

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO-La falta de información y asesoría adecuada lleva a la declaratoria de ineficacia del traslado. La sentencia que ordena a la AFP trasladar a Colpensiones todos los valores correspondientes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo cotizaciones y rendimientos financieros, debe excluir las primas de seguros, gastos de administración y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

HECHOS: La demandante pretende que solicitó declarar la ineficacia del traslado de su régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), ordenar su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) administrado por Colpensiones y ordenar a Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos por la afiliación, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, cuotas de administración y deducciones, con sus respectivos intereses. El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia del traslado al RAIS y ordenó a Protección S.A. trasladar a Colpensiones los valores correspondientes en la cuenta de ahorro individual de la demandante. El problema jurídico consiste en definir: i) ¿Si operó la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional efectuado por el extremo litigioso por activa a la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad convalidada a juicio?, y de ser así, ii) ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la ineficacia del traslado? iii) ¿Si la reasesoría brindada por la AFP demandada convalida la falta de información en el traslado prístino de régimen pensional? Y iv) ¿Si opera el fenómeno de la prescripción en la declaratoria de ineficacia del traslado?

TESIS: (...) Para resolver de fondo la Litis, sea lo primero señalar que este juzgador plural viene acogiendo el criterio jurisprudencial sostenido antaño por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y desarrollado desde el año 2008 con la sentencia de radicado n.º 31989 del 9 de septiembre de 2008 hasta la reciente sentencia SL509-2024, línea jurisprudencial en la que se haya el precedente judicial por seguir, de donde se desprende lo siguiente: i) que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación (SL2777-2022); ii) que la suscripción del formulario de afiliación es insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado (SL1452-2019, SL1688- 2019); iii) que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor del afiliado como parte débil de la relación jurídica contractual (SL2777-2022), y que, iv) el alcance de la jurisprudencia laboral citada, permite aplicarla a todos los eventos de traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho de la persona afiliada esté consolidado, sea beneficiaria del régimen de transición, o esté próxima o no a pensionarse (SL4205-2022).(...) Ahora, la Corte Constitucional en sentencia SU-107 del 09 de abril de 2024 modula el precedente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad por deficiencias en la información brindada entre los años de 1993 y 2009(...) Conforme los anteriores lineamientos legales y jurisprudenciales, tenemos que, en lo concerniente a la afiliación inicial, únicamente se allegó el correspondiente formulario de afiliación y traslado al RAIS suscrito por la actora y la representante comercial de la AFP (Fol. 37 archivo No 11). En ese contexto, del formulario de afiliación en comento no se desprende que de manera documentada se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto no basta explicar los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas previo al momento de efectuarse la afiliación y traslado del régimen pensional. Allende de lo dicho, en lo que respecta al formulario de afiliación, debe señalar la Sala que, tal

circunstancia deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegarse un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que indica la Superintendencia Financiera de Colombia, sino que se requiere acreditar la efectiva asesoría integral brindada en la antesala del traslado de régimen(...)no obstante lo anterior, de acuerdo con la regla general del artículo 167 del CGP atinente a la carga de la prueba, dicho extremo pasivo no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el ejecutivo de servicios que atendió a la litigiosa por activa cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, pues por lo contrario, la falta de soporte documental o archivo de la historia laboral de que trata el artículo 38 del Decreto 692 de 1994 permite inferir que, el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales atrás vertidos, sin que resulten suficientes las manifestaciones ambiguas y generalizadas hechas por el extremo litigioso activo en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las referidas a que la reclamante haya permanecido afiliada en el RAIS, en tanto el deber de brindar tal información privilegiada corresponde ope legis a la AFP.(...) Al final, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003, misma que no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para arribar a la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010, como quiera que no estamos enfrente de una solicitud de traslado sino de ineficacia del mismo.(...) ante la divergencia de criterio frente a algunos aspectos alusivos a las connotaciones jurídicas de la ineficacia del traslado, y atendiendo a los efectos “inter pares” que el numeral ordinal octavo del decisorio de la mentada sentencia -SU107 de 2024- extiende a todas las demandas que estén en curso ante la jurisdicción ordinaria laboral, se considera pertinente armonizar la presente decisión a las reglas de unificación referidas en tal providencia, esto es, si bien se sigue la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en torno de la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional al RAIS por razón de la falta de consentimiento informado, lo cierto es que, de conformidad con dicho numeral 327 de la sentencia SU107 de 2024, tales premisas jurisprudenciales resultan irreconciliables con la orden de devolución indexada de los rubros de gastos o comisiones de administración, primas previsionales y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

