



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

Medellín, 8 de septiembre de 2023

Radicado: 05001-31-05-010-2019-00160-01

Demandante: CARLOS MARIO GÓMEZ GIRALDO.

Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. PROTECCIÓN SA Y COLFONDOS S.A.

Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA-CONSULTA.

Tema: INEFICACIA DE TRASLADO ENTRE REGÍMENES

La Sala Sexta de decisión, presidida por la magistrada ponente **LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE** e integrada por la Dra. **ANA MARIA ZAPATA PÉREZ** y el Dr. **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.

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.¹

Lo pretendido por la parte actora con su demanda es que se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- y como

¹ 01PrimeraInstancia. Folios 1 a 15 Archivo 01 del expediente digital.

consecuencia de ello, se ordene su regreso sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM-, así como el reconocimiento de la pensión de vejez, la indexación de las condenas y finalmente las cosas procesales.

Como fundamento a estas solicitudes, manifestó que nació el 20 de junio de 1961 y que para la fecha de presentación de la demanda contaba con 57 años. Afirmó que su primera afiliación al sistema pensional se dio en el mes de marzo de 1986 en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Más adelante indicó, que se trasladó de régimen de pensiones, esto es, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con destino a la COLFONDOS en el año 1996. Más adelante indicó que se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. fondo de pensionales al que actualmente se encuentra afiliado.

Señala la parte actora que no obtuvo información sobre su caso en particular por parte de las administradoras de pensiones privadas aquí demandadas, ni las consecuencias que generaría su traslado al RAIS, por lo que considera que ese acto jurídico resulta ineficaz.

De la respuesta a la demanda.

Por parte de Protección SA.²

Esta codemandada al momento de dar respuesta a la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas por la parte actora, para el efecto indicó que no le constaban las circunstancias en que se dio la afiliación del demandante a COLFONDOS por tratarse de situaciones ajenas a ese fondo de pensiones,

² 01PrimeraInstancia. Folio 319 a 344 Archivo 01 del expediente digital.

aclarando que lo que respecta a PROTECCIÓN su afiliación se dio de manera libre y voluntaria trayendo a colación el formulario de afiliación suscrito por el actor.

Por parte de la AFP COLFONDOS SA³.

Esta administradora de pensiones al momento de dar respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones, manifestando que le brindó al demandante una información clara, suficiente y veraz, por lo que considera que no existe una causal que invalide su afiliación voluntaria e informada al RAIS.

Por parte de PORVENIR SA.⁴

En audiencia celebrada el día 31 de agosto de 2021 el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín dispuso declarar probada la excepción previa presentada por PROTECCIÓN denominada falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva, por lo que ordenó la vinculación de la AFP PORVENIR SA.

Una vez fue notificado personalmente este fondo de pensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, afirmando que no las circunstancias de afiliación del demandante al RAIS aclarando que la parte actora no demostró la causal de ineficacia que invalide ese acto jurídico.

Por parte de Colpensiones.⁵

Esta entidad al momento de dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones, manifestando que, si bien era cierto que el demandante se había afiliado al RPM, no le constaba las circunstancias de tiempo, modo y lugar que motivaron el traslado de régimen pensional ni su traslado entre AFP.

³ 01PrimeraInstancia. Folio 161 a 177 Archivo 03 del expediente digital.

⁴ 01PrimeraInstancia. Archivo 9 del expediente

⁵ 01PrimeraInstancia. Folio 278 a 285 Archivo 01 del expediente digital.

De la sentencia de primera instancia.⁶

En sentencia de primera instancia el día 01 de agosto de 2022 el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Medellín declaró que la administradora de pensiones incumplió el deber de diligencia y buen consejo al no darle al demandante información veraz y oportuna al momento de realizar su afiliación al RAIS como lo ha establecido la jurisprudencia vigente para el caso de las ineficacias de traslado de régimen pensional; afirmó que no existe prueba en el proceso que dé cuenta de una asesoría que se brindó a la actora en la cual se le hubiese puesto de presente la información necesaria para tomar su decisión de afiliación.

Manifestó que, aunque el demandante admitió en su interrogatorio que suscribió un formulario de vinculación al RAIS dicha circunstancia no lleva a concluir que la AFP realizó la asesoría debidamente.

Consecuencia de esto, declaró la ineficacia de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que para todos los efectos legales el señor **CARLOS MARIO GÓMEZ GIRALDO** se encuentra afiliada en el RPMPD.

Dispuso que la AFP PORVENIR SA, AFP PROTECCIÓN SA y COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual con cargo a sus propios recursos trasladará lo descontado de las cotizaciones del demandante destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas de seguro previsional y reaseguros, debidamente indexados a la fecha de entrega al RPM.

Además, ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir estos aportes y conceptos y procediera a incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del demandante, imputándolos a los periodos en que fueron y teniéndolos como semanas válidamente cotizadas

⁶ 01PrimeraInstancia.Archivo 15 del expediente digital.

en el RPM a efectos de la causación futura de una prestación de este sistema pensional.

Condenó en costas a la AFP PORVENIR COLFONDOS SA Y PROTECCIÓN tasando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada demandada y en favor del demandante.

Finalmente la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez, fue excluida de la fijación del litigio.

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

Por parte de Colpensiones.

Al no haberse presentado algún tipo de controversia en contra de la decisión de primera instancia, al ser adversa a los intereses de esa entidad, con base al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social se conocerá en el Grado Jurisdiccional de Consulta en su favor.

De recurso de apelación presentado por Porvenir⁷.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial de la AFP presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque de manera total al considerar que no existen argumentos fácticos o jurídicos que sustenten tal pronunciamiento.

Expuso que para el momento del traslado a esa AFP hubo un acompañamiento de un asesor de PORVENIR que le brindó información al demandante, por lo que éste realizó la suscripción del formulario de afiliación de manera voluntaria, sin que se hubiere tachado de falso ese documento en el proceso.

⁷01PrimeraInstancia. Archivo 15 del expediente digital. Entre 4:02:44 a 4:06:54.

Consideró en su recurso que el deber de información no era exigible para la fecha en que el demandante se trasladó de régimen pensional.

Finalmente solicitó que se revocara la orden de reintegrar el valor de seguros previsionales, así como por las comisiones de administración, indicando para el efecto que dichos descuentos tuvieron un fundamento legal, por lo que no resulta procedente su reintegro, además que ya no reposan bajo la custodia de esa parte.

3. ALEGATOS

Concedido el término que establecía el artículo 13 la Ley 2213 de 2022, COLPENSIONES igualmente presentó alegatos de conclusión ratificando los mismos argumentos expuestos en su defensa, solicitando en todo caso que en caso ser confirmada la sentencia de primera instancia, se trasladaran debidamente actualizado el saldo de la cuenta de ahorro.

El apoderado de PORVENIR SA presentó alegatos reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación, centrado en la revocatoria total de la sentencia de primera instancia resaltando el incumplimiento de la parte demandante al deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual expone no puede ser beneficiaria de su propia culpa.

4. CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, en el presente evento se encuentra por fuera de discusión que:

- 1) Que el señor **CARLOS MARIO GÓMEZ GIRALDO** estuvo afiliado al extinto ISS y presentó solicitud de traslado al RAIS a través de la AFP COLFONDOS en el mes de enero de 1996⁸
- 2) Que el señor GÓMEZ GIRALDO realizó un traslado entre administradoras del RAIS inicialmente a la AFP PORVENIR⁹ y luego a la AFP PROTECCIÓN fondo de pensiones donde se encuentra afiliado en la actualidad¹⁰.
- 3) Que el demandante presentó solicitud de traslado de régimen pensional a COLPENSIONES y esta entidad mediante comunicado del 22 de agosto de 2014 negó tal petición¹¹.

Estudiando el expediente producto del recurso de apelación presentado por la apoderada de PORVENIR e igualmente ante el estudio del Grado Jurisdiccional de Consulta concedido a 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 si en aquél acto de traslado existió una indebida asesoría a la 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 declare la ineficacia del acto de traslado y como consecuencia de ello se declare su afiliación sin solución de continuidad en el régimen pensional de procedencia, que en este caso corresponde RPM.

⁸ 01PrimeraInstancia.Folio 51 Archivo 01 del expediente digital.

⁹ 01PrimeraInstancia.Folio 23 Archivo 09 del expediente digital

¹⁰ 01PrimeraInstancia.Folio 45 Archivo 01 del expediente digital.

¹¹ 01PrimeraInstancia. Folio 53 Archivo 01 del expediente digital.

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 Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, frente a los cuales las personas se pueden afiliar en condición de libertad dependiendo de la conveniencia que en su caso personal tenga uno u otro¹².

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**

¹² 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.”

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.

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 un afiliado respecto a 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 recaen 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 1994¹³.

Del mismo modo el literal B del artículo 13¹⁴ y 271¹⁵ 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 a que el acto no produzca efectos, esto es, se reputa ineficaz.

¹³ 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.

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.”

¹⁴ “**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.”

¹⁵ “**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.”

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 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 por el contrario en cada pronunciamiento que emite la Corporación aumenta el grado de PORVENIR 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 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 de la demandante¹⁶.

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 ineficaz¹⁷.

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

¹⁶ Ver sentencias Radicación 33083 y 31314 de 2011.

¹⁷ Ver sentencias SL 12136 de 2014, SL- 9519 de 2015, SL 19447 de 2017, SL 17595 de 2017, SL-2372 de 2018.

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 insuficiente¹⁸.
- SOBRE EL ORIGEN DEL DEBER DE INFORMACIÓN: Destaca que el deber de información cada vez involucra un mayor nivel de exigencia a 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 tema¹⁹.

Etapas 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.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

¹⁸ Ver sentencia SL-19447 de 2017.
¹⁹ Ver sentencias SL-1452 de 2019, SL 1688 de 2019.

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 medida que las administradoras de fondos de pensiones que afirman que sí brindaron una información suficiente, cuentan también con unas mejores condiciones para demostrarlo²⁰.
- **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 régimen²¹.
- **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

²⁰ Ver sentencias SL 4803 de 2021, SL1688-2019.

