



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

Medellín, agosto 31 de 2023

Radicado: 05001-31-05-016-2019-00058-01

Demandante: CARLOS EDUARDO POSADA ROJAS

Demandados: COLPENSIONES, SKANDIA S.A, PORVENIR S.A y
PROTECCIÓN S.A

Asunto: CONSULTA

Tema: INEFICACIA DE TRASLADO ENTRE REGÍMENES

La Sala Sexta de decisión, presidida por la magistrada ponente **LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE**, e integrada por los magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ** y **JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ** dado el impedimento presentado por la Dra. MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, procede a emitir sentencia dentro del proceso ordinario laboral de la referencia; decisión que se emite en forma escrita atendiendo a las disposiciones del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

En los términos y para los efectos del poder conferido¹, se le reconoce personería para continuar con la representación de SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A a la Dra. LUISA FERNANDA RENGIFO MEDINA portadora de la T.P 383.547 del C.S de la J; y como apoderada sustituta de PORVENIR S.A² se le reconoce personería jurídica a la Dra. KAREN SOFIA SÁNCHEZ GONZÁLEZ portadora de la T.P 383.959 del C.S de la J.

¹ 02SegundaInstancia. Archivo 5 del expediente digital.

² 02SegundaInstancia. Archivo 8 pág. 58 del expediente digital

Acreditados los presupuestos procesales y sin que se evidencien causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a emitir la presente decisión.

1. ANTECEDENTES.

De la demanda presentada.³

Lo pretendido por la parte actora con su demanda es que se declare ineficaz la afiliación realizada por el demandante a COLMENA hoy PROTECCIÓN y que, por lo tanto, siempre ha permanecido afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; así las cosas, deberá PROTECCIÓN retornar las cotizaciones efectuadas por el demandante mientras estuvo en el régimen de ahorro individual con solidaridad para que una vez activada su afiliación en el RPM proceda COLPENSIONES a decidir sobre su situación pensional.

Como fundamentos fácticos expuso que desde el 28 de febrero de 1979 inició cotizaciones al sistema general de pensiones a través del régimen de prima media con prestación definida logrando acreditar 780.57 semanas, manifestó que se trasladó de régimen en el año 1995 a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A pese a que la asesoría recibida fue deficiente, incompleta y engañosa.

Indicó que en comunicación remitida por PROTECCIÓN el 14 de diciembre de 2018 producto de derecho de petición elevado, el fondo le realizó proyección pensional en ambos regímenes, encontrando más favorable la que percibiría en el RPM, por lo que intentó retornar al RPM pero dicha petición fue negada bajo el argumento de encontrarse a menos de 10 años para arribar a la edad mínima pensional.

De la respuesta a la demanda.

³ 01PrimeraInstancia. Archivo 01 del expediente digital.

Por parte de COLPENSIONES⁴.

Contestó la demandada indicando que, sobre los hechos que rodean al traslado de régimen, por no constarle serán objeto del debate probatorio. Sin embargo, en aras de proteger los intereses de su representada, realiza oposición de las pretensiones de la demanda y formula las excepciones que denomino: inexistencia de la nulidad/ineficacia del traslado al RAIS, saneamiento de la nulidad relativa alegada por la parte demandante aduciendo que fue inducida en error, prescripción, imposibilidad de condena en costas y buena fe de Colpensiones

Por parte de PROTECCIÓN.⁵

Esta administradora indicó en su respuesta, que han actuado de buena fe sin omitir información al momento de asesorar a los afiliados y que, en el caso del demandante, a éste se le brindó información clara, completa y necesaria al momento de ofrecer el traslado; por lo tanto, le correspondió al demandante realizar su propio juicio de conveniencia después de recibir la asesoría.

Insistiendo en que el acto de traslado fue válido, exento de vicios y el mismo se realizó de forma libre y espontánea, se opuso a las pretensiones esgrimidas y formuló como medios exceptivos los que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineffectividad de la afiliación por falta de causa y prescripción.

Por parte de SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.⁶

Arrimó respuesta a los hechos de la demanda indicando que su representada le realizó la asesoría al demandante cumpliendo con la normatividad vigente para la

⁴ 01PrimeraInstancia. Archivo 01 pág. 80- 90 del expediente digital.

