27 de abril de 2014 acreditar más de 1.311 semanas hasta el 31 de octubre de 2020, pero se abstuvo de ordenar el disfrute por cuanto a la fecha de la sentencia sigue cotizando y laborando, por lo que condicionó el mismo hasta que se verifique el retiro efectivo del sistema, precisando los parámetros bajo los que debe liquidarse la prestación.

Las partes se abstuvieron de presentar recurso de apelación por lo que **el proceso fue remitido en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.**

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Una vez concedido el traslado para alegar de conclusión en esta sede, sólo la parte **demandante⁸** lo recorrió oportunamente, deprecando se confirme la sentencia de primera instancia como consecuencia de la AFP del RAIS al no brindar una asesoría clara, completa y eficiente, que permitiera tomar una decisión consciente sobre las implicaciones del traslado, pues de lo contrario el acto se torna ineficaz, como lo expresa el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y conforme al criterio jurisprudencial vigente en la material. De otro lado, solicita se modifique la sentencia referente a la prestación económica para que se conceda el disfrute de la pensión a partir de abril de 2021, fecha

⁷ 01PrimeraInstancia; 01DemandaContestacionesyOtrasActuaciones.pdf. Págs 207/209.

⁸ 02SegundaInstancia; 03AlegatosDemandante1820190316.pdf.

en que el empleador desafilia al actor del sistema de pensiones, adjuntando documental que da cuenta de ello.

Por su parte Colpensiones y Colfondos S.A se abstuvieron de presentar alegatos en esta sede.

II. SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia de la Sala está dada por el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, conforme al artículo 69 del CPTSS modificado por la Ley 1149 de 2007, y en acatamiento de la decisión de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia de radicado 7382 de 2015.

Examinados los hechos y pretensiones de la demanda, así como la oposición formulada por las demandadas, y los argumentos de la decisión de primera instancia, interpreta la Sala, que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar: **a)** la viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, de ser procedente dicha declaratoria, se precisarán, **b)** las consecuencias de dicha declaración, como el que su afiliación al RPM se considere sin solución de continuidad, así como lo concerniente a los conceptos que deben trasladarse desde la AFP del RAIS hacia Colpensiones, dado que el fundamento fáctico de las pretensiones de la demanda es el incumplimiento del deber legal de información por parte del fondo, lo que al tenor del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ocasionaría no la nulidad, si no la ineficacia del acto jurídico, tal y como lo concluyó la A Quo

Adicionalmente **c)** se analizará el reconocimiento a la pensión de vejez, y si hay lugar a modificar la sentencia de instancia, en torno a ordenar el disfrute de la pensión de vejez reconocida por la A Quo, toda vez que la parte demandante allegó con los alegatos de conclusión en esta sede el certificado de aportes que da cuenta de la desafiliación del sistema del señor Hernando Saldaña.

Hechos relevantes probados documentalmente

Hernando Saldaña nació el 27 de abril de 1952⁹. Inició cotizaciones ante el extinto Instituto de los Seguros Sociales -ISS- el 14 de septiembre de 1994¹⁰. El 17 de septiembre de 1998 suscribió formulario de afiliación con destino a Colfondos S.A¹¹. para octubre del año 2020 acreditó 1.300,57 semanas de las cuales 178.43 lo fueron ante Colpensiones¹². El 12 de abril de 2019 diligenció formulario de vinculación a Colpensiones¹³, el cual fue rechazado en la misma fecha por parte de dicha AFP,

⁹ 01PrimeralInstancia; 01DemandaContestacionyOtrasActuaciones.pdf. Págs 19 y 202, y 15CedulaDemandante.pdf. No se aportó registro civil de nacimiento del demandante, pero sí copia de su cédula de ciudadanía, la cual da cuenta de esta fecha, la cual no fue discutida por la pasiva dentro del proceso.

¹⁰ 01PrimeralInstancia; 01DemandaContestacionyOtrasActuaciones.pdf. Pág 125 y 09BonosPensionalesHernandoSaldaña.pdf.

¹¹ 01PrimeralInstancia; 01DemandaContestacionyOtrasActuaciones.pdf. Pág 29, 05SIAFP.pdf y 06Afiliación.pdf.