²¹ Ver sentencias SL-3349 de 2021, SI 1008 de 2021.

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 jurídico²².

- LA INEFICACIA 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 información se predica frente a la validez o no del acto jurídico de traslado o incluso de la afiliación²³.
- 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

²² 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.

²³ 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.

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 dispuesto por parte del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, la posibilidad de que la demandante dirija su acción pretendiendo la indemnización total de perjuicios a cargo las AFPS involucradas²⁴.

- **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 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 causado²⁵.

La orden de reintegro de valores recibido incluye los gastos o comisiones de administración²⁶, así como los porcentajes destinados al Fondo de

²⁴ 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.

²⁵ Ver sentencias SL1688 de 2019, 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, SL-2877 de 2020, SL- 3871 de 2021, SL 4803 de 2021.

²⁶ Ver sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020, SL373-2021

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 el recurso de apelación presentado por la apoderada de PORVENIR así como el Grado Jurisdiccional de Consulta reconocido a favor de 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 en su vinculación dentro del RAIS recibió información relacionada con mayores garantías dentro del RAIS en comparación con el RPMD, 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 a la demandante en la audiencia de trámite y juzgamiento²⁷ los siguientes puntos relevantes, que tienen incidencia dentro del problema jurídico planteado así:

²⁷ 01PrimeraInstancia.Archivo 15. 1:19:30 a 1:40:47.

1. Inició su interrogatorio afirmando que es Profesional en Negocios Internacionales.
2. Frente a su traslado al RAIS indicó que para el año 1996 se venía promocionando la creación de los fondos privados, expuso que a la empresa donde laboraba llegó un asesor de COLFONDOS y les brindó una charla de media hora indicándole los cambios que se iban a dar en el sistema pensional y por ende más tarde que temprano tendrían que estar en el RAIS.

Aclaró que su traslado a PORVENIR se dio por comentarios de otra asesora, que le informó que con esa AFP tendría un mejor acompañamiento, situación que expuso no fue así.

Finalmente frente a su traslado a PROTECCIÓN señaló que para la empresa que actualmente labora, varios compañeros le indicaron que había un asesor de ese fondo de pensiones que estaba más pendiente de la remisión de los extractos, por lo que optó por trasladarse.

3. Exaltó para el momento de su traslado la asesoría brindada de realizó de manera grupal.

Una vez analizado esta prueba, para esta Sala las afirmaciones realizadas al momento del agotarse el interrogatorio de parte, no tienen la suficiente fuerza probatoria para constituirse en confesiones provocadas o espontaneas; 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 la administradora de pensiones privada.

Sobre este punto, destaca la Sala que no se ahondó por parte de PORVENIR ni COLFONDOS ni PROTECCIÓN que en efecto haya realizado una asesoría en debida forma al señor **CARLOS MARIO GÓMEZ GIRALDO** 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 o con una reasesoría, 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 ÍNTEGRAMENTE** 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 MARIO GÓMEZ GIRALDO**.

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 puede excluirse rubros percibidos por las administradoras privadas producto de la afiliación realizada por la demandante, pues sería restarle valor a la declaratoria de ineficacia. Por lo anterior, se desatiende el recurso de apelación presentado por la apoderada de PORVENIR en ese sentido.

Costas: Al no salir adelante el recurso de apelación presentado por la apoderada de PORVENIR S.A. se condena en costas, asignando como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV a su cargo y en favor de la parte demandante

No se realiza una condena en agencias en derecho en contra de Colpensiones al ser un tercero que no intervino en la relación sustancial que fundamentó este proceso; sin embargo, se considera necesaria su vinculación pues los efectos de la sentencia tienen una incidencia directa contra dicha entidad, por lo que su defensa resulta proporcionada.

6. DECISIÓN.

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:

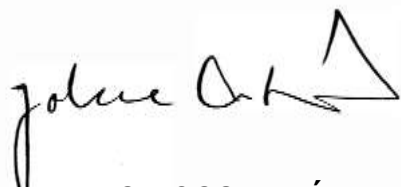
PRIMERO: CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la sentencia emitida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín de fecha 01 de agosto de 2022 en cuanto a la declaratoria de ineficacia de traslado realizado por el señor CARLOS MARIO GÓMEZ GIRALDO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEGUNDO: En esta instancia se condena en costas a PORVENIR S.A. S.A. asignando como agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV a cargo de ese fondo de pensiones y en favor de la parte demandante

Se ordena la notificación mediante EDICTO y vencido el término se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen. Se termina la audiencia y en constancia se firma por quienes intervinieron.

Los Magistrados,


LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE


JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

Sin firma por ausencia justificada.
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:

Demandante: CARLOS MARIO GÓMEZ GIRALDO.

Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. PROTECCIÓN SA Y COLFONDOS S.A.

Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA-CONSULTA

Decisión: CONFIRMA.

Magistrada ponente LILIANA MARIA CASTAÑEDA DUQUE.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado hoy 28 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