MP. VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

FECHA: 13/12/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ÁNGELA PATRICIA LEÓN FONSECA
Demandados: COLPENSIONES Y OTROS
Procedencia: JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA n.º 226
Radicado n.º: 05001-31-05-009-2023-00191-01 (O2-24-394)

En Medellín, a los trece (13) días del mes de diciembre de dos mil veinticuatro (2024), en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022 y en consonancia con el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados **CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES (impedido)**, **MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ**, y **VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como magistrado sustanciador, procede a decidir el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario instaurado por **ÁNGELA PATRICIA LEÓN FONSECA** en contra de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**, con radicado n.º 05001-31-05-009-2023-00191-01 (O2-24-394).

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue puesto a consideración de la Sala, y estando debidamente aprobado, se procede a dictar la sentencia que en derecho corresponda.

1. ANTECEDENTES

1.1 Demanda. Mediante poderhabiente judicial, la señora **ÁNGELA PATRICIA LEÓN FONSECA** pretende que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al RAIS, y como consecuencia de ello, se ordene su retorno al RPMPD administrado por Colpensiones como afiliada; que se ordene a Protección S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, cuotas de administración, deducciones realizadas, con sus respectivos frutos e intereses, en la forma determinada por el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los respectivos rendimientos que se hubieren causado, y de forma sucesoria, deprecia la indemnización de perjuicios que sufrió por cuenta del traslado al RAIS junto con los intereses moratorios; y en todo caso, se ordene el pago de las costas procesales al extremo pasivo de la relación procesal.

Como sustento fáctico del *petitum* sostuvo que nació el 19 de junio de 1963; que se afilió al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. el 12-jul-1999, entidad en donde continúa efectuando aportaciones. Acotó literalmente que: “(...) [I]a AFP PROTECCIÓN no le suministró a mi mandante información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al momento de la vinculación, cuyo fundamento no fue otro que las omisiones, engaños y falsas informaciones entregadas por dicha AFP a través su asesora, sin el pertinente análisis de sus condiciones particulares, sin informarle los pormenores acerca de la existencia, funcionamiento y características de los dos sistemas pensionales para ese entonces vigentes, a saber, el RAIS y el RPMPD, y mucho menos entregarle una proyección comparativa del comportamiento que podría a tener su mesada pensional con la afiliación en este régimen”. Enfatizó que, la litigiosa por pasiva “(...) no entregó información correcta y cierta, en cuanto a las condiciones verdaderas de acceder a su pensión en ambos regímenes y en cuanto a la limitante de la edad para su regreso al RPM, mucho menos le indicó las consecuencias reales de alcanzar su pensión con ellos, o de una pensión mayor como afiliada al RPM”.

Enfatizó que, la prenotada AFP: “(...) NO le dio información verbal ni por escrito sobre las consecuencias, implicaciones y efectos legales y económicos del traslado de régimen - NO elaboró una proyección o cálculo de los posibles montos de la pensión a los que eventualmente tendría derecho la demandante en el RAIS y en el RPM, a fin de mostrarle a la futura afiliada la conveniencia del mismo - NO le explicó los aspectos básicos, características y diferencias, del RAIS y del RPM – NO le explicó las condiciones y restricciones para los traslados de régimen de pensión – NO le dio a conocer cuál era el capital mínimo para acceder a una pensión de vejez a cargo del fondo de pensiones”.

Finalmente, anotó que de haber recibido la información completa frente a las características del RAIS, no hubiera aceptado afiliarse a la AFP PROTECCIÓN S.A. (doc.02, carp.01).

