

**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:	05001310501120190064401
Proceso:	Ordinario
Demandante:	JOSÉ RICARDO CORTES SÁNCHEZ
Demandado:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA 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	JOSÉ RICARDO CORTES SÁNCHEZ
DEMANDADAS	COLPENSIONES, SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A.
ORIGEN	Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05-001-31-05-011-2019-00644-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Apelación
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 JOSÉ RICARDO CORTES SÁNCHEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

El señor José Ricardo Cortes Sánchez formula demanda contra Colpensiones, Skandia S.A., Protección S.A., y Porvenir S.A., pretendiendo se declare: **i)** la nulidad por vicios del consentimiento y/o ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media –RPM- al Régimen de Ahorro Individual –RAIS-, y como consecuencia de ello, se ordene a **ii)** Skandia S.A., Protección S.A., y Porvenir S.A. a gestionar y trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes que efectuó al RAIS, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración; **iii)** Colpensiones recibir todos los aportes, incluidos rendimientos y sin ningún descuento por cuotas de administración de parte de Skandia S.A., Protección S.A., y Porvenir S.A.; **iv)** Colpensiones reactivar su afiliación en el RPM y actualizar su historia laboral; **v)** Colpensiones hacer el reconocimiento de la pensión de vejez bajo los parámetros del RPM; y por último, **vi)** se condene en costas a las entidades demandadas.

¹ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 1-6

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 15 de octubre de 1958. Cotizó al Régimen Especial de las Fuerzas Armadas desde el 1 de septiembre de 1981, y a partir del 24 de febrero de 1984 se afilió al RPM. En marzo de 1995 se afilió a Porvenir S.A., bajo el comentario de que el ISS se iba a acabar. Posteriormente, con argumentos competitivos de venta, fue trasladado a Protección S.A. a partir de octubre de 1995, y con argumentos similares, fue trasladado a Skandia S.A. en julio de 2003, siendo este último fondo al cual pertenece actualmente. Cada traslado se efectuó con una indebida asesoría de parte de los asesores de los fondos privados; no le presentaron una proyección pensional, ni tampoco le suministraron información técnica, adecuada, cierta, completa y comprensible. Según un informe de proyección de jubilación de julio 23 de 2019, su pensión ascendería a no más de \$1'664.536, mientras que, en el RPM, obtendría una pensión aproximada de \$2'935.629, diferencia que afirma, pone en riesgo su calidad de vida.

El 1 de octubre de 2019 radicó solicitudes ante Skandia S.A., Porvenir S.A., Protección S.A. y finalmente, ante Colpensiones, solicitando la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, solicitudes que fueron negadas respectivamente el 18 de octubre de 2019, 16 de octubre de 2019 con Radicado No. 0102222019379400, 3 de octubre de 2019 con Radicado No. CAS-5065510-L7F4L5 y 7 de octubre de 2019 con Radicado No. 2019-13301678, entre otras razones, porque dicha decisión de afiliación se encuentra plasmada en la suscripción del formulario, habiendo ejercido su libre derecho, además, el reconocimiento de la nulidad y/o ineficacia se daría solo por orden de autoridad judicial competente. Los fondos privados aportaron los formatos de solicitud inicial de afiliación al RAIS. Refiere que al 4 de octubre de 2019 contaba con un total de 1745,57 semanas cotizadas, de las cuales 676,43 lo fueron ante el RPM.

Oposición a las pretensiones de la demanda

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

i) Porvenir S.A.²

No existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o nulidad del acto jurídico por medio del cual el demandante se trasladó de régimen pensional, la decisión tomada por el actor se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, pues: i) antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS; ii) suscribió el formulario de solicitud de vinculación, el cual cumplía con los requisitos de ley; iii) al suscribir la solicitud de vinculación, con la cual se concretó su traslado de régimen, manifestó en forma expresa que lo hacía en forma voluntaria y libre. Cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, si bien existía una obligación de entregar información necesaria, veraz y suficiente, no había obligación de brindar una asesoría, de dar un buen consejo, ni una doble asesoría. El actor no hizo uso del derecho de retracto, ni tampoco de las varias posibilidades legales que