¹² 01PrimeralInstancia; 04HistoriaLaboral.pdf

¹³ 01PrimeralInstancia; 01DemandaContestacionyOtrasActuaciones.pdf. Pág 20.

aduciendo que no era posible su retorno toda vez que se encontraba a diez años o menos de cumplir la edad de pensión¹⁴.

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:

i) Los artículos 48, 53, 335¹⁵ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁶, 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 1994¹⁷; 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 expresas¹⁸ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994¹⁹.

Adicionalmente es pertinente hacer un breve recuento de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que estructura el tema, y está contenida en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2877, SL4811 de 2020, y SL1217, SL782 de 2021, basada en la necesidad de determinar si en cada asunto concreto, la AFP receptora de la afiliación satisfizo tanto para ese momento, como durante la vigencia de la relación con quien demanda la ineficacia, la obligación consagrada en el numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de

¹⁴ 01PrimeraInstancia; 01DemandaContestacionyOtrasActuaciones.pdf. Pág 22.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.”*

¹⁷ 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

¹⁸ **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”.**

¹⁹ 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.

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 al afiliado.

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

Lo anterior, tal y como reitera la CSJ en sentencias SL 1688-2019 y 373 de 2020, que radica en la AFP el deber de brindar una información oportuna y adecuada, ello, indiferentemente de si se tiene o no beneficio transicional o si se está próximo a adquirir

requisitos para pensionarse, “dado que la omisión al deber de información se predica frente a la validez o no del acto jurídico de traslado.”

Por estas razones, lo argumentado por la pasiva en torno a la capacidad del demandante al suscribir el formulario, o su obligatoriedad de informarse en relación con las consecuencias de la celebración del acto jurídico, o sus actos de relacionamiento al efectuar cotizaciones, conocer extractos y no efectuar el traslado de régimen cuando legalmente estuvo habilitado para hacerlo, el no efectuar comparaciones entre fondos, o que las condiciones de funcionamiento de estos no son imposición de los mismos, si no de la normatividad que los rige, no constituyen razones atendibles para exonerar del cumplimiento de sus obligaciones a la Administradora, menos aún, por cuanto, en los asuntos como el presente, no se discute la capacidad jurídica de los celebrantes, ni la licitud de los traslados; se atiende es al hecho de haberse dado el traslado de régimen pensional sin que el mismo estuviese precedido de la satisfacción del cumplimiento del deber de información por parte de la administradora que captó al afiliado, quien, según sus dichos al absolver el interrogatorio de parte, escuchó que el ISS desaparecería siendo su mejor opción pensional suscribir traslado al régimen privado.

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

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

En cuanto a la inconformidad sobre la carga de la prueba, con dicho precedente, se desvirtúa además la aplicación al actor del principio de auto responsabilidad de los hechos afirmados en la demanda, pues en este caso, en virtud de la carga dinámica de la prueba ésta se radica en cabeza de las AFP que a través de sus agentes propiciaron el traslado de régimen del asegurado, tal y como se aprecia en la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben

demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es la AFP a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, al hallarse en mejor posición de ilustrarlo, por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado, además, de estar facultado el fallador por el **artículo 167 del Código General del Proceso**, para distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos de convicción tendientes a esclarecer el objeto del litigio y en asuntos como el que hoy nos ocupa, sin duda quien debe cumplir dicha carga es la AFP del RAIS, por cuanto: i) Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, así como la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le haya entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; ii) Conoce y posee los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y posibilitó que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

En el sub-lite, mediante la prueba documental arribada, se evidencia que Hernando Saldaña nació el 27 de abril de 1952²⁰, por lo que, al 1 de abril de 1994, cuando entró en vigencia el SGSSP para él, por ser trabajador dependiente del sector privado, contaba con 41 años de edad, pero no había seleccionado régimen pensional por lo que no tenía cotización alguna, por tanto, no fue beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El 17 de septiembre de 1998 suscribió formulario de afiliación con destino a la AFP Colfondos S.A²¹, el cual acusa de ineficaz. El 12 de abril de 2019 diligenció formulario de afiliación a Colpensiones²², sin embargo, esta fue rechazada en la misma fecha por encontrarse a diez años o menos de cumplir la edad de pensión²³.