⁵ 01PrimeraInstancia. Archivo 01 pág. 100-140 del expediente digital

⁶ 01PrimeraInstancia. Archivo 01 pág. 262-275 del expediente digital

época, información que era cierta, suficiente y oportuna lo que devino en la suscripción del formulario de afiliación. En lo que tiene que ver con el monto pensional proyectado, aduce no ser una causal suficiente para alegar un engaño y así lograr la declaratoria de ineficacia aquí pretendida.

Los efectos que pretende genere la sentencia es que se declare la prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y pago.

Por parte de PORVENIR S.A.⁷

Pese haber sido notificada en debida forma, la misma no allegó respuesta; por lo tanto, mediante auto del 1 de diciembre de 2021 se dio por no contestada la demanda por parte de Porvenir S.A

De la sentencia de primera instancia.⁸

El día 26 de agosto de 2022 el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín profirió sentencia donde declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; adicionalmente, ordenó a PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A y a SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, frutos, intereses, sin que puedan retener gastos administrativos ni aportes a solidaridad, lo anterior dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia y con cargo incluso a sus propios recursos.

Además de lo anterior, ordenó a COLPENSIONES a recibir los recursos y activar la afiliación del demandante, previo cálculo de equivalencias de los dineros recibidos para que no se genere un perjuicio pensional al demandante.

⁷ 01PrimeraInstancia. Archivo 06 del expediente digital

⁸ 01PrimeraInstancia. Archivos 9, 10 y 11 del expediente digital.

El A quo motivó su decisión aduciendo que en el presente proceso no se aplicó la carga dinámica de la prueba sino que se acudió a la carga ordinaria, en la medida que, ante la negación indefinida del demandante de no haber sido asesorado, le corresponde a la demandada probar que si lo hizo y ello no ocurrió pues el formulario de afiliación solo es prueba del consentimiento pero no de un consentimiento informado como lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia en su vasta jurisprudencia al respecto.

2. DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Sin recursos interpuestos; de ahí que lo que convoca a esta Sala sea el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES.

3. ALEGATOS

Concedido el término que establecía el artículo 13 la Ley 2213 de 2022, SKANDIA presentó alegatos de conclusión⁹, solicitando se revoque parcialmente la sentencia en lo que tiene que ver con la orden impartida de devolución de gastos de administración, considerando que dicha deducción tiene un respaldo legal causados durante la vigencia de la afiliación del demandante a dicho fondo; de manera que, ordenar el traslado de dichas sumas haría incurrir en un enriquecimiento sin causa a Colpensiones pues no puede ésta realizar actos de administración de forma retroactiva y por ende también se le generaría un perjuicio económico a Skandia.

Colpensiones¹⁰ dentro del término otorgado allegó escrito, manifestando que solo sería admisible el traslado de régimen del demandante cuando a este le faltaren más de 10 años para causar su derecho pensional, por lo tanto, la declaratoria

⁹ 02SegundaInstancia. Archivo 06 del expediente digital.

¹⁰ 02SegundaInstancia. Archivo 07 del expediente digital.

realizada en la sentencia consultada, pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Finalmente, PORVENIR¹¹ también alegó conclusivamente solicitando se confirme la sentencia proferida por el A quo.

4. CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, en el presente evento se encuentran por fuera de discusión los siguientes hechos:

- 1) Que el señor **CARLOS EDUARDO POSADA ROJAS** estuvo afiliado al extinto ISS y realizó cotizaciones a dicho fondo desde el 28 de febrero de 1979 y logrando acreditar un total de 780.57 semanas de cotización.¹²
- 2) Que se materializó traslado de régimen a través de la AFP COLMENA hoy PORTECCIÓN S.A el 27 de julio de 1995¹³.
- 3) Que posteriormente el demandante se trasladó a PROTECCIÓN¹⁴ el 19 de junio de 1997.
- 4) Que se trasladó horizontalmente a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A el 17 de julio de 2001¹⁵ y a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A el 11 de octubre de 2007¹⁶.
- 5) Finalmente, el 11 de noviembre de 2011 retorna a PROTECCIÓN¹⁷, fondo en el que actualmente se encuentra activa su afiliación.
- 6) Que Protección le realizó al demandante proyección de su mesada pensional en ambos regímenes según misiva del 14 de diciembre de 2018.¹⁸

¹¹ 02SegundaInstancia. Archivo 8 del expediente digital.