² 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 200-221

tenía para regresar al RPM, como consumidor financiero, debía actuar con mediana diligencia, lo cual suponía, obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando. La falta de información, como una situación que pudo afectar el consentimiento, solamente podría generar una nulidad relativa en los términos del artículo 1741 del Código Civil. Sostiene que estipulaciones como el periodo de permanencia en un régimen pensional, el valor de la mesada, entre otras, están previstas en la ley y por lo tanto no existe una parte fuerte y una débil en lo que respecta a las administradoras y a los afiliados, el afiliado tiene a su libre albedrío escoger otra administradora que más le llame la atención. Afirmó, por último, que las acciones para reclamar la nulidad o ineficacia del acto de traslado de régimen se encuentran prescritas, en tanto no todas las cuestiones que estén relacionadas con un derecho pensional tienen que ver con la causación o consolidación de ese derecho. 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.

ii) Colpensiones³

Por el principio de la buena fe, al actor le queda imposible solicitarle nuevamente la afiliación dado que para él ya expiraron todos los plazos posibles establecidos en la legislación colombiana. La afiliación de la parte actora a la AFP codemandada es válida por cuanto no hay ningún vicio en el consentimiento en dicha afiliación, adicional a ello le faltan menos de 10 años para pensionarse, en razón a lo anterior, este traslado ya no es posible, y es esta última quien debe asumir la carga pensional del actor. Argumenta que la afiliación realizada por el demandante fue a través de un acto libre y voluntario, por lo tanto, no se puede alegar el desconocimiento de la ley o afirmar que no era su intención trasladarse al RAIS a sabiendas que estuvo cotizando a las administradoras codemandadas, lo cual descarta cualquier tipo de nulidad; un acto jurídico es ineficaz cuando no produce efectos o estos son declarados inválidos, situación que tampoco se presentó en este caso. No sería posible que se condene a las costas del proceso, toda vez que actuó de buena fe y acorde a derecho tomando en cuenta de manera contundente lo preceptuado por la ley. Excepcionó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del traslado de régimen, inexistencia de la nulidad o ineficacia del traslado, equivalencia del ahorro o diferencias pensionales, devolución de aportes debidamente indexados, devolución de cuotas de administración debidamente indexadas, buena fe de Colpensiones, prescripción, excepción innominada, compensación, imposibilidad de condena en costas, condena en costas y la que llamó “genérica”.

iii) Skandia S.A.⁴

Afirma que el traslado entre administradoras del RAIS no afecta el régimen pensional, pone de presente que la afiliación del actor no se efectuó como traslado de régimen pensional, sino como traslado de AFP (Porvenir S.A.), y por ende la situación pensional del demandante al pertenecer al RAIS no se modificó en la medida en que la AFP a la cual estuvo vinculado se rige por las mismas disposiciones legales, al igual que las prestaciones que consagran. Es una entidad que cuenta con departamentos especializados donde capacitan a todos sus funcionarios y especialmente a sus asesores comerciales para que puedan explicar de manera satisfactoria las

³ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 236-249

⁴ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 282-299

características, particularidades, bondades y limitaciones del RAIS siendo finalmente el afiliado quien decide que administradora de este régimen le conviene para administrar sus recursos pensionales. El hecho de que el demandante mantenga vigente su afiliación al RAIS, no configura una conducta arbitraria o caprichosa de los fondos de pensiones, sino a la falta de manifestación de voluntad del mismo demandante de regresar al RPM; el acto jurídico que celebró con el actor es totalmente válido, cumplió con los requisitos legales y carece de algún tipo de nulidad sea relativa o absoluta. Sostiene que el formulario que el actor suscribió cuando se trasladó en 2003, no es posible que ahora venga a contradecirse, exponiendo que se omitió información, toda vez que antes de afiliarse a esta AFP ya había suscrito un documento de afiliación con Porvenir S.A., concluyéndose de dicha conducta que su afiliación a Skandia S.A. estaba precedida de información y conocimientos previos, que no pueden ahora atribuirse como una errónea influencia, sobre el régimen de pensiones escogido. Afirma que, al momento de asesorar al actor, la información fue cierta, suficiente y oportuna, acorde a los parámetros exigidos y contemplados en la normatividad vigente de la época. Excepcionó: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la que llamó “genérica”.