1.2 Trámite de primera instancia y contestación de la demanda. La demanda fue admitida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 18 de mayo de 2023 (doc. 03, carp.01), con el cual ordenó su notificación y traslado a las partes accionadas.

1.2.1 Colpensiones: Una vez notificada, contestó la demanda a través de gestora judicial (doc. 05, carp.01), oportunidad en la cual se opuso a las pretensiones formuladas, con sustento en que no se encuentran acreditadas las circunstancias fácticas y jurídicas determinadas en la norma y la interpretación jurisprudencial para considerar como ineficaz la afiliación

efectuada por la parte actora al RAIS. A ello añadió que, en el caso de que se accedan a los pedimentos instados por la actora, deberá ordenarse en la sentencia la devolución del total de los aportes efectuados al régimen de ahorro individual conforme con las sentencias SL 3188 y 3949 de 2018 proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Como excepciones de fondo formuló las que rotuló improcedencia de la declaración de ineficacia de la afiliación de régimen, realizado por la demandante; falta de legitimación en la causa por pasiva; prescripción; buena fe de Colpensiones; imposibilidad de condena en costas y la genérica.

1.2.2 Protección S.A.: Una vez notificada dio contestación a la demanda a través de apoderada judicial el 16 de enero de 2024 (doc.11, carp.01), en la que se opuso a las pretensiones formuladas, argumentando que el acto de traslado entre regímenes pensionales es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Relievó que, a la promotora se le brindó una asesoría completa y comprensible al momento de realizar su afiliación, asesoría que se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento.

De manera subsiguiente, se opuso a la condena por comisión de administración, razonando que se trata de gastos ya causados durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera, y en ese norte, planteó las excepciones de mérito que nominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos 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 el 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; falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal; imposibilidad de declaratoria de ineficacia por ser vinculación inicial al RAIS; re-asesoría pensional con fundamento en la normatividad vigente como prueba de una debida asesoría, y la genérica.

1.3 Decisión de primer grado. El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 09 de julio de 2024 (doc. 181 págs. 1 a 3 con audiencia virtual archivo nro. 17), con la que la cognoscente de instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, condenando a la sociedad administradora PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la decisión,

el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la señora **ÁNGELA PATRICIA LEÓN FONSECA** con los correspondientes rendimientos financieros; advirtiendo que, al momento de cumplirse las órdenes impuestas, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes.

1.4 Apelación. La decisión fue opugnada en apelación por la co-demandada **PROTECCIÓN S.A.**, la que, en lo fundamental, deprecia la revocatoria de la decisión de primer grado, teniendo en cuenta que el presente asunto versa sobre la ineficacia de una selección inicial o afiliación al RAIS y no se cuestiona un traslado de régimen pensional. De manera similar, cuestionó el incumplimiento del deber de información que encontró probada la *a quo*, en tanto y en cuanto, si para la época en que se surtió el traslado de régimen pensional no existía obligación para las administradoras del RAIS elaborar una proyección pensional. Asimismo, la procuradora judicial de COLPENSIONES solicita se revoque la decisión adoptada por la juzgadora de primer nivel, en punto a que se revoquen parcialmente las órdenes dispensada, para en su lugar, se ordene a la AFP **PROTECCIÓN S.A.** devolver a las primas de seguros, los gastos de administración, y las sumas descontadas por concepto del porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima.

1.5 Trámite de Segunda Instancia. Los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta fueron admitidos por esta corporación el 21 de noviembre de 2024 (Doc. 03, pág. 01 a 02), y en el mismo auto se corrió traslado a las partes para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, presentaran alegatos de conclusión por escrito, de estimarlo del caso, siendo que los contendientes judiciales no efectuaron pronunciamiento alguno en oportunidad.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

2.1 Apelación sentencia, y principio de consonancia. Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** advirtiéndose que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del C.P.L. y S.S., el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada, al igual que se estudiará la providencia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública de seguridad social co-demandada, para lo cual se plantea el estudio de los siguientes:

2.2 Problemas jurídicos. El *quid* de la controversia se circunscribe en definir: **i) ¿Si operó la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional efectuado por el extremo**

litigioso por activa a la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad convidada a juicio?, y de ser así, **ii)** ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la ineficacia del traslado? **iii)** ¿Sí la reasesoría brindada por la AFP demandada convalida la falta de información en el traslado prístino de régimen pensional? Y **iv)** ¿Si opera el fenómeno de la prescripción en la declaratoria de ineficacia del traslado?