Adicionalmente, 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 dos asesoras comerciales de Colfondos S.A lo abordaron en su lugar de trabajo y le expusieron que el Instituto de los Seguros Sociales se iba a terminar y que en consecuencia perdería todas las semanas que tenía cotizadas, mientras que en Colfondos S.A tendría el beneficio de que no perdería sus cotizaciones y que además recibiría una mesada pensional superior a la ofrecida por el Régimen de Prima Media, más nunca le informaron sobre las consecuencias que conllevaría suscribir dicho traslado.

Colfondos S.A no aportó elemento de convicción sólido donde se plasme la asesoría que dice haber brindado al señor Saldaña, en momento anterior y/o a la suscripción del formulario de afiliación, quien se encargó de tramitar el traslado de régimen pensional, y por tanto es la llamada a demostrar que ese traslado de régimen no se vio afectado

²⁰ 01PrimeralInstancia; 01DemandaContestacionyOtrasActuaciones.pdf. Págs 19 y 202, y 15CedulaDemandante.pdf.

²¹ 01PrimeralInstancia; 01DemandaContestacionyOtrasActuaciones.pdf. Pág 29, 05SIAFP.pdf y 06Afiliación.pdf.

²² 01PrimeralInstancia; 01DemandaContestacionyOtrasActuaciones.pdf. Pág 20.

²³ 01PrimeralInstancia; 01DemandaContestacionyOtrasActuaciones.pdf. Pág 22.

en su eficacia al suministrar la información suficiente, clara, completa a la entonces potencial afiliada, pero se abstuvo de presentar prueba documental en ese sentido.

En este caso, la AFP Colfondos S.A, como encargada de tramitar la afiliación inicial del demandante al RAIS, estaba llamada a demostrar que tal afiliación no se vio afectada en su eficacia por haberle suministrado la información suficiente, clara, completa al entonces potencial afiliado, sin embargo no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar al hoy demandante una oportuna información adecuada, suficiente, cierta y comprensible, en términos de transparencia y eficiencia respecto de la vinculación en los dos regímenes pensionales; ni sobre los beneficios e inconvenientes que le generaría el suscribirse a un régimen o a otro, y en general, las consecuencias del tal afiliación, entre ellas, las modalidades de la pensión, el capital necesario para acceder a la pensión de vejez de manera ordinaria, o anticipada, los componentes y variables para establecer el monto de la prestación económica en el RAIS y su comparativo en el RPM, los requisitos para heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecimiento, el derecho de retracto, las implicaciones de la negociación anticipada del bono pensional, la posibilidad e incluso la necesidad de hacer cotizaciones adicionales, para obtener la prestación de vejez en el RAIS, entre otros aspectos relevantes, para generar en el posible afiliado, verdadero consentimiento plenamente informado y por tanto, libre y voluntario en la selección o traslado de régimen de pensiones, y ese deber de información es exigible en cada etapa de la afiliación y ejecución del acto jurídico, como bien ha aclarado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

De ello no hay elementos sólidos de convicción en el plenario, pues la AFP Colfondos S.A. solo allegó el respectivo formulario de afiliación y afirmó que estando suscrito por el demandante, lo hizo de manera libre y voluntaria, y que, por contener las declaraciones que le exige el artículo 114 de la ley 100 de 1993, no es dable restarle valor y menos desconocer este acto; sin embargo, en este sentido, las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. conforme al **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado recae en quien debió emplearlo y, ello no se satisface solo con allegar documentos previamente elaborados en los que se limita a llenar espacios en blanco, que suscriben las partes, sino con la evidencia real de que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre, y que la asesoría brindada fue suficiente para la persona. Lo cual, es acorde con lo normado en **los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994**, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, según los cuales, no se trata sólo de completar un formato, ni adherir a una cláusula genérica, sino de haber transmitido elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, sea que estuviere o no la persona en transición.