iv) Protección S.A.⁵

Sostiene que todas las actuaciones de la entidad están precedidas por la buena fe y la legalidad, en esa medida, todas las personas afiliadas al fondo lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal y como se plasma en el formulario de afiliación. Brindó una asesoría completa, clara y comprensible al demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, por medio de asesores capacitados para brindar información integral, por lo que el acto de afiliación es existente, válido y exento de vicios, suscribió el formulario de afiliación, donde el afiliado manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS al plasmar su firma allí, generando derechos y obligaciones para ambas partes, especialmente para el actor como consumidor financiero; además el afiliado tuvo varias oportunidades de retornar al RPM sin que hiciera uso de su facultad. En consecuencia, no existe ningún motivo legal o fáctico para proceder con la ineficacia alegada y no se puede acceder a ella por simples expectativas económicas. Resalta que lo pretendido no está relacionado con el derecho pensional en sí mismo, por lo que no puede hablarse de imprescriptibilidad de la acción, de manera que la acción se encuentra afectada por el fenómeno prescriptivo. Excepcionó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la que llamó “innominada o genérica”.

⁵ 01PrimeraInstancia; 004ContestacionProteccion.pdf

Sentencia de primera instancia⁶

El 2 de diciembre de 2022, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la vinculación al RAIS del actor administrado por las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A. **Ordenó a Skandia S.A.** Skandia S.A. deberá trasladar a Colpensiones todos los aportes del demandante como son cotizaciones con todos sus frutos e intereses.

Así mismo se ordena a Skandia, Protección S.A. y Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones, con indexación lo referente a los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, la prima de reaseguro del Fogafín y en caso de haberse generado, los aportes del fondo de solidaridad pensional que se hubiere causado durante el tiempo en que estuvo afiliado el demandante a dichas administradoras de fondos de pensiones.

Dispuso que al momento de cumplir la orden los conceptos aparezcan discriminados por las AFP con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, aportes, ingreso base de cotización y demás información importante que los justifique, valores que deberán ser consignados por Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A. a Colpensiones, quien deberá recibirlos y reactivar la afiliación del actor al RPM sin solución de continuidad. Condenó en costas a las entidades demandadas, dentro de las cuales se fijan como agencias en derecho la suma de 4'500.000 pesos, la cual corresponde el valor de \$2'000.000 a cargo de Porvenir S.A., \$1'000.000 a cargo de Protección S.A., \$1'000.000 a cargo de Skandia S.A. y, por último, la suma de \$500.000 a cargo de Colpensiones. No prospera la excepción de prescripción, ni la de compensación. Absuelve a las entidades demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para fundamentar lo decidido, el juez de primera instancia acudió al precedente judicial vigente en la materia y señaló que, a Porvenir S.A. Protección S.A. y Skandia S.A., les 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.

Recurso de apelación

Apoderada de Porvenir S.A.: inconforme con la sentencia de instancia, presenta recurso de apelación de forma total, reiterando lo expuesto en su contestación a la demanda, agregó que el demandante posteriormente realizó varias afiliaciones dentro del RAIS con lo cual ratificó su voluntad de permanencia en este régimen. Solicitó sea revocada la condena consistente en trasladar de forma indexada los dineros recibidos por conceptos de gastos de administración, la prima de seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, la prima de seguros de Fogafín y los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional, toda vez que no es procedente, dado que el detrimento que sufrió el dinero en el tiempo se

⁶ 01PrimeraInstancia; 020ActaAudienciaArt80.pdf

ve compensado por los rendimientos financieros que ya se generaron en razón a la gestión que hizo, entonces el hecho de también ordenar esta indexación implicaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones. En cuanto a los gastos de administración, son conceptos que están debidamente autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, denota que durante la vinculación del demandante se encargó de gestionar los dineros que este iba aportando, y en razón a este servicio que prestó de forma efectiva, se generaron unos rendimientos financieros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual en favor del demandante y que incrementaron el patrimonio que este tenía, en igual sentido, en cuanto a los seguros previsionales, indica que fueron dineros que se destinaron a un tercero que se denomina Aseguradora para el cubrimiento de las contingencias de invalidez y muerte, de los cuales también se benefició el demandante durante el tiempo en que duró afiliado en Porvenir. Resaltó que son sumas que ya no están en su patrimonio y que por ende no se pueden retrotraer. Por último, solicita se revoque la condena en costas por concepto de \$2'000.000 dado que siempre ha obrado de buena fe, acorde con la normatividad vigente y acatando los mandatos legales con relación a este tema.

Apoderada de Skandia S.A.: interpone recurso de apelación de manera parcial en lo referente a la devolución de los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales, la indexación y no dar por probadas las excepciones formuladas de prescripción y compensación. Funda su recurso en el Decreto 3995 del año 2008 en su artículo 7, el cual señala de manera expresa cuáles son esos emolumentos que deben trasladarse en el momento en que opera un traslado de recursos entre regímenes del Sistema General de Pensiones, encontrando que dicha norma no señala que deba recaer sobre los gastos de administración y las primas a los cuales fue condenada. El artículo 20 de la Ley 100 de 1993, ha determinado de manera específica cual es la destinación de este 3% de gastos de administración y bien se determina que parte de ello es para darle una utilización adecuada para la correcta y eficiente administración de la cuenta de ahorro individual del actor, y señala frente a las primas de seguros previsionales, que son rubros que fueron trasladados o pagados oportunamente a las Aseguradoras respectivas para cubrir las posibles contingencias ya sea por invalidez o muerte, y por ende la entidad ya no cuenta con estos.

Frente a la indexación, aduce que sería admitir que se genere dos sanciones por el mismo hecho, pues ya se ordenó la devolución o el traslado hacia Colpensiones de unos rendimientos, se compensaría la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado, con el capital del afiliado. Indica que esta tesis ha sido acogida favorablemente por el Tribunal Superior de Cali en varias de sus sentencias. Considera entonces que si opera la compensación respecto a esto último, además señala que no comparte los argumentos referentes a no dar por probada la figura de la prescripción, pues esta solicitud la hace frente a los gastos de administración y sobre las primas de seguros previsionales, dado que los gastos de administración son emolumentos de orden económico, periódico y que no están destinados para cubrir la pensión de vejez de la parte demandante, en consecuencia, dichos gastos de administración son derechos crediticios, y al serlo cabe la figura de la prescripción, y solicita se extienda también a las primas de seguros previsionales en

cuanto al artículo 1081 del Código de Comercio, el cual indica que las acciones que se derivan de los contratos de seguros prescriben en 2 años.

Apoderada de Colpensiones: inconforme con la decisión de instancia, sustenta su recurso de apelación aduciendo que el engaño invocado por la parte actora no se encuentra válidamente acreditado ni con el soporte probatorio documental ni con el interrogatorio brindado, por lo que la ineficacia del traslado invocada carece de viabilidad y tomar una decisión de dicha magnitud contravía principios legales y constitucionales como la seguridad jurídica y el debido proceso, por otro lado, sostiene que lo que motivó este proceso es el beneficio económico que se puede obtener en el RPM al momento de pensionarse, lo que no es un fundamento legal para declarar la ineficacia del traslado al RAIS, toda vez que el demandante por voluntad propia sin circunstancias que invalidaran su actuar fue quien decidió realizar el traslado, situación que no tiene por qué ser asumida por Colpensiones, no siendo procedente que después de un vasto interregno de tiempo se funde la pretensión en el desconocimiento de las directrices del RAIS. No es posible verificar las intenciones que avocan en el acto de afiliación solo con el análisis del documento físico, supuesto que reafirma el conocimiento y consentimiento de pertenecer al RAIS, máxime cuando se trasladó entre 3 administradoras de dicho régimen. De otro lado, señala que no es concebible que al momento de afiliarse los asesores hubieran tenido la posibilidad de establecer cuáles serían los IBC del afiliado a futuro para indicarle el IBL más favorable, la parte demandante no puede ahora predicar que ante su decisión desacertada se pueda atribuir el error y la culpa a las demandadas por no brindarle una asesoría adecuada, más aún pretendiendo que Colpensiones deba asumir una responsabilidad por tal hecho. En caso de confirmar la decisión de primera instancia, solicita se confirme la decisión en cuanto a que los fondos privados deben devolver todos los rubros válidamente cotizados por el demandante, conceptos que deben ser debidamente indexados.

