

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO- El afiliado requiere que para tomar la decisión de trasladarse de régimen, el asesor le suministre información que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad y ello equivale a la ausencia de información./

HECHOS: JUAN DAVID TORO VILLEGAS 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 afiliado; que se ordene a Protección S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dineros, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales recibidas. El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 11 de septiembre de 2024, con la que el cognoscente de instancia declaró la ineficacia del traslado del 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. 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) ¿Si la re-asesoría brindada por la AFP demandada convalida la falta de información del traslado prístino de régimen pensional?, y en últimas, 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).(...) Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2003-, conviene rememorar por la Sala que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1452 de 2019, reiterada en la SL1217-2021, identificó como etapas subsecuentes de la evolución normativa respecto del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones.(...) Así las cosas, al ponderarse 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.(...) 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.(...) 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 el actor y el representante comercial de la AFP, (...). En ese contexto,

del formulario de afiliación prenotado 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.(...)Al final, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el 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.(...)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 decim 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.(...)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(...), 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).

MP:VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

FECHA: 25/10/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JUAN DAVID TORO VILLEGAS
Demandados: COLPENSIONES Y OTRO
Procedencia: JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA n.º 186
Radicado n.º: 05001-31-05-014-2023-00357-01 (O2-24-316)

En Medellín, a los veinticinco (25) días del mes de octubre 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**, **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 **JUAN DAVID TORO VILLEGAS** en contra de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**, con radicado n.º 05001-31-05-014-2023-00357-01 (O2-24-316).

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 **JUAN DAVID TORO VILLEGAS** 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 afiliado; que se ordene a Protección S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dineros, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, cuotas y/o gastos de administración y los rendimientos causados y devengados, intereses, las comisiones de administración, seguros, reaseguros; y en últimas, que se condene a la administradora del RAIS al pago de los perjuicios morales y en costas procesales.

Como sustento fáctico del *petitum* sostuvo que nació el 28 de enero de 1962; que se vinculó y efectuó cotizaciones hasta el año de 2003 en favor del Instituto de Seguros Sociales, hoy transformado en Colpensiones, fecha en la que se trasladó al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., en donde continúa efectuando contribuciones. Acotó que, “(...) [l]os promotores o asesores del fondo privado no dieron explicación ni verbalmente ni por escrito al demandante de todas las características del Régimen de Prima de Media con Prestación Definida (...)”; a lo cual añadió que no se le presentó comparativo alguno entre los regímenes pensionales creados con la Ley 100 de 1993.

Puntualizó que “(...) [a]demás de omitir el deber de información que les asiste a las administradoras de fondos de pensiones, los asesores y/o promotores del fondo privado demandado engañaron al demandante, al afirmarle e informarle que, al trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad: a. la condición pensional sería mas(sic) beneficiosa estando en el RAIS que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; b. el Régimen de Prima Media con prestación definida, es decir, anteriormente el instituto de seguros sociales, ISS, hoy Colpensiones, se extinguiría, desaparecería; c. la conveniencia del trasladado al RAIS, debido a que la pensión de vejez tendría [un] monto mayor, en comparación con el Régimen de Prima Media; d. le afirmaron que sólo tenía que firmar un documento para hacer efectivo el traslado”; por lo que el 23 de agosto de 2023 petitionó su vinculación a COLPENSIONES E.I.C.E., entidad que negó lo pretendido (doc.03, carp.01).

1.2 Trámite de primera instancia y contestación de la demanda. La demanda fue admitida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 11 de septiembre de 2023 (doc. 04, 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. 08, carp.01), oportunidad en la cual se opuso a las pretensiones formuladas, con sustento en que no se adosó al diligenciamiento medio de convicción alguna que dé cuenta de que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error o configurado un vicio en el consentimiento. A ello añadió que, en el presente asunto no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 proferida por la Corte Constitucional. Como excepciones de fondo formuló las que rotuló errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

1.2.2 Protección S.A.: Una vez notificada dio contestación a la demanda a través de apoderada judicial el 08 de febrero de 2024 (doc.11, carp.01), en la que se opuso a las pretensiones formuladas, argumentando que el traslado del accionante al RAIS es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. A ello añadió que, en el caso particular del señor JUAN DAVID TORO VILLEGAS, no hubo insuficiencia en la información brindada al momento de su vinculación, sino que, por el contrario, se le explicó con claridad el funcionamiento del RAIS y sus implicaciones, remarcando que no están causando afectaciones injustificadas al derecho pensional del afiliado que impidan su acceso al mismo, porque en este régimen pensional también tendrá derecho a la prestación económica que corresponda, previo cumplimiento de las reglas consagradas en las disposiciones legales pertinentes.

De manera subsiguiente, se opuso a la condena por gastos de administración, razonando que en el hipotético evento que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS y se condene a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante a COLPENSIONES, únicamente será procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración del capital 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 legalmente es permitido a cualquier entidad financiera.

Propuso como excepciones de fondo las que postuló inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, 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, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y razonabilidad en la fijación de agencias en derecho.

1.3 Decisión de primer grado. El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 11 de septiembre de 2024 (doc. 18, pág. 1 a 10 con audiencia virtual archivo nro. 19), con la que el cognoscente de instancia declaró la ineficacia del traslado del 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 valor de los dineros hallados en la cuenta de ahorro individual del señor TORO VILLEGAS,

incluyendo para el efecto los rendimientos financieros, a partir del 01 de abril de 2003 e impartiendo absolucón por la pretensión de retornar los gastos de administración y todos sus componentes , como el pago de prima de seguros provisional y garantía de la pensión mínima. Finalmente, grav  en costas procesales a la AFP PROTECCIÓN S.A.