¹² 01PrimeraInstancia. Archivo 1 pág. 37-38 y pág. 92-99 del expediente digital.

¹³ 01PrimeraInstancia. Archivo 1 pág. 182 del expediente digital.

¹⁴ 01PrimeraInstancia. Archivo 1 pág. 164 y 182 del expediente digital.

¹⁵ 01PrimeraInstancia. Archivo 1 pág. 182 del expediente digital.

¹⁶ 01PrimeraInstancia. Archivo 1 pág. 182 y 276 del expediente digital.

¹⁷ 01PrimeraInstancia. Archivo 1 pág. 166 y 182 del expediente digital.

¹⁸ 01PrimeraInstancia. Archivo 1 pág. 21-24 del expediente digital.

- 7) Se elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 6 de diciembre de 2018¹⁹ solicitando el traslado de régimen, petición que fue despachada desfavorablemente por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse.

Estudiando el expediente ante el grado jurisdiccional de Consulta concedido en favor de Colpensiones, se debe señalar que al perseguirse dentro de la demanda la ineficacia de traslado pensional implica realizar un análisis de las condiciones que rodearon el traslado de régimen pensional del **RPM al RAIS** y verificar si en aquél acto de traslado existió una indebida asesoría al demandante por parte de la administradora de pensiones privada, de manera que si se acredita un vicio en el consentimiento del afiliado traducido en su desconocimiento de las condiciones pensionales del régimen al cual se trasladaba, por omisión de la información por parte del fondo en cuestión, se debe declarar la ineficacia del acto de traslado y como consecuencia de ello la declaración que su afiliación fue sin solución de continuidad en el régimen pensional de procedencia, que en este caso corresponde al RPM.

A. LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN PENSIONAL DEBE SER LIBRE Y VOLUNTARIA

Con la creación del Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, la finalidad principal fue la de crear un sistema pensional uniforme, independientemente de la naturaleza del vínculo laboral del afiliado en armonía con la pauta Constitucional del artículo 48 en el cual la seguridad social se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional en condiciones de igualdad.

La Ley 100 de 1993 incorporó en el sistema pensional dos regímenes solidarios que coexisten, pero excluyentes entre sí como lo son el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al cual

¹⁹ 01PrimeraInstancia. Archivo 1 pág. 34-35 del expediente digital.

las personas se pueden afiliar en condición de libertad dependiendo de la conveniencia que en su caso personal tenga uno u otro²⁰.

En relación con la permanencia mínima del afiliado en el régimen pensional seleccionado dispuso el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“ARTÍCULO 13. Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, **estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años**, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado **no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.**”

Si bien es cierto que dicha norma consagra una prohibición legal, no implica que la misma sea total ni absoluta, toda vez que siempre debe analizarse el momento del traslado de régimen pensional, para verificar si el mismo fue libre y voluntario, esto es, precedido de una información completa en la que sean explicadas y abordadas las implicaciones que conlleva esa decisión.

²⁰ Decreto 692 de 1994. Artículo 3. ***“Selección de Régimen pensional. A partir del 1° de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. En consecuencia deberán seleccionar uno de los siguientes regímenes:***

a) Régimen solidario de prima media con prestación definida;

b) Régimen de ahorro individual con solidaridad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 100 de 1993, ninguna persona podrá estar simultáneamente afiliado a los dos regímenes del Sistema.”

El objeto del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones es proteger a las personas frente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, pues de presentarse éstos comportan la afectación de los ingresos de la persona y/o de su núcleo familiar, generando una vulneración en los derechos fundamentales del afiliado o beneficiario de forma directa o por conexidad.