Por último, solicita sea revocada la condena en costas considerando que no debe tenerse de manera estricta lo reglado por el artículo 365 del Código General del Proceso, sino que además se deben analizar los hechos que dieron origen al proceso, si bien es cierto Colpensiones presentó oposición a las pretensiones de la demanda, fue vinculada como demandada al proceso. En ningún momento ha actuado de manera temeraria y siempre se ha atendido al principio de la buena fe, ha actuado acatando los lineamientos legales, concretamente lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo anterior, Colpensiones no podía recibir nuevamente al demandante al no reunir los requisitos establecidos en la ley y por otro lado, argumenta que en cuanto a las pretensiones principales de la demanda, estas iban dirigidas a los fondos privados y Colpensiones no tiene la facultad para declarar una ineficacia de traslado, razón por la cual es un sujeto ajeno al que generó el litigio.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Una vez concedido el término para alegar de conclusión en esta sede, la parte demandante, Skandia S.A., Colpensiones y Porvenir S.A. lo recorrieron oportunamente, mientras que Protección S.A. se abstuvo de pronunciarse.

La **parte demandante**⁷ solicita se confirme la decisión de primera instancia, dejando al arbitrio del Tribunal lo referente a las cuotas de administración. Indica que los fondos privados de pensión tienen el deber de informar al afiliado antes de que él tome una decisión, para que esta sea tomada con base a información cierta y objetiva, lo cual no se hizo por parte de los fondos privados que intervinieron y en especial por las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A. Tiene derecho a ser informado tanto de los aspectos positivos como de los negativos. Para efectos de verificar que fue debidamente informado no es suficiente que haya firmado su consentimiento de traslado en el respectivo formulario, pues un simple formato, firmado en letra pequeña, no prueba que haya recibido información debida, veraz y completa, en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia. Solicita que se mantenga el principio de la inversión de la carga de la prueba en su favor; la carga de la prueba queda en cabeza del fondo de pensiones de manera que le corresponde probar que el afiliado, previo a dar su consentimiento para el traslado, recibió información cierta y comprensible. Afirma por último que del interrogatorio de parte quedó demostrado la omisión del deber de información y la inexistencia de asesoría al demandante.

Skandia S.A.⁸ se ratifica íntegramente en lo que expuso en su recurso de apelación, solicitando se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, específicamente en cuanto a la devolución a Colpensiones de los valores descontados a la demandante por concepto de gastos de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes debidamente indexados.

Colpensiones⁹ refirió que era menester de la parte demandante ejercer el despliegue probatorio atinente a demostrar insuficiencia en la información por parte de la AFP, aspecto que en modo alguno logra satisfacerse únicamente con la declaración de parte, lo que deriva en la asunción del riesgo de no haber probado. La inercia probatoria no debe privilegiarse bajo el argumento de que cualquier manifestación concerniente a no haber recibido información corresponde a negación indefinida, pues no es así, toda vez que se trata de hechos concretos, limitados en el tiempo, modo y lugar, elementos que además se encuentran en el formulario de afiliación. Aduce además, que el traslado entre regímenes pensionales encontrándose el afiliado a diez años o menos de la edad mínima pensional, solo se encuentra autorizado para los beneficiarios de régimen de transición, que accedieron a este por medio del tiempo de servicio o cotizaciones, por lo que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional del actor que presenta características diferentes a las dispuestas por la Corte Constitucional en sentencias como la C-789 de 2002, y SU-062 de 2010, pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema, a la par que pondría en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. En cuanto a la devolución de aportes y la condena en costas, reitera lo expuesto en su recurso de apelación.

⁷ 02SegundaInstancia; 04AlegatosDemandante1120190644.pdf

⁸ 02SegundaInstancia; 05AlegatosSkandia1120190644.pdf

⁹ 02SegundaInstancia; 06AlegatosSustitucionColpensiones1120190644.pdf

Porvenir S.A.¹⁰ ratifica íntegramente lo expuesto en su recurso de apelación y contestación a la demanda, solicitando se revoque la sentencia proferida por el Juez de primera instancia.

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 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.

Hechos relevantes probados documentalmente

José Ricardo Cortes Sánchez nació el 15 de octubre de 1958¹¹. Inicialmente se afilió al extinto ISS el 21 de agosto de 1987¹². El 23 de marzo de 1995¹³ suscribió traslado con destino a Porvenir S.A., el 5 de octubre de 1995¹⁴ suscribió traslado con destino a Colmena S.A. -hoy Protección S.A.-, y posteriormente, el 15 de julio de 2003¹⁵ suscribió traslado con destino a Skandia S.A. Para el 23 de julio de 2019¹⁶ contaba con 1,056 semanas cotizadas al RAIS, y 676 semanas cotizadas al RPM. En septiembre de 2019 solicitó ante las demandadas la declaratoria de ineficacia de su afiliación al RAIS¹⁷, petición que fue negada por las tres entidades, por su parte Skandia S.A. indicó que firmó el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones¹⁸; Porvenir S.A. adujo que su traslado se realizó como un acto voluntario y en cumplimiento a las disposiciones legales para ello¹⁹; Protección S.A. advirtió no ser la entidad competente para declarar la ineficacia²⁰, y finalmente Colpensiones manifestó que su traslado al RAIS fue realizado en ejercicio de su derecho a la libre elección de régimen²¹.

¹⁰ 02SegundaInstancia; 07AlegatosPorvenir1120190644.pdf

¹¹ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 21

¹² 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 32-36. Fecha extraída de la historia laboral aportada por Colpensiones, no se aportó formulario de solicitud de afiliación.

¹³ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 78

¹⁴ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 74

¹⁵ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 61

¹⁶ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 90

¹⁷ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 43-54

¹⁸ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 58-60

¹⁹ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 75-77

²⁰ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 72-73

²¹ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 55-57

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, 335²² y demás normas concordantes de la Constitución Política;
- ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1²³, 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 1994²⁴; 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 expresas²⁵ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994²⁶.

Adicionalmente es pertinente hacer un breve recuento de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que estructura el tema, y está contenida en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2877, SL4811 de 2020, y SL1217, SL782 de 2021, basada en la necesidad de determinar si en cada asunto concreto, la AFP receptora de la afiliación satisfizo tanto para ese momento, como durante la vigencia de la relación con quien demanda la ineficacia, la obligación consagrada en el numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP desde su creación, de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para*

²² 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.

²³ 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.”*

²⁴ 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

²⁵ **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”.**

²⁶ 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.

lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen”. No pudiéndose predicar como sostiene la pasiva, ni la Superintendencia Financiera que, la existencia del deber de asesoría, solo se originó desde la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

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, ni siquiera recibió asesoría previa al traslado de régimen pensional.

Tampoco son admisibles los argumentos expresados por la pasiva, en cuanto a que al momento del traslado, éste obedeció a una decisión espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley; se satisfizo el deber de información en los términos exigidos para entonces; situación que tampoco acreditó, limitándose a afirmar que así había ocurrido. El que asevere que 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 1995 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 carga de la prueba, con este 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 se evidencia que José Ricardo Cortes Sánchez nació el 15 de octubre de 1958²⁷, 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 36 años y no tenía 15 o más años de servicios y/o cotizaciones, por tanto, no fue beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El 23 de marzo de 1995²⁸ suscribió traslado con destino a Porvenir S.A., el 5 de octubre de 1995²⁹ suscribió traslado con destino a Protección S.A., y posteriormente, el 15 de julio de 2003³⁰ suscribió traslado con destino a Skandia S.A. En septiembre de 2019 solicitó ante las demandadas la declaratoria de ineficacia de su afiliación al RAIS³¹, petición que fue negada por las tres entidades, por su parte Skandia S.A. indicó que firmó el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones³²; Porvenir S.A. adujo que su traslado se realizó como un acto voluntario y en cumplimiento a las disposiciones legales para ello³³; Protección S.A. advirtió no ser la entidad competente para declarar la ineficacia³⁴, y finalmente Colpensiones manifestó que su traslado al RAIS fue realizado en ejercicio de su derecho a la libre elección de régimen³⁵.

En el sub iudice, 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 se afilió a la AFP Porvenir S.A., en virtud de una asesoría que recibió en una reunión de grupo cuando se encontraba laborando para la Corporación de Ahorro y Vivienda las Villas, y que duró alrededor de 10 minutos, no le

²⁷ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 21

²⁸ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 78

²⁹ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 74

³⁰ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 61

³¹ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 43-54

³² 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 58-60

³³ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 75-77

³⁴ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 72-73

³⁵ 01PrimeraInstancia; 003ExpedienteDigital.PDF, pág. 55-57

dieron ninguna información, solo le indicaron que el ISS se iba a acabar, y luego le pidieron suscribir un documento, no le explicaron las diferencias entre ambos regímenes, ni le informaron sobre los aportes, rendimientos, ni los requisitos para acceder a la pensión; sobre su posterior migración a Protección S.A., fue en un cambio de empleo, un funcionario le dijo que allí iba a generar más rendimientos, la asesoría para trasladarse duró muy poco, no le permitieron hacer preguntas diciéndole que el único beneficiado sería él. Por último, se trasladó en el 2013 al fondo Skandia S.A. donde le prometieron que allí estaría más seguro, tendría más rendimientos, tendría una excelente calidad de vida, y se podría pensionar en el tiempo que quisiera y a la edad que quisiera, además, fue en un tiempo en que todos los fondos aparentemente empezaron a quebrar o fusionarse.

Porvenir S.A., no aportó documental donde se plasme la asesoría que dicen haber brindado al señor Cortes Sánchez, en momento anterior a la suscripción del formulario de afiliación; siendo esta AFP quien se encargó de tramitar el traslado de régimen pensional, es la llamada a demostrar que ese traslado de régimen no se vio afectado en su eficacia al suministrar la información suficiente, clara, completa al entonces potencial afiliado, pero se abstuvo de presentar prueba documental en ese sentido.

En este caso, la pasiva 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 de 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 de convicción en el plenario distintos de los formularios de afiliación en éstas, sobre los cuales las demandadas adujeron que, estando suscritos por el demandante, quien lo hizo de manera libre y voluntaria, no es dable restarle valor y menos desconocer este acto; sin embargo, en este sentido, las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

conforme al **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado recae en quien debió emplearlo y, ello no se satisface solo con allegar documentos previamente elaborados en los que se limita a llenar espacios en blanco, que suscriben las partes, sino con la evidencia real de que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre, y que la asesoría brindada fue suficiente para la persona. Lo cual, es acorde con lo normado en **los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994**, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, según los cuales, no se trata sólo de completar un formato, ni adherir a una cláusula genérica, sino de haber transmitido elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, sea que estuviere o no la persona en transición.

Los considerandos de esta providencia también sustentan 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, SL28772020, 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**³⁶³⁷, donde una de las Salas de Descongestión de la CSJ., expuso la tesis de los llamados “actos de relacionamiento,” que valga anotar, había formulado la Sala de Casación Laboral permanente en la SL413-2018, en un proceso donde se debatía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, y fue necesario analizar la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional, por cuanto no resultaba diáfano a cuál de los regímenes pertenecía, litigio notoriamente ajeno a los asuntos de ineficacia de traslado de régimen pensional.

Conforme al precedente en cita, acogido por esta Sala, el incumplimiento de las mencionadas obligaciones de información por parte de Porvenir S.A., vulneradora de

³⁶ por la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral

37 . 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.

la libre y voluntaria selección de régimen prevista en el literal b del Artículo 13 de la ley 100 de 1993³⁸ 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 SL4360 de 2019**, concluyendo en que: “la sanción impuesta en el artículo 271³⁹ de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado”, lo cual, da lugar a garantizar el derecho del accionante a retornar 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.

³⁸ **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.

³⁹ 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 Salud⁴⁰ 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.

Bajo las referidas premisas, se **confirmarán, modificarán y adicionarán** las órdenes impartidas a **Skandia S.A. -AFP a la que actualmente se encuentra afiliado el actor-** 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 también Skandia S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A., deben trasladar a la referida AFP del RPM, las cuotas de administración, el dinero con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de las aseguradoras**, por ellas descontadas durante el periodo de afiliación 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 del 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 de la hoy demandante, como anteriormente se explicó.

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

Pero, retomando el punto, y por las mismas razones expuestas en este acápite, considerando el precedente de la Sala de Casación Laboral⁴⁰ contenido en sentencias

⁴⁰ 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 Civil⁴⁰, 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

SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021, esta Sala ha precisado que las cuotas de administración y los descuentos del seguro previsional, descontadas por las AFP del RAIS durante el periodo de afiliación de hoy demandante en ella, **se deben trasladar debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**, 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 las AFPs. sin trasladar consecuencias negativas al actor.

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

III. EXCEPCIONES

Se estudian, además, las excepciones formuladas por la pasiva, las cuales quedan implícitamente resueltas, por haberse causado lo pretendido en la demanda.

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

Para resolver **lo sostenido por Skandia 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

materia, ordenando a Protección 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.

de tal declaratoria, como aquel destinado a obtener el derecho pensional o los conceptos que se ordenó devolver al RPM. No procede la compensación deprecada, por cuanto se deben retornar la totalidad del capital y rendimientos que este produjo durante la afiliación al RAIS, y se precisó que la indexación opera sobre conceptos diferentes de los dos anteriores, modificándose de esta manera la redacción de la decisión del Aquo.

IV. COSTAS

Para resolver lo apelado por Porvenir S.A. y Colpensiones en torno a la condena en costas, ha de indicarse en primer lugar que **la condena impuesta a COLPENSIONES en la primera instancia, deviene infundada** si se considera que en este proceso se analizaron los efectos del traslado realizado por el pretensor al fondo privado, obligando vincular al fondo público para hacerle oponible la declaración de ineficacia del traslado, la continuidad de afiliación en el RPM, administrado por este, y la obligación de recibir del RAIS los dineros que se ordena entregar, razón por la que prospera lo apelado por Colpensiones, para así **revocar** en este aspecto la decisión del Aquo, y en su lugar exonerar a COLPENSIONES de las costas impuestas.

Ahora, **la condena impuesta a Porvenir S.A. resulta imperativa** dada su omisión al deber de asesoría en el acto jurídico de traslado de régimen pensional del actor, lo que conllevó a que en el presente proceso se declarará la ineficacia de traslado efectuado desde el RPM al RAIS, resultando por tanto vencida en juicio, resultando acertado la condena impuesta en primera instancia a su cargo, por tanto, se **confirmará** dicho aspecto.

Finalmente, las costas en esta instancia estarán a cargo de Porvenir S.A. y Skandia S.A., por haber resultado vencidas en sus recursos. Se fija agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para 2023 (1SMLMV), en un 50% a cargo de cada una y en favor del demandante. Se exonera de este concepto a Colpensiones por haber prosperado parcialmente su recurso.

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 Once Laboral del Circuito de Medellín el 2 de diciembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por JOSÉ RICARDO CORTES SÁNCHEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., **modificándola y adicionándola**, en el sentido en que esta última AFP:

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

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

El cumplimiento de lo ordenado será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con las AFPs del RAIS.

Se ordena a COLPENSIONES recibir de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. los valores 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.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **SEXTO** de la referida providencia, en el sentido de absolver de costas a Colpensiones, en lo demás se confirma.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Skandia S.A., por haber resultado vencidas en sus recursos. Agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para 2023 (1SMLMV), en un 50% a cargo de cada una y en favor del demandante.

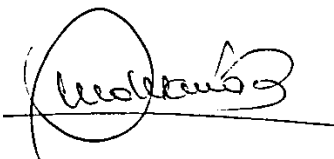
Notifíquese lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Las Magistradas,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

LILIANA MARIA CASTAÑEDA DUQUE
(En ausencia justificada)