2.3 Tesis de la sala y solución a los problemas jurídicos planteados. El sentido del fallo de esta Corporación será **MODIFICATORIO**, en razón a que, si bien se sigue la tesis de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según la cual no se brindó la asesoría integral y cualificada que pregona el órgano de cierre, debiendo la AFP del RAIS acarrear con las consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia del traslado y, que en aplicación de la regla de decisión del numeral 327 señalada en la sentencia SU-107 de 2024 por la Corte Constitucional, se delineó la improcedencia de la devolución de las sumas descontadas para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, por seguros previsionales y por gastos o comisiones de administración junto con su indexación, es menester definir con precisión los conceptos por trasladar de parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES E.I.C.E. De manera similar, será **agregatorio** de la sentencia recurrida, en tanto que al momento del traslado deberán observarse los lineamientos fijados en la reglamentación expedida para el efecto, y **confirmatorio** en todo lo demás, de conformidad con los planteamientos que pasan a exponerse:

2.4 Hechos probados. En lo que interesa a la Litis, no es objeto de discusión los siguientes hechos, a saber, que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en tanto no cotizó ni acreditó haber prestado sus servicios personales en época anterior al 1º de abril de 1994 (fols.53 a 71, doc.11, carp,01); que se afilió el 12-jul-1999 a la AFP PROTECCIÓN S.A. fondo privado donde se encuentra actualmente (fols.53 a 71, doc.11, carp,01); y que en últimas, el 10 de enero de 2023 impetró ante COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, administradora que en oficio del 12-ene-2023 negó dicha petición (fols.113 a 114 archivo 02).

2.5 Precedente jurisprudencial sobre ineficacia del traslado de régimen pensional. Para resolver de fondo la Litis, sea lo primero señalar que este juzgador plural viene acogiendo el criterio jurisprudencial sostenido antaño por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y desarrollado desde el año 2008 con la sentencia de radicado n.º 31989 del 9 de septiembre de 2008 hasta la reciente sentencia SL509-2024, línea jurisprudencial en la que se haya el precedente judicial por seguir, de donde se desprende lo siguiente: **i)** que el deber de información a cargo de las administradoras de

fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación (SL2777-2022); *ii*) que la suscripción del formulario de afiliación es insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado (SL1452-2019, SL1688-2019); *iii*) que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor del afiliado como parte débil de la relación jurídica contractual (SL2777-2022), y que, *iv*) el alcance de la jurisprudencia laboral citada, permite aplicarla a todos los eventos de traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho de la persona afiliada esté consolidado, sea beneficiaria del régimen de transición, o esté próxima o no a pensionarse (SL4205-2022).

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999-, conviene recordar por la Sala que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1452 de 2019, reiterada en la SL1217-2021, identificó como etapas subsecuentes dentro de la evolución normativa con respecto del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, las que a continuación se detallan:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993. Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003. Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal.	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010.	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo.
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014. Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015. Circular Externa n. 016 de 2016.	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Ahora, la Corte Constitucional en sentencia SU-107 del 09 de abril de 2024 modula el precedente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en materia

probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad por deficiencias en la información brindada entre los años de 1993 y 2009, indicando que *“es sumamente importante no despojar al juez de su papel de director del proceso, de su autonomía judicial para decretar y practicar todas las pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes para analizar las pretensiones o las excepciones propuestas y de su facultad para, conforme a las reglas de la sana crítica, valorar las pruebas con el objeto de resolver los casos de ineficacia de traslados de los afiliados del RPM al RAIS”*.

Así las cosas, al observarse los lineamientos trazados por la Corte Constitucional vertidos en sus fallos más recientes, frente al *sub lite* se llegaría a la misma conclusión a la que arribó el juez de instancia, esto es, la procedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, en consideración a las siguientes razones de orden fáctico, jurídico y probatorio.