1.4 Apelación. La decisión fue opugnada en apelación por la co-demandada **COLPENSIONES E.I.C.E.** en punto a que se revoquen parcialmente las órdenes dispensadas por el cognoscente de primer nivel, para en su lugar, se ordene a la AFP PORVENIR 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, garantizando así la protección del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del SGSSP, como lo pregona la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

1.5 Trámite de Segunda Instancia. El recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta fueron admitidos por esta corporación el 12 de septiembre de 2024 (Doc. 02, 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 COLPENSIONES asent , en sustancial, que “(...) [e]n caso de que se declare la ineficacia por parte del Juez, este deberá asegurar la devolución íntegra de recursos al RPM de conformidad con el precedente de la Corte Suprema de Justicia, esto es: los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus respectivos rendimientos, y los porcentajes correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía pensión mínima, **DEBIDAMENTE INDEXADOS**”; insistiendo en la revocatoria parcial de la decisión confutada (doc.04, carp.01).

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 el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES E.I.C.E. 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 limitar  a los puntos de inconformidad materia de la alzada, al igual que se estudiar  la providencia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública de seguridad social enjuiciada, 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 re-asesoría brindada por la AFP demandada convalida la falta de información del traslado prístino de régimen pensional?, y en últimas, **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 pregonaba el órgano de cierre, debiendo la AFP del RAIS asumir las consecuencias 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 con su indexación, es imperioso entrar a precisar los conceptos por trasladar de parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES E.I.C.E. De manera similar, se adicionará la sentencia recurrida, en tanto que al momento del traslado deberán observarse los lineamientos fijados en la reglamentación expedida para el efecto, atendiendo a 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 el accionante venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida, desde el mes de diciembre de 1985 (archivo.GRP-SCH-HL-66554443332211_2633-20230928104828.pdf, págs.01 a 07, subcarp.20, carp.01); que no es beneficiario del régimen de transición por edad (archivo.GRP-SCH-HL-66554443332211_2633-20230928104828.pdf, págs.01 a 07, subcarp.20, carp.01); ni por tiempo de servicios (archivo.GRP-SCH-HL-66554443332211_2633-20230928104828.pdf, págs.01 a 07, subcarp.20, carp.01); que diligenció el formulario de traslado el 03 de febrero de 2003 a la AFP PROTECCIÓN S.A. (archivo No 11, pág.54), fondo privado donde se encuentra actualmente (archivo. 11 págs. 60 a 81; archivo 11, carp.01), y por remate, el día 23 de agosto de 2023 solicitó a COLPENSIONES E.I.C.E. su retorno al RPMPD, entidad oficial que en oficio de la misma fecha negó el traslado de régimen pensional con el argumento de que con el diligenciamiento y firma del formulario de afiliación, el pretensor manifestó de manera voluntaria su deseo de trasladarse a otra administradora de pensiones y, por lo mismo, ha ejercido su derecho de elegir libremente el régimen al que quiso pertenecer (archivo.03, págs.91 a 96).

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 2003-, 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 de la evolución normativa respecto del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, las que a continuación se pormenorizan:

Etapa acumulativa	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 ponderarse 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 el actor y el representante comercial de la AFP, (doc. 11 pág.54). En ese contexto, del formulario de afiliación prenotado 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 al interesado 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 al afiliado con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe orientarse también a que el afiliado 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 “(...)
a 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” (Fol. 04, archivo No 11); no obstante lo anterior, de acuerdo con la regla general del artículo 167 del CGP atinente a la carga correlativa de la prueba no sólo para el accionante sino para quien excepcione, 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 el 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 por activa en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las referidas a que el reclamante haya permanecido afiliado 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 información de 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 en el interrogatorio asegura que en el año 2003 mientras se encontraba vinculado a una empresa metalmecánica, en una reunión de no más de 15 minutos un asesor de la AFP accionada sólo le informó que sus aportes serían depositados en una CAI produciendo rendimientos financieros y que sus aportes serían transmitidos a sus herederos en caso de que falleciera, y, sobre tales aspectos nada dijo la AFP demandada, es decir, ninguna probanza refleja que se le haya suministrado la debida información al actor como lo asienta 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 trasladó al 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”, suscritos el 20 de octubre de 2011 y el 21 de enero de 2014 (Fol.55 a 56 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 afiliado 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 el 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 faltan 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 03 de febrero de 2003 a la AFP PROTECCIÓN S.A. (doc. 11 pág. 54).

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 el 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 cualificado de la información 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 acorde a 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.

Aúñese 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 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 del 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.

Al margen de todo ello, habrá de declararse la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional, a la vez de ordenarse el retorno del actor al RPMPD hacia COLPENSIONES sin solución de continuidad, bajo la ficción jurídica de que nunca se desafilió de esta última entidad de seguridad social, junto a la devolución 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 afiliado el pretensor.

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. 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. Sin costas en esta instancia, en tanto y en cuanto, a pesar de que COLPENSIONES E.I.C.E. interpuso recurso de alzada, la sentencia se revisó en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor del mismo ente de seguridad social.

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 11 de septiembre de 2024 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, de la siguiente manera:

“SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, 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. **Parágrafo:** Advertir que las devoluciones en mención deberán cumplirse siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016”.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las costas de primera instancia se confirman.

Lo resuelto se notifica mediante **EDICTO**, acogándose 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


CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL

Se deja constancia de que las anteriores firmas corresponden a las firmas originales de los magistrados que integran la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario