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 ondenar a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo de su cuenta de ahorro individual, con rendimientos, intereses, cuotas de administración, aportes al fondo de solidaridad pensional y seguro previsional debidamente indexados. El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS y ordenó a Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los dineros en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo cotizaciones y rendimientos financieros. También condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez al 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 convidada a juicio?, y de ser así, ii) ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la ineficacia del traslado? iii) ¿Si opera el fenómeno de la prescripción en la declaratoria de ineficacia del traslado? Y iv) ¿Sí procede el reconocimiento de la pensión de vejez?

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 RAISsuscrito 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 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.

MP. VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
FECHA: 13/12/2024
PROVIDENCIA: SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR
Medellín

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DIEGO LEÓN GIRALDO GRANDA
Demandados: COLPENSIONES Y OTRO
Procedencia: JUZGADO VEINTICINCO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA n.º 227
Radicado n.º: 05001-31-05-025-2022-00404-01 (O2-24-399)

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**, **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 **DIEGO LEÓN GIRALDO GRANDA** en contra de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.,** con radicado n.º 05001-31-05-025-2022-00404-01 (O2-24-399).

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 **DIEGO LEÓN GIRALDO GRANDA** pretende que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen pensional efectuado al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia de ello, se ordene su retorno al RPMPD administrado por Colpensiones; que se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a la administradora del RPMPD el saldo de la cuenta de ahorro individual, con sus rendimientos, frutos, intereses, cuotas de administración, aportes al fondo de solidaridad pensional, seguro previsional debidamente indexados; que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez, las mesadas adicionales, los intereses moratorios o, en subsidio, la indexación, y el pago de las costas procesales.

Como sustento fáctico del *petitum* sostuvo que nació el 15 de agosto de 1958, que se trasladó del RPMPD al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., relievando que *"(…) estando laborando al servicio de la empresa Promocar llegaron unos asesores de la AFP Protección S.A., la gerente le manifestó que habían llegado unos asesores de dicho fondo de pensiones para que lo escuchara sobre la información que iba a dar sobre los fondos privados que eran muy buenos para que me pasara; asesor que le manifestó que era mejor que se pasara porque el Seguro Social se iba a quebrar, y que el tiempo que tenían cotizados no se perdía, ya que ellos eran un fondo mejor y más seguro y que la ventaja era que la pensión era heredable".*

Acotó que, al momento del traslado de régimen pensional la AFP PROTECCIÓN S.A., *"(…) tampoco se le suministró información referente a los factores que se tienen en cuenta para determinar la fecha probable de la pensión y su monto, ni del cobro de comisiones, y como los afectaría, ni tampoco le informó de la existencia de riesgos financiero y que de existir pérdidas los asumía el afiliado*"; por lo que el 14-sep-2022 peticionó su vinculación a COLPENSIONES E.I.C.E. así como el reconocimiento de la pensión de vejez, entidad que negó su pedimento con sustento en que "*(…) no cumple los requisitos exigidos por la ley para realizar dicho traslado".* (doc.02, carp.01).

1.2 Trámite de primera instancia y contestación de la demanda. La demanda fue admitida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 1º de febrero de 2023 (doc. 06, 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. 10, carp.01), oportunidad en la cual se opuso a las pretensiones formuladas, con sustento en que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, a más de que, el demandante plasmó su firma en el formulario y siendo este una persona legalmente capaz, debe entenderse que aceptó las condiciones ofrecidas en el RAIS, y por ende, la vinculación con la administradora se reputa valida.

Como excepciones de fondo formuló las que hizo consistir: carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación de reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, improcedencia de la indexación de la condena respecto a la pensión de vejez, improcedencia en el pago de los intereses moratorios, prescripción, devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios

debidamente indexados, buena fe de Colpensiones, improcedencia de condena en costas y compensación.

1.2.2 Protección S.A.: Luego de enterada de la acción judicial presentó contestación a la demanda el 28 de febrero de 2024 (carp.01, doc. 13) por intermedio de procuradora judicial, planteando oposición a los pedimentos instados, bajo el argumento de que el acto de traslado entre regímenes pensionales es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Relievó que, al promotor de la litis 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; 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 y del sistema general de pensiones, 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, 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 y la genérica.

1.3 Decisión de primer grado. El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 05 de noviembre de 2024 (doc. 32, págs. 1 a 6 con audiencia virtual archivo nro. 31), con la que la cognoscente de instancia declaró la ineficacia de la afiliación 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, todos los dineros que reposen en la CAI del demandante, incluyendo las cotizaciones y los rendimientos financieros generados desde el 1 de abril de 1998 y hasta el momento en que se haga el traslado efectivo de los recursos, así como el valor del bono pensional en caso de que ya se hubiese redimido y pagado efectivamente; advirtiendo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deben aparecer discriminados con valores, detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante; y gravó en costas a la AFP demandada; condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante, dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la pensión de vejez en aplicación de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, a partir de la novedad de retiro o desafiliación del sistema pensional, a razón de 13 mesadas anuales. Finalmente, gravó en costas procesales a PROTECCIÓN S.A.

1.4 Apelación. La decisión fue opugnada en apelación por la co-demandada **COLPENSIONES E.I.C.E.,** deprecando se revoque parcialmente la decisión adoptada por el sentenciador de primera instancia, 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 por aportes al fondo de garantía de pensión mínima, garantizándose así el principio constitucional de la estabilidad financiera del sistema, como lo pregona la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL31989 de 2008, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL081 de 2021.

1.5 Trámite de Segunda Instancia. El recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta fueron admitidos por esta corporación por proveído del 05 de noviembre 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 el promotor de la litis y COLPENSIONES E.I.C.E., en lo sustancial, reiteraron los argumentos expuestos en el libelo incoativo y en el escrito de contestación, respectivamente (docs.04 y 05, 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 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 accionada, 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)** ¿Si opera el fenómeno de la prescripción en la declaratoria de ineficacia del traslado? Y **iv)** ¿Sí procede el reconocimiento de la pensión de vejez?

2.3 Tesis de la sala y solución a los problemas jurídicos planteados. El sentido del fallo de esta Corporación será **CONFIRMATORIO**, en razón a que, la decisión confutada se

aviene al consolidado criterio 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 condigna indexación, como con acierto lo dispuso la sentenciadora de primer nivel. Frente al reconocimiento pensional se procederá a su confirmación por cuanto el actor acredita los requisitos para su causación, pero ajustando los términos del disfrute de dicha prestación, 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 22 de mayo de 1984 (archivo.11, págs.12 a 21 y 77 a 86, carp.01); que no es beneficiario del régimen de transición por edad (archivo.11, págs.12 a 21 y 77 a 86, carp.01); ni por tiempo de servicios (archivo.11, págs.12 a 21 y 77 a 86, carp.01); que se trasladó el 12 de febrero de 1998 a la AFP PROTECIÓN S.A. (archivo No 13, pág. 39); fondo privado donde se encuentra actualmente (archivo. 13, págs. 42 a 73, carp.01), y que, en últimas, el día 14 de septiembre de 2022 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, tras considerar que *"(…) la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse"* (archivo.02, págs.45 a 49).

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 1998-, 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 en relación con el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, las que a continuación se describen:

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 perjudicarle.
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 de la afiliación al RAIS, en consideración a los siguientes criterios de orden fáctico, jurídico, jurisprudencial 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 suplicante y el representante comercial de la AFP, (doc. 13 pág.39). 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 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 aquella pueda lograr la prestación económica que mejor se acompase con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

Debe destacarse que la AFP PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda refiere que *"(…) EL DEMANDANTE fue asesorado sobre las consecuencias del traslado, las modalidades de pensión y un comparativo pensional entre ambos regímenes al momento de la afiliación; y con ello el mismo pudiese tomar una decisión responsable, en donde se le plantearon todos los escenarios posibles teniendo la facultad de elegir. Se le indicaron las características de ambos regímenes y los requisitos para poder adquirir la pensión en uno y otro, teniendo en cuenta las leyes que regulaban los temas para la época. Adicionalmente, EL DEMANDANTE se le respondieron todas las inquietudes que se le presentaron respecto al tema para que en ese sentido hubiera claridad sobre la decisión que se estaba tomando (…)"* (Fols. 02 a 03, archivo No 13); 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 al litigioso 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 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 relievar 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*"; más 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 el litigioso por activa de la relación procesal al absolver el interrogatorio afirma que, en el año 1998 mientras laboraba con la firma PROMOCAR, la gerente lo citó a una reunión con un asesor del fondo de pensiones, quien sólo le informó que era mejor trasladarse al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN pues en este régimen tendría mayores y mejores garantías, al propio tiempo de que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar. Asimismo sostuvo que nunca fue contactado por la administradora del RAIS para brindarle alguna asesoría y, sobre el punto 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.

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.

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 febrero de 1998 a la AFP PROTECCIÓN S.A. (doc. 13, pág. 39).

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 (la) afiliado(a) 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 suficiente conocimiento de causa, precisando en contrario: *"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 obsta 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; razón de más para impartir confirmación a la sentencia 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 mentados aportes, por la simple y llana razón de que esta entidad administra el régimen de prima media con prestación definida, a más de que con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993 los dos regímenes de pensiones si bien coexisten son excluyentes. Así pues, 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 este estuvo afiliado 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 que se ordenen: ***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).*

Por tanto, 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 SU-107 de 2024 extiende a todas las demandas que estén en curso ante la jurisdicción ordinaria laboral, se impone 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, es lo cierto que, de conformidad con el referido numeral 327 de la sentencia SU-107 de 2024, tales premisas jurisprudenciales resultan irreconciliables con la orden de devolución indexada de los rubros

por 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 con 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, y en los mismos términos en que, con acierto, lo sentenció la juzgadora de primer grado.

Frente al término en que debe proceder la AFP 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, como se estableció en la decisión examinada.

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), allende 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 Reconocimiento pensional. Para resolver este punto, baste con traer a colación la sentencia SL1688 del 8 de mayo de 2019, en la que la Corte expresó que al declararse la ineficacia del traslado: *"implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida".*

Ahora, colige la Sala que el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues al 01 de abril de 1994, pues no contaba con 40 años de edad, acreditando sólo 35 años, por haber nacido el 15 de agosto de 1958 (fols. 60 y 61 archivo No 02), así como tampoco contaba con más de 15 años de servicios cotizados, en la medida en que para el 01 de abril de 1994 contaba con 216,71 semanas (Fols. 12 a 21, archivo No 11), y por lo tanto, lo procedente es estudiar el reconocimiento de la prestación económica con arreglo a la Ley 100 de 1993.

Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe acreditar el cumplimiento de 55 años, si es mujer, o 60 años, si es hombre. A partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a la densidad de semanas cotizadas, se exige originariamente haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1° de enero del 2005 se dispuso incrementar dicho requisito en 50 semanas y a partir del 1° de enero del 2006 se incrementará en 25 semanas adicionales por año hasta llegar a 1300 en el año 2015.

2.10.1 Edad. El demandante cumplió el requisito de la edad, como quiera que cumplió los 62 años el 15 de agosto del 2020, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1958, como da cuenta la cédula de ciudadanía (fols. 60 y 61 archivo No 02).

2.10.2 Semanas. Una vez revisada la historia laboral expedida por la AFP Protección S.A. se evidencia que el demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un reporte de 1.470,57 semanas (Fols. 58 a 73 archivo No 13), cotizadas desde mayo de 1984 hasta noviembre de 2022. Por tanto, no queda duda que causó el derecho pensional pretenso.

2.11 Ingreso base de liquidación. Respecto del ingreso base de liquidación, debe observarse el procedimiento contemplado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, calcularlo con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años o de toda la vida laboral, según le resulte más favorable, por tener el actor más de 1250 semanas de cotización, valores a los que luego debe aplicarse la fórmula contemplada de que trata el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 a fin de establecer la tasa de reemplazo.

Adicionalmente, se debe resaltar que sobre la manera de liquidar la prestación de vejez bajo los parámetros expuestos en el art. 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 10 de la Ley 797 de 2003, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado entre otras sentencias, en la SL3785 de 2019 y en la SL810-2023.

En ese orden, Colpensiones deberá tener en cuenta tales parámetros al momento de efectuar la liquidación de la pensión de vejez**.**

2.12 Disfrute pensional. Respecto al disfrute pensional establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que el derecho pensional pretendido se reconocerá a solicitud del interesado previo cumplimiento de los requisitos mínimos para optar a ella, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a su disfrute.

En este punto, debe decirse que, si bien el actor en el interrogatorio de parte confesó que dejó de cotizar al alcanzar los 62 años de edad en el mes de agosto de 2020, lo cierto es que, conforme con el reporte de semanas cotizadas adunado al plenario, la última contribución corresponde al ciclo de noviembre de 2022 y no se evidencia retiro del SGSSP.

De ahí que, para esta Sala de Decisión, el disfrute pensional debe ser a partir de la fecha en que se reporte la novedad de retiro o desde la última cotización efectiva debidamente indexado, tal como lo consideró la *a quo*, aunado a que, tal punto no fue objeto de disenso por la parte actora, debiéndose confirmar la decisión de instancia en este puntual aspecto.

2.13 Descuentos en salud. En lo que refiere a los descuentos en salud, dicha obligación opera por ministerio de la ley, incluso no se requiere de autorización judicial en ese sentido (SL969-2021), por lo que, al momento en que COLPENSIONES proceda a reconocer la prestación queda autorizada por mandato legal para realizar los descuentos en salud con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, como en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

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: CONFIRMAR la sentencia materia de apelación y consulta proferida el 05 de noviembre de 2024 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín, según y conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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