2.6 Reglas probatorias. Establece el artículo 167 del CGP, antes 177 del CPC, en claro desarrollo del postulado *“onus probandi”* que: *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. Al respecto, oportuno es, traer a colación la sentencia C-086/16, en la que la Corte Constitucional estudia el artículo 167 del CGP, y en la que hace las siguientes precisiones para efectos de concluir que la norma acusada está acorde a los mandatos constitucionales, así:

*“Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: ‘**onus probandi incumbit actori**’, al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; ‘**reus, in excipiendo, fit actor**’, el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, ‘**actore non probante, reus absolvitur**’, según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción” (Negrilla fuera del texto)*

La acreditación de los hechos (de acción o de excepción) es una carga procesal que bien puede ser asignada a las partes que los invocan. En efecto, sobre la base de que el ejercicio de cualquier derecho implica responsabilidades –el acceso a la administración de justicia es uno de ellos–, esta exigencia no es sino una manifestación concreta del deber general previsto en el artículo 95-7 de la Carta Política, de “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia. (...)

Además, tal exigencia no resulta desproporcionada precisamente porque el propio ordenamiento ha previsto algunas excepciones para aquellos eventos en los cuales la prueba es superflua (hechos notorios), o cuando una persona enfrenta serias dificultades para demostrar un hecho, por ejemplo por razones lógicas (afirmaciones y negaciones indefinidas), técnicas (cuando se requiere conocimientos

especializados), económicas (costo significativo) o incluso jurídicas (acceso restringido a la información), entre otras”.

Caso concreto. Conforme los anteriores lineamientos legales y jurisprudenciales, tenemos que, en lo concerniente a la afiliación inicial, únicamente se allegó el correspondiente formulario de afiliación y traslado al RAIS suscrito por la actora y la representante comercial de la AFP (Fol. 37 archivo No 11). En ese contexto, del formulario de afiliación en comento no se desprende que de manera documentada se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto no basta explicar los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas previo al momento de efectuarse la afiliación y traslado del régimen pensional.

Allende de lo dicho, en lo que respecta al formulario de afiliación, debe señalar la Sala que, tal circunstancia deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegarse un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que indica la Superintendencia Financiera de Colombia, sino que se requiere acreditar la efectiva asesoría integral brindada en la antesala del traslado de régimen, ilustrando a la persona interesada sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, apercibiendo al promotor del juicio de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debía efectuar aportes voluntarios adicionales o extraordinarios a los de ley; que para causar la pensión de vejez se debe contar con una suma dineraria mínima en la cuenta de ahorro individual; que la existencia de eventuales beneficiarios por sobrevivencia incrementa dicha suma mínima exigida, entre otras particularidades, puesto que *in fine* la asesoría no debe estar encaminada a persuadir a la persona afiliada con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe orientarse también a que el (a) afiliado (a) pueda lograr la prestación económica que mejor se acompañe con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

Debe destacarse que la AFP PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda refiere que “(...) *la parte demandante se le brindó a través del promotor de Protección una asesoría integral, clara, comprensible y objetiva sobre el Régimen de Ahorro Individual (RAIS) resaltando sus características principales y diferenciadoras, indicándole que el monto de su prestación económica sería variable al depender del monto de los aportes ahorrados a lo largo de su vida laboral y los rendimientos financieros que generaban los mismos, además de sus aportes voluntarios, sus beneficiarios, la existencia o no de un bono pensional y la*

regulación de la Superintendencia Financiera y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para liquidar la mesada pensional, realizándose comparativos generales entre uno y otro régimen, señalándole a su vez, que el RAIS es completamente diferente y excluyente respecto al RPM, sin que pueda hablarse de uno mejor que otro, ya que, esto depende de las circunstancias especiales de cada afiliado (...)” (Fols. 02 y 03, archivo No 11); no obstante lo anterior, de acuerdo con la regla general del artículo 167 del CGP atinente a la carga de la prueba, dicho extremo pasivo no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el ejecutivo de servicios que atendió a la litigiosa por activa cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, pues por lo contrario, la falta de soporte documental o archivo de la historia laboral de que trata el artículo 38 del Decreto 692 de 1994 permite inferir que, el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales atrás vertidos, sin que resulten suficientes las manifestaciones ambiguas y generalizadas hechas por el extremo litigioso activo en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las referidas a que la reclamante haya permanecido afiliada en el RAIS, en tanto el deber de brindar tal información privilegiada corresponde *ope legis* a la AFP.

En esa misma dirección, preciso es relieves por la Sala que para la fecha del traslado de régimen pensional la AFP estaba obligada a brindar la información detallada en cumplimiento de lo normado en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, lo que en palabras de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1217-2021, consiste en: *“ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*; mas nada de esto se logró acreditar por PROTECCIÓN S.A. en desarrollo de la actuación, pues al tratarse de una información con ribetes tan técnicos y especializados, le correspondía a tal entidad demostrar su ocurrencia, lo que en materia de carga probatoria nos sitúa frente a una modulación a la regla general prístina, esto es, que debía la AFP como demandada actuar bajo el postulado *‘reus, in excipiendo, fit actor’*, esto es, *“cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa”*.

Asimismo, nótese que la litigiosa por activa de la relación procesal al absolver el interrogatorio afirma que una vez ingresó a laborar a la institución de educación preescolar Los Cascanueces en el año 1999, le fue entregado el formulario de afiliación de la AFP PROTECCIÓN S.A. sin haber recibido ninguna asesoría por parte del ejecutivo de la administradora de fondos de pensiones, al paso de que, en la re-asesoría que recibió vía telefónica únicamente le informaron que, de permanecer en el RAIS, podría obtener una mesada pensional superior a la que accedería en el RPMPD y, sobre el punto, nada dijo la AFP demandada, es decir, ninguna probanza refleja que se le haya suministrado la debida información a la pretensora como lo asiente la litigiosa por pasiva en la contestación de la demanda, por lo que no puede pasar de soslayo la Sala que el deber de información únicamente se satisface con la evidencia de que la decisión del afiliado haya sido libre e informada, lo que no se logra acreditar por la AFP accionada, es decir, se afilió a la accionante sin explicarle cuáles eran las características puntuales y comparativas del RAIS y del RPMPD, ni las posibles desventajas de su traslado de régimen pensional.

Y aunque al plenario también fue incorporado el formulario de “Reasesoría Pensional Fondo de Pensiones Obligatorias Protección”, suscrito el 08-jun-2010 (Fol.38 archivo No 11); esta Sala ha sido del criterio de que los actos de relacionamiento posterior, como las re-asesorías, no convalidan la actuación viciada de ineficacia, aspecto sobre el que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tuvo la oportunidad de pronunciarse, en el sentido de indicar que “... este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones: (...) porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el (la) afiliado(a) requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información” (CSJ SL-1688 del 08-05-2019, radicado 68838; SL-2914 del 22-07-2020, radicado 83085; SL-5280 del 03-11-2021, radicado 85801).

Al final, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003, misma que no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para arribar a la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010, como quiera que no estamos enfrente de una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del mismo.

En síntesis, conforme el artículo 61 del C.P.T y de la S.S, el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y, por lo tanto, formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que sirven de norte para acometer adecuadamente la crítica de la prueba, atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes, por lo que colige la Sala que, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el 12 de julio de 1999 a la AFP PROTECCIÓN S.A. (doc. 11 pág. 37).

2.7 Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Ha de indicarse que bajo el supuesto de la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información en razón del simple paso del tiempo, el máximo tribunal de esta jurisdicción, entre otras sentencias, en la SL 1688-2019, delinea que el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no es razón suficiente para subsanar el incumplimiento en que incurrió la AFP al momento del traslado de régimen pensional, toda vez que la oportunidad del suministro de la información cualificada se juzga al momento del acto jurídico del traslado de régimen pensional y no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar la mejor y más beneficiosa decisión al amparo de sus intereses y expectativas, de la entrega de datos completos y claros bajo las variables de tiempo, suficiencia y completitud, con las que le sea posible ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por lo contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia de información requerida.

Aúnese a lo anterior que, la Corte Suprema de Justicia estudió la excepción de saneamiento de la nulidad relativa, precisando que el cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, excepto en lo relativo a las consecuencias prácticas, esto es, el restablecimiento del *statu quo*, indicando que: *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*.

Por otra parte, en lo que respecta a los actos de relacionamiento con las AFP, anota este colegiado que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, (SL4205-2022) ha tenido la oportunidad de pronunciarse frente a la tesis expuesta por la Sala de Descongestión Laboral de la misma Alta Corporación, según la cual los traslados entre AFP del RAIS constituyen actos de relacionamiento con vocación de permanencia y

conocimiento de causa, entrando a desconceptuarla, al precisar: *“la Corte no pasa por alto que Porvenir S.A. refirió que la Sala de descongestión de esta Corte en sentencia CSJ SL1061- 2021 señaló que si la persona presenta varios traslados horizontales ello supone la vocación de permanencia del afiliado y presupone que tiene cierto conocimiento respecto del RAIS; no obstante, cabe advertir que es la Sala de Casación Laboral permanente la única constitucionalmente facultada para unificar la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social”*.

Así las cosas, el paso del tiempo no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional, así como tampoco opera el saneamiento de la nulidad relativa, por lo que habrá de confirmarse la decisión de instancia en este tópico.

2.8 Traslado de las cotizaciones. A este respecto, es preciso indicar que tal devolución debe ceñirse a los términos del artículo 1746 del Código Civil, en consonancia a lo pregonado por la jurisprudencia del máximo tribunal de esta jurisdicción, en sentencias como las SL31898 de 2008, SL4989-2018 y SL1429-2019, al tiempo de que COLPENSIONES tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que el hecho de que dicha entidad sea un tercero frente a la inobservancia del consentimiento informado, la imposibilite para recibir los aportes, por la simple y llana razón de que esta entidad administra el régimen de prima media con prestación definida, y atendiendo a que de conformidad con el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 los dos regímenes de pensiones si bien coexisten son excluyentes; así que, una vez declarada la ineficacia del traslado en el RAIS, consiguientemente, la AFP deberá devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la demandante, al margen de si esta estuvo afiliada al ISS con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

En el anterior contexto, la Sala estima oportuno resaltar las prédicas de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en la sentencia SL2877-2020, en la que se recapitulan las implicaciones y consecuencias de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, de la cual se extrae que la devolución de los conceptos ordenados **i)** *“debe ser plena y con efectos retroactivos”*, incluyendo **ii)** *además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones **debidamente indexados** durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima”* (Decreto 3995 de 2008 artículo 7, Sentencia SU-062 de 2010), y que en tratándose de traslados horizontales en donde se involucran varias AFP, éstas deben asumir la

devolución de dichos conceptos durante cada uno de los periodos de afiliación, y *iii)* “sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional”

Ahora bien, sobre esta específica temática también se pronunció la Corte Constitucional en la reciente sentencia SU-107 del 09 de abril de 2024, en la que razonó:

“En suma, ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional”.

(...)

y, (iii) en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada (supra 298 y ss).

Así pues, ante la divergencia de criterio frente a algunos aspectos alusivos a las connotaciones jurídicas de la ineficacia del traslado, y atendiendo a los efectos “*inter pares*” que el numeral ordinal octavo del *decisum* de la mentada sentencia -SU107 de 2024- extiende a todas las demandas que estén en curso ante la jurisdicción ordinaria laboral, se considera pertinente armonizar la presente decisión a las reglas de unificación referidas en tal providencia, esto es, si bien se sigue la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en torno de la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional al RAIS por razón de la falta de consentimiento informado, lo cierto es que, de conformidad con dicho numeral 327 de la sentencia SU107 de 2024, tales premisas jurisprudenciales resultan irreconciliables con la orden de devolución indexada de los rubros de gastos o comisiones de administración, primas previsionales y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

No constituye lo anterior ningún óbice para declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, a la vez de ordenarse la vinculación formal de la actora al RPMPD a través de COLPENSIONES, hacia lo cual la actora focaliza su interés, conforme con las directrices del

artículo 2.2.2.1.8 del Decreto 790 de 2021¹ para garantizar la continuidad de sus derechos ante la seguridad social, junto el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y eventualmente el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, obligación que recae en la AFP PROTECCIÓN S.A., en donde se encuentra actualmente afiliada la pretensora.

Frente al término en que debe proceder PROTECCIÓN S.A. a devolver los aludidos conceptos, se precisará de igual modo que tal orden deberá materializarse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, atendiendo al término señalado en el inciso 3 del artículo 16 del Decreto 692 de 1994, como con acierto se determinó en sede de primer nivel. Así mismo, se señalará que las devoluciones en mención deberán cumplirse siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016.

2.9 Excepción de prescripción. En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, se memora que *“la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360- 2019 y CSJ SL373-2021).”* (SL3871-2021), a más de que esta Sala ha sido del iterativo criterio que en esta clase de procesos, las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia hacen imperativo el traslado de las aportaciones de manera integral, y al tratarse de un asunto íntimamente ligado con la materialización del derecho a la pensión de vejez, de naturaleza imprescriptible, unívoco tratamiento ha de reconocérsele (SL361-2019).

2.10 Costas. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del CGP, y en atención a que el recurso formulado por la AFP PROTECCIÓN S.A. no alcanzó prosperidad, a su cargo se impondrán las costas, en atención a lo dispuesto en el artículo 366 del CGP. Por tanto, con arreglo al Acuerdo PSAA 16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho para la segunda instancia y en favor de la señora ÁNGELA PATRICIA LEÓN FONSECA, la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, vale decir, \$ 1.300.000. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, en la medida en que, a pesar de que interpuso recurso de alzada, la

¹ **Decreto 790 de 2021, artículo 2.2.2.1.8.** Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de este para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar. **La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en el Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado.** Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por cualquier medio verificable, sea escrito o electrónico al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que este efectúe las cotizaciones a que haya lugar. Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

sentencia se revisó en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor del mismo ente de seguridad social. Las de primera instancia se confirman pues la AFP del RAIS ejerció férrea oposición en punto a que se desestimen las pretensiones de la demanda, siendo la parte vencida en el proceso, en consonancia a lo dispuesto en el artículo 365 *ejusdem*.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, Sala Cuarta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia materia de apelación y consulta proferida el 30 de octubre de 2024 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, de la siguiente manera:

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN SA el traslado con destino a COLPENSIONES y a esta a recibir todos los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de ÁNGELA PATRICIA LEÓN FONSECA tales como cotizaciones, los rendimientos que se hubieren causado y los bonos pensionales si han sido efectivamente pagados, lo que deberá realizar dentro de 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia atendiendo al término señalado en el inciso 3 del artículo 16 del Decreto 692 de 1994, para lo cual la historia laboral deberá enviarse corregida y actualizada.

Parágrafo: Advertir que las devoluciones en mención deberán realizarse siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016”.

TERCERO: CONFIRMAR, en todo lo demás, la sentencia materia de apelación y consulta.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A., fijándose como agencias en derecho para la segunda instancia y en favor del extremo activo el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, esto es, \$ 1.300.000. Las costas de primera instancia se confirman.

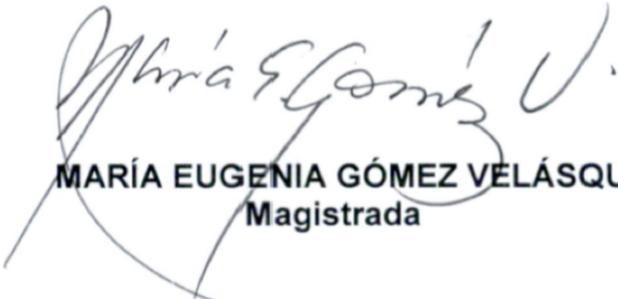
Lo resuelto se notifica mediante **EDICTO**, acogiendo el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, vertido en la providencia AL2550-2021 del 23 de junio de 2021, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Déjese copia digital de lo decidido en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

Se declara así surtido el presente acto y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente


MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ
Magistrada

(Sin firma por impedimento)

CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES
Magistrado