Los considerandos de esta providencia también sustentan que, esta sala no acoja lo interpretado por la pasiva en el sentido de que los actos del 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 el afiliado 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**²⁴, 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 Colfondos S.A, vulneradoras de la libre y voluntaria selección de régimen prevista en el literal b del Artículo 13 de la ley 100 de 1993²⁵ 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 271²⁶ de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la

²⁴ por la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral.

²⁵ **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.

²⁶ 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 Salud¹ en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General 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.

exclusión de todo efecto al traslado”, lo cual, da lugar a garantizar al accionante el ejercicio del derecho a la libre selección de régimen pensional, y dado que ha manifestado a lo largo del proceso, desde el escrito de demanda, que su voluntad es pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES, y a declarar que 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 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 recibidos con motivo de la afiliación al régimen de Ahorro Individual, deben trasladarse a la administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto, tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, dado que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional se cubren las prestaciones causadas. Además de ser menester que, por efecto de la declaratoria de la ineficacia en asuntos como el abordado en este proceso, la parte beneficiada económicamente con el acto ineficaz por omisión del deber de información garantice que el patrimonio de la persona inducida a la afiliación no sufra deterioro, y pueda disfrutar de las prestaciones del RPM, como si hubiera permanecido en él.

Bajo las referidas premisas, se **confirmarán, modificarán y adicionarán** las órdenes impartidas a **Colfondos S.A.** desde la primera instancia, en el sentido que esta AFP del RAIS, dentro de los **30 días siguientes a la ejecutoria** de la presente providencia, no solo debe trasladar a COLPENSIONES **la totalidad** de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros que se han generado durante todo el tiempo en que el hoy demandante figuró como afiliado al RAIS.

Sino que Colfondos S.A, también debe trasladar a la referida AFP del RPM, las cuotas de administración, el dinero con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de las aseguradoras, conceptos descontados durante el periodo de afiliación del hoy demandante, pues 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 por no haberse estudiado previamente a la afiliación de 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 que sostiene haberle dado, no es pertinente exonerarla de la devolución de tales conceptos,

independientemente de que Colpensiones no haya administrado el dinero de la afiliado, 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 el demandante, tampoco transgrede derechos de las demandadas, por evidenciarse la omisión de asesoría completa y previa a la migración de la accionante hacia el RAIS y dentro de ese mismo régimen, pues si bien existió una administración por parte de la AFP del RAIS, además del pago de seguros, 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 del hoy demandante, como anteriormente se explicó.

Se rememora que, para efecto de la devolución de conceptos hacia el RPM, con anterioridad, esta Sala de Decisión disponía que, el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el Régimen de Prima Media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente de la Corte Constitucional plasmado en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 de 2010** y **SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM, **y de otro lado**, y se abstenía de ordenar que las AFP del RAIS remitieran con destino a Colpensiones, los valores correspondientes a las sumas adicionales de las aseguradoras.

Pero, retomando el punto, y por las mismas razones expuestas en este acápite, considerando el precedente de la Sala de Casación Laboral²⁷ contenido en sentencias **SL 3202-2021**, **SL 2769-2021**, **SL3708-2021**, **SL 3710-2021- SL 3706-2021**, **SL 3571-2021** y **SL 3709-2021**, esta Sala ha precisado que las cuotas de administración y los descuentos del seguro previsional, descontadas por las AFP del RAIS durante el periodo de afiliación del hoy demandante ante ellas, 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.

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 COLFONDOS S.A sin trasladar consecuencias negativas al actor.

²⁷ 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.

Se ordenará a COLPENSIONES recibir de COLFONDOS S.A los recursos correspondientes a los conceptos aludidos, y se homologarán en el Régimen de Prima Media las semanas cotizadas por el actor durante su afiliación en el RAIS.

Así las cosas, se **confirmará, modificará y adicionará** la sentencia conocida en grado jurisdiccional de consulta.

Resuelto el primer problema jurídico, se aborda el derecho pensional pretendido.

c) Procedencia del reconocimiento de pensión de vejez

Norma aplicable

Para determinar si el hoy demandante consolidó o no el derecho pensional deprecado, se consideran los siguientes elementos fácticos y jurídicos: el señor Hernando Saldaña nació el 27 de abril de 1952²⁸, y no fue beneficiario del régimen de transición por cuanto a la entrada en vigencia del SGSSP para él, no había efectuado selección de régimen ni había realizado cotización alguna. En consecuencia, se colige que su prestación de vejez se rige por el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que le exige acreditar 62 años de edad y un mínimo de mil trescientas (1.300) semanas de cotización. Ahora bien, acorde a la historia laboral más actualizada allegada al plenario, se tiene que cuenta en toda la vida laboral con 1.300.57 semanas cotizadas al 30 de octubre de 2020²⁹.

Causación y disfrute de la prestación

La prestación se causó el 31 de octubre de 2020, fecha para la cual el actor acreditó las 1300 semanas de cotizaciones exigidas, momento para el que contaba con 68 años de edad. En consecuencia, debe entenderse que el actor causó su derecho a la prestación el 31 de octubre de 2020, fecha en la que concurrió el cumplimiento de ambos requisitos, la cual deberá ser reconocida en un número igual a 13 mesadas anuales por haberse causado con posterioridad al 31 de julio del año 2011.

Ahora bien, respecto al disfrute de la prestación ha de indicarse que aun cuando el apoderado de la parte demandante, en sus alegatos de conclusión refiere que ya existe retiro del sistema pensional por parte de su empleador, lo cual ocurrió con posterioridad a la emisión de la sentencia de instancia según se evidencia de la documental allegada³⁰, en que se certifica cesación en los aportes a pensión desde abril de 2021, lo cierto es que no allegó historia laboral actualizada que dé cuenta de los IBC con que se cotizó por dicho riesgo desde noviembre de 2020 a marzo de 2021, que permita en esta sede liquidar la condena en concreto, máxime que se desprende de la historia laboral actualizada a octubre de 2020, que los IBC del demandante son superiores al salario mínimo y variables³¹, siendo carga de la parte actora acreditar tal circunstancia.

²⁸ 01PrimeraInstancia; 01DemandaContestacionyOtrasActuaciones.pdf. Págs 19 y 202, y 15CedulaDemandante.pdf.

²⁹ 01PrimeraInstancia; 04HistoriaLaboral.pdf.

³⁰ 02SegundaInstancia; 03AlegatosDemandante1820190316.pdf.

³¹ 01PrimeraInstancia; 04HistoriaLaboral.pdf

Por tal razón no se accederá a lo alegado en esta sede, y se **confirmará** en tal sentido la sentencia de instancia, sin embargo, se verificarán los parámetros de liquidación ordenados para el reconocimiento de dicha prestación

Parámetros de liquidación

Colpensiones debe tener en cuenta para liquidar la prestación, el total de semanas cotizadas por el demandante para efecto de que la tasa de reemplazo o monto aplicado a su IBL, sea el que le resulte más favorable, con base a 13 mesadas anuales y sin perjuicio de los aumentos de ley, en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, aspecto en que también se **confirma** la sentencia consultada.

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.

IV. COSTAS

No se causaron costas procesales en esta instancia al haberse conocido el proceso en grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín el 28 de enero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de

doble instancia promovido por HERNANDO SALDAÑA contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A, **modificándola y adicionándola**, en el sentido en que esta última: Trasladará con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, la totalidad de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros generados durante todo el tiempo en que el demandante ha figurado como afiliado a dicho régimen.

Además, COLFONDOS S.A trasladará a Colpensiones los valores descontados al actor por concepto de aportes para la garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos, trasladará debidamente indexados a Colpensiones el valor de comisiones de administración y primas de seguros descontados en el mismo lapso que permaneció como afiliado ante ella.

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

Se ordena a COLPENSIONES recibir de COLFONDOS 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: Confirmar en lo demás la sentencia de instancia.

TERCERO: No se causaron costas procesales en esta instancia toda vez que las partes no interpusieron recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia.

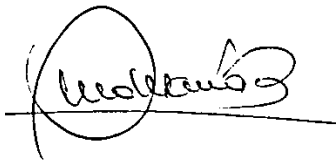
Se ordena notificar lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistradas,



MARIA PATRICIA YEPES GARCIA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE
(En ausencia justificada)