Por lo anterior resulta cardinal la elección del régimen pensional que responda a las necesidades y perfil de cada afiliado, siendo vital el papel desempeñado por las administradoras de pensiones en la información que suministran previa a su elección, en la gestión y acompañamiento que brinden al afiliado en el transcurso del trayecto pensional, así como en la fase de la definición de un derecho pensional. Por ello, para el afiliado, quien en la mayoría de los casos es lego en la materia, es trascendental esa información que suministre en la antesala de la afiliación la administradora de pensiones, de forma que el afiliado deposita toda su confianza en esta entidad, quien tiene el deber legal de asesorarlo plenamente, como quiera que dicha decisión tiene implicaciones a corto, mediano y largo plazo sobre su futuro pensional.

Todo ello explica la importancia para el afiliado de la elección de régimen pensional, siendo el acto jurídico de afiliación o de traslado un asunto crítico y que debe estar revestido de la información suficiente, deber de orden legal que recae en las administradoras de pensiones en virtud de los artículos 20, 48, 53, 78 y 335 de la Constitución Política de Colombia, el Decreto 663 de 1993 y Decreto 720 de 1994²¹.

²¹ Decreto 663 de 1993. “Artículo 97. Numeral 1. Texto original. *Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.*” después a través del artículo 23 de la Ley 797 de 2003 de mantuvo este deber de información a los usuarios. Y se modificó los siguientes aspectos para profundizar aún más en este deber. El nuevo texto es el siguiente: “*Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.*”

Del mismo modo el literal B del artículo 13²² y 271²³ de la Ley 100 de 1993 prescribe el derecho de todo afiliado al SGP para que la elección de régimen pensional sea libre y voluntaria, la cual sólo se predica cuando el acto fue suficientemente informado, consentimiento que cuando no es perfeccionado comporta indefectiblemente que el acto no produzca efectos, esto es, el acto se reputa ineficaz.

Ese deber de información se encuentra establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico Financiero), los artículos 4, 14, 15 y 17 del Decreto 656 de 1994, así como en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, los que en suma implican para las administradoras de fondos de pensiones la obligación de: i. Estudiar el caso concreto de cada afiliado, ii. Informarle como buen experto y profesional en la materia, las condiciones favorables y desfavorables de la operación que se va a surtir, iii. acompañarlo en todo su trayecto pensional como un buen asesor a su consumidor financiero e, inclusive ha llegado la legislación a exigirles iv. Hacer un estudio comparativo con el régimen del cual proviene y al cual se dirige, es decir, todas estas normas

En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios.”

²² “**ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.** El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características: b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

²³ “**ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR.** El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.”

enmarcadas en el deber de orientar al afiliado sobre las disposiciones del SGP y del régimen pensional al cual se aspira pertenecer.

Para la Sala, la elección y traslado de régimen pensional es un asunto significativo en la historia pensional de un afiliado, el deber de prevenir y precaver dichas circunstancias recae sobre el asesor profesional de la AFP, asimilando la asesoría del fondo de pensiones a un consentimiento plenamente informado, de manera que, si no se brinda de forma que le permita definir claramente su expectativa pensional, el mismo no se encuentra perfeccionado.

Este asunto ha sido ampliamente abordado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, creando un precedente de hace más de quince años sobre la materia, el cual se mantienen pacífico y el que lejos de ser disminuido, por el contrario, en cada pronunciamiento que emite la Corporación se aumenta el grado de protección sobre los afiliados del SGP.

B. PRECEDENTE JUDICIAL DE LA SALA LABORAL CSJ Y LAS SUBREGLAS ESTABLECIDAS

La posición asumida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno a los cientos de procesos que ha abordado su estudio buscando la nulidad o ineficacia del acto de traslado pensional ha sido unánime en indicar que la falta o la indebida asesoría por parte de las administradoras de pensiones al momento de la elección o traslado del régimen pensiones implica la ineficacia de dicho acto.

Así lo sostuvo desde la sentencia hito en la línea jurisprudencial con la sentencia Radicación 31989 de 2008 determinando en esa providencia que las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría entre un administrador experto y un afiliado lego. En ese momento explicaba la Corte que

la consecuencia de tal incumplimiento era la declaratoria de la **nulidad del acto jurídico de traslado**, independientemente del estatus pensional del demandante²⁴.

Para el año 2014 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia varió su postura reafirmando el criterio asentado en la sentencia con radicado N° 31.989 del año 2008 en cuanto al deber que le asiste a las administradoras de pensiones de suministrar la información suficiente, adecuada y necesaria para este tipo de acto, pero varió la consecuencia jurídica asumiendo que el acto no era nulo sino ineficaz²⁵.

Desde entonces y con el paso del tiempo esta línea jurisprudencial se ha mantenido pacífica y se han establecido subreglas para la subsunción judicial, en las que claramente denota la posición que asume el órgano de cierre de esta especialidad en cuanto al respeto a los cánones legales y el derecho a la selección libre y voluntaria que tienen los afiliados al SGP.

C. SUBREGLAS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Frente a cada una de las argumentaciones que se han vertido en los innumerables casos que ha conocido esta Corporación la Corte ha establecido unas pautas claras a tener en cuenta:

- **SOBRE LA VALIDEZ DEL FORMULARIO DE AFILIACIÓN:** Ha dicho la SL de la CSJ que el deber de información es ineludible, por lo que el simple consentimiento vertido en un formulario de afiliación resulta insuficiente²⁶.
- **SOBRE EL ORIGEN DEL DEBER DE INFORMACIÓN:** Destaca que el deber de información cada vez involucra un mayor nivel de exigencia a

²⁴ Ver sentencias Radicación 33083 y 31314 de 2011.

²⁵ Ver sentencias SL 12136 de 2014, SL- 9519 de 2015, SL 19447 de 2017, SL 17595 de 2017, SL-2372 de 2018.

²⁶ Ver sentencia SL-19447 de 2017.

medida que se genera una conciencia de las implicaciones, derechos y deberes que implica la afiliación al sistema general de pensiones, identificando 3 etapas de acuerdo a la normativa vigente que regula y desarrolla este tema²⁷.

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º 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.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

- **INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA:** Dentro de los procesos de ineficacia de traslado, la persona alega en su demanda que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información de manera completa, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en una mejor posición de hacerlo.

Postulado que se compagina con los principios de justicia y buena fe, el cual se concreta en la institución de la carga dinámica de la prueba, en la

²⁷ Ver sentencias SL-1452 de 2019, SL 1688 de 2019.

medida que las administradoras de fondos de pensiones que afirman que sí brindaron una información suficiente, cuentan también con unas mejores condiciones para demostrarlo²⁸.

- **TRASLADOS HORIZONTALES EN EL RAIS:** El hecho de que una persona se haya trasladado varias veces al interior del RAIS no exime a cada administradora de pensiones de darle la información sobre los efectos y consecuencias de dicho traslado. Por tanto, brindar información a los afiliados, es un deber en cabeza de las administradoras de pensiones, que se mantiene en el tiempo y no se diluye con traslados horizontales en el mismo régimen²⁹.
- **IMPREScriptIBILIDAD DE LA ACCIÓN TENDIENTE A DECLARAR LA INEFICACIA DE UN ACTO JURÍDICO:** Teniendo presente que los hechos y estados jurídicos no prescriben, a diferencia de los hechos y obligaciones que con consecuencia de esa declaración la Sala ha adoctrinado que estas acciones son imprescriptibles. Por tanto, al declararse la ineficacia de traslado pensional, las implicaciones que genera tal orden, tampoco tienen vocación de prescribir pues precisamente el pronunciamiento judicial busca restablecer las cosas, al estado que se encontraban antes de la celebración del acto jurídico³⁰.
- **LA INEFICIA DEL ACTO DE TRASLADO SE DECLARA A PESAR DE NO TENER EL AFILIADO RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL:** También ha sostenido la SL de la CSJ que radica en la AFP el deber de brindar una información oportuna y adecuada a los afiliados, independientemente de si las personas son beneficiarias del régimen de transición o no, o si están próximas a adquirir el status pensional o si se están próximas a adquirir requisitos para pensionarse, esto debido a que la omisión del deber de

²⁸ Ver sentencias SL 4803 de 2021, SL1688-2019.

²⁹ Ver sentencias SL-3349 de 2021, SI 1008 de 2021.

³⁰ Ver sentencias SL-1688 de 2019 SL-1689 de 2019, SL 361-2019, SL 1421 de 2019, SL-4426 de 2019, SL 4360 de 2019, SL 373 de 2021.

información se predica frente a la validez o no del acto jurídico de traslado o incluso de la afiliación³¹.

- INEFICACIA DEL ACTO DE TRASLADO EN SITUACIÓN DE PENSIONADO DEL RAIS: Finalmente, para esa corporación judicial si se acreditaba la falta de información a la hora de materializar el acto de traslado de régimen pensional, no era relevante si se encontraba ante un afiliado o pensionado del RAIS pues la declaratoria judicial buscaba devolver las cosas al estado anterior. Empero tal postura fue replanteada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el año 2021 al considerar que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, el cual no es razonable revertir o retrotraer, pues ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a varias personas, entidades, actos, relaciones jurídicas y por tanto, derechos obligaciones e intereses de terceros en todo el sistema pensional. Por esta razón, y como ha venido siendo aceptado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín dichas pretensiones son improcedentes, por las implicaciones que acarrea tal declaración.

En su lugar, para este tipo de reclamaciones judiciales se dejó dispuso por parte del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, la posibilidad de que el demandante dirija su acción pretendiendo la indemnización total de perjuicios a cargo las AFPS involucradas³².

- SOBRE LOS EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE TRASLADO: acreditada la falta de información por parte del fondo de pensiones, la declaración de ineficacia del acto jurídico del traslado devuelve al afiliado indebidamente trasladado al régimen pensional al que se encontraba inicialmente vinculado, sin que haya lugar a entender que medió solución de continuidad sobre dicha afiliación, esto es, la afiliación

³¹ Ver sentencias SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 1689 de 2019, SL 3463 de 2019, SL 1618 de 2022, SL 2484 de 2022 Y SL 932 de 2023 entre otras.

³² Ver sentencias SL- 373 de 2021, Sala Laboral TSM en sentencia del 14 de agosto de 2019 en proceso con radicado 05001 31 05 007 2015 01295 01.

al régimen válidamente seleccionado no se entiende interrumpida por el traslado anulado.

La administradora que indujo en error al afiliado para trasladarlo al régimen de ahorro individual, tiene la obligación de devolver al régimen de prima media el 100% de los aportes efectuados por el afiliado, asumiendo a su cargo los deterioros que éstos hubieren sufrido.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló que es la administradora de pensiones la que debe devolver al sistema la totalidad de los valores que haya recibido en razón de la afiliación, *“como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses”*, como los dispone el artículo 1746 del Código Civil colombiano, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado³³.

La orden de reintegro de valores recibido incluye los gastos o comisiones de administración³⁴, así como los porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores dispuestos para los seguros previsionales³⁶ con cargo a sus propias utilidades.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, que consagra que los errores, infracciones u omisiones que perjudiquen a los afiliados, serán responsabilidad de las administradoras de fondos de pensiones; será ésta quien deba asumir el deterioro del bien administrado (mermas en el capital, pago de mesadas pensionales y gastos de administración) y deberá regresar todos los valores que hubiere recibido con frutos e intereses.

5. DEL CASO EN CONCRETO

De acuerdo con el análisis que se viene realizando teniendo presente que se estudia el caso en el Grado Jurisdiccional de Consulta reconocido a favor de

³³ Ver sentencias SL1688 de 2019, 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, SL-2877 de 2020, SL- 3871 de 2021, SL 4803 de 2021.

³⁴ Ver sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020, SL373-2021

COLPENSIONES, resulta necesario por parte de la Sala abordar el fundamento de la sentencia de primera instancia al darse por acreditado, que al demandante no se le brindó una suficiente asesoría al momento de efectuar su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Concluyendo el A-quo en su sentencia que, si bien el señor POSADA ROJAS suscribió varios formularios de afiliación dentro del mismo régimen, de ellos no puede desprenderse que recibió información relacionada con las prerrogativas, ventajas o desventajas que conllevara su traslado o movilidad, lo que deviene en que la misma resultó insuficiente para ser considerada como una correcta asesoría sobre la situación pensional particular, sin que obre en el expediente pruebas adicionales en este sentido.

Destaca la Sala del interrogatorio de parte agotado en la audiencia de trámite y juzgamiento³⁵ los siguientes puntos relevantes, que tienen incidencia dentro del problema jurídico planteado así:

1. Indicó que en 1995 corría el rumor que el ISS se iba a acabar y a su lugar de trabajo llegaron asesores de COLMENA donde les hicieron una reunión para poderse trasladar de régimen afiliándose a dicho fondo.
2. Al momento de afiliarse a COLMENA le informaron que para acceder a una pensión en el régimen privado era prácticamente lo mismo que en el régimen público solo que en vez de semanas, debía acreditar una suma de dinero.
3. Pese a que en la asesoría le informaron que a mayor ahorro podría tener unas mejores condiciones pensionales, afirma no estar ajustado a la realidad pues ve desmejoradas sus proyecciones pensionales entre un régimen y otro.

³⁵ 01PrimeraInstancia.Archivo 9 min 12:11 del expediente digital

4. Que ha migrado entre fondos por falta de asesoría entre uno y otro.

Una vez analizada esta prueba, para esta Sala las afirmaciones realizadas al momento de agotarse el interrogatorio de parte, no tienen la suficiente fuerza probatoria para constituirse en confesiones provocadas o espontáneas; pues lejos de afirmarse que la asesoría brindada al momento de trasladarse fue clara, veraz y oportuna, siempre se realizó un constante cuestionamiento sobre la escasa o nula información brindada por las administradoras de pensiones privadas, siendo enfático que se sintió engañado.

Sobre este punto, destaca la Sala que no se ahondó por parte de COLMENA hoy PROTECCIÓN- fondo de pensiones que generó el traslado de régimen- ni por parte de SKANDIA y PORVENIR que hayan realizado una asesoría en debida forma al señor **POSADA ROJAS** con suficiente conocimiento, claridad y veracidad de las implicaciones de su traslado pensional, como quiera que esta parte es quien tiene la carga de la prueba en este tipo de procesos, por encontrarse en una mejor posición probatoria y su defensa carece de soporte probatorio en este sentido.

No puede desligarse la pasiva de su carga probatoria al afirmar que la parte actora suscribió un formulario de afiliación, pues de acuerdo a las subreglas emanadas de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no tiene ningún tipo de incidencia tal acción, toda vez que la falta al deber de información no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario, ya que la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material instruir de manera efectiva al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa.

En igual sentido tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni con la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual o el movimiento entre administradoras de este sistema, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público.

Así las cosas, concluye esta corporación que la decisión de traslado entre regímenes realizada por la parte actora, no se fundamentó en una correcta información sobre sus propias condiciones, las derivaciones nocivas que implicaría ese acto jurídico, y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó el traslado pensional.

Dicho esto, ante las irregularidades generadas en el traslado de régimen llevan a esta Sala a **CONFIRMAR** la decisión emitida por el A-quo, pues se concluye que en efecto se desconoció por la parte pasiva el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen el traslado de régimen; por lo que resulta necesario ante dicho vicio declarar la ineficacia del traslado al RAIS del señor CARLOS EDUARDO POSADA ROJAS.

Sobre los efectos de la declaratoria de ineficacia, debe indicarse que la misma conlleva a que el acto jurídico cuestionado no produce efectos, por tanto, no pueden excluirse rubros percibidos por las administradoras privadas producto de la afiliación realizada por el demandante a cada una, pues sería restarle valor a la declaratoria de ineficacia.

Ahora, producto del Grado Jurisdiccional de Consulta esta Sala considera necesario realizar unas modificaciones a las órdenes impartidas en primera instancia, teniendo presente la declaratoria de ineficacia anteriormente confirmada.

Se modificará la sentencia proferida el 26 de agosto de 2022 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín en su numeral PRIMERO, en el sentido de indicar que el traslado de régimen se surtió inicialmente ante AFP COLMENA el 27 de julio de 1995 y es dicho acto el que se declara ineficaz; se adicionará el numeral TERCERO, indicando que corresponde a la **AFP Protección SA, AFP Porvenir S.A y Skandia S.A**, en un término no superior a 30 días desde la ejecutoria de esta providencia, retornar los recursos provenientes de la afiliación del actor ante cada administradora y por el tiempo en el que permaneció vigente la afiliación del actor en cada una de ellas, que se componen de las cuotas de administración, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales, dineros que deberán trasladarse de forma indexada con cargo incluso a sus propios recursos, respecto a PROTECCIÓN, por ser el fondo que actualmente tiene activa la cuenta de ahorro del actor, deberá trasladar además, cotizaciones y rendimientos.

Lo anterior atendiendo al principio de sostenibilidad financiera evitando con ello un detrimento patrimonial al fondo público, siendo Colpensiones quien reconocerá las eventuales prestaciones a que tenga derecho el accionante, por tanto, operará bajo la devolución de la totalidad de recursos captados, al igual que los rendimientos que estos generaron, más la indexación de los rubros correspondientes a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales se asumen con cargo a los recursos propios de cada administradora de pensiones durante el tiempo en que estuvo vigente la afiliación del demandante.

Igualmente se **MODIFICARÁ** el numeral CUARTO de la sentencia emitida en el sentido de indicar, que una vez sean trasladados los recursos por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS accionadas corresponde a Colpensiones recibir los dineros con el fin de que se vean reflejados en la historia

laboral del demandante como semanas de cotización imputadas a los periodos que fueron reportados en el RAIS y de acuerdo con el IBC de aporte, las que habrán de tenerse como válidas para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional a que haya lugar, lo que deviene en improcedente el cálculo de equivalencias ordenado a cargo de Colpensiones.

Las costas de primera instancia tal como fueron determinadas por el A-quo. En esta instancia no se causaron.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECIDE:**

Primero: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín de fecha 26 de agosto de 2022, teniendo en cuenta las siguientes modificaciones y adiciones:

- Se **MODIFICA** el numeral **PRIMERO** así: DECLARAR INEFICAZ la afiliación del señor CARLOS EDUARDO POSADA ROJAS, que realizara inicialmente a la AFP COLMENA. suscrita el 27 de julio de 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.
- Se **ADICIONA** el numeral **TERCERO** así: corresponde a la **AFP Protección SA, Porvenir S.A y Skandia S.A**, en un término no superior a 30 días desde la ejecutoria de esta providencia, retornar los recursos provenientes de la afiliación del actor ante cada administradora y por el tiempo en el que permaneció vigente la afiliación del actor en cada una de ellas, que se componen de las cuotas de

administración, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales, dineros que deberán trasladarse de forma indexada con cargo incluso a sus propios recursos, respecto a PROTECCIÓN, por ser el fondo que actualmente tiene activa la cuenta de ahorro del actor, deberá trasladar además, cotizaciones y rendimientos.

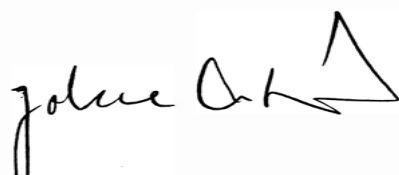
- Se **MODIFICA** el numeral CUARTO así: una vez sean trasladados los recursos por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS accionadas corresponde a Colpensiones recibir los dineros con el fin de que se vean reflejados en la historia laboral del demandante como semanas de cotización imputadas a los periodos que fueron reportados en el RAIS y de acuerdo con el IBC de aporte, las que habrán de tenerse como válidas para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional a que haya lugar, lo que deviene en improcedente el cálculo de equivalencias ordenado a cargo de Colpensiones.

Segundo: Las costas de primera instancia, tal como fueron determinadas por el A-quo. En esta instancia no se causaron.

Lo resuelto se notifica por Edicto.

Los Magistrados,


LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE


JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ


ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la siguiente providencia:

Radicado: 05001-31-05-016-2019-00058-01
Demandante: CARLOS EDUARDO POSADA ROJAS
Demandados: COLPENSIONES, SKANDIA S.A, PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN SA
Asunto: CONSULTA.
Decisión: CONFIRMA, MODIFICA Y ADICIONA

Magistrada ponente LILIANA MARIA CASTAÑEDA DUQUE.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado hoy 5 de septiembre de 2023 a las 8:00 am, desfijado en el mismo día a las 5:00 Pm y se publica en la página web institucional de la Rama judicial por el término de 1 día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 ibídem. La notificación se entenderá surtida al término de fijación del Edicto

RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO