



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

Medellín, 13 de octubre de 2023

Radicado: 05001-31-05-008-2021-00536-01
Demandante: WALTER ALONSO GUTIÉRREZ FLÓREZ
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A., 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 las magistradas. **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ** y **ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ**, 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 ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- y como

¹ 01PrimeraInstancia. 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-.

Como fundamento a estas solicitudes, manifestó que nació el 05 de marzo de 1961 y que para la fecha de presentación de la demanda contaba con 60 años. Afirmó que su primera afiliación al sistema pensional se dio 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 AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y posteriormente realizó un traslado entre administradoras de ese régimen a la AFP PROTECCIÓN fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado en la actualidad.

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 PORVENIR S.A. ²

Esta administradora de pensiones al momento de dar respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones manifestando que la decisión del demandante de trasladarse del RPMPD al RAIS fue informada y libre de presiones o engaños después de haber sido asesorado sobre las implicaciones de su decisión, por lo que considera que no existe una causal que invalide su afiliación al RAIS.

²01PrimeraInstancia. Archivo 10 del expediente digital.

Frente a los hechos expuso que el demandante suscribió formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. en el año 1994, como consta en la solicitud de vinculación N° 094224, en la cual manifestó ser consciente de las implicaciones y efectos del traslado solicitado. Expuso que siempre se le garantizó el derecho de retracto al demandante y que cumplió con todas las obligaciones respecto al deber de información. Que la obligación de otorgar información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación nace en el ordenamiento jurídico únicamente a partir de la entrada en vigor del Decreto 2241 de 2010. Que, para la fecha del traslado, no existía obligación de emitir proyección pensional y ello en razón a que, cualquier simulación que se hiciera se daría con base en datos presuntos.

Por parte de la AFP PROTECCIÓN SA³.

Arrimó respuesta a los hechos enunciados presentando oposición a las pretensiones de la demanda, señalando que el traslado del demandante al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por PROTECCIÓN S.A., es un acto existente, válido y exento de vicios, y que el mismo manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS suscribiendo el formulario de afiliación.

Indicó que en el momento de realizar la filiación, PROTECCION S.A, brindó una asesoría completa y comprensible al demandante de conformidad a la normativa de esa época, por lo que considera que no existe una causal que invalide su afiliación al RAIS.

Por parte de COLPENSIONES⁴

Esta entidad en su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que carecen de fundamentación legal y fáctica. Manifestó que no le consta ninguno de los hechos en mención, toda vez que lo afirmado es ajeno a Colpensiones y es materia de debate probatorio dentro del proceso.

³01PrimeraInstancia. Archivo 12 del expediente digital.

⁴01PrimeraInstancia. Archivo 19 del expediente digital.

De la sentencia de primera instancia.⁵

En sentencia de primera instancia el día 17 de mayo de 2023 el Juzgado Octavo (08°) Laboral del Circuito de Medellín declaró que las administradoras de pensiones incumplieron 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.

Resaltó la A-quo que en el interrogatorio de parte al demandante, se corroboró que no se suministró por parte de las AFP PORVENIR y AFP PROTECCIÓN, la información de manera suficiente y clara sobre las consecuencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual.

Consecuencia de esto, declaró la ineficacia de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como su traslado a otra AFP y declaró igualmente para todos los efectos legales el señor **WALTER ALONSO GUTIÉRREZ FLÓREZ** se encuentra afiliado en el RPMPD.

Dispuso que la AFP PROTECCIÓN S.A. debía trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esa providencia, los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con sus frutos e intereses, esto es, los rendimientos que se hubieren causado, las cuotas de administración las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima.

⁵01PrimeraInstancia. Archivo 37 del expediente digital.

Además, ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que permita el traslado del actor al RPMPD conservando los beneficios que tenía al momento de su traslado de Régimen.

Condenó en costas a la AFP PORVENIR y PROTECCIÓN tasando como agencias en derecho la suma de \$2.320.000 a prorrata y en favor del demandante.

2. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA EN FAVOR DE COLPENSIONES

Al no interponer recurso de apelación esta entidad, se concedió el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES

3. ALEGATOS

Concedido el término que establece el artículo 13 la Ley 2213 de 2022, el apoderado de PORVENIR S.A. presentó escrito⁶ solicitando se revoque la decisión proferida en primera instancia, valiéndose de que el deber de asesoría por parte de las AFP fue previsto con la creación del Sistema de Información al Consumidor Financiero, por lo que las administradoras de pensiones únicamente cuentan con los formularios de afiliación y solicitar pruebas documentales distintas es una violación al debido proceso.

Por último solicita se modifique la orden del traslado de valores, en el sentido en que no se ordene el traslado de los descuentos legales realizados a los aportes del demandante y, en el evento de ser confirmada la sentencia no se adicione una indexación sobre el valor de los descuentos ordenados, ya que el adicionar la indexación sobre el traslado de los mismos, estaría imponiendo una condena

⁶ 02Segunda Instancia. Archivo 04 del expediente digital.

doble en contra de PORVENIR S.A. y en un enriquecimiento sin justa causa sobre COLPENSIONES, quien no administró los aportes pensionales del demandante.

Por su parte, COLPENSIONES⁷ indicó en su escrito que el traslado efectuado en el RAIS, tiene plena validez y que la omisión de información para haber efectuado el cambio de Régimen Pensional deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial.

En todo caso, anotó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de que trata la Ley 100 de 1993 para trasladarse y retornar al RPMPD y aceptarle como afiliado afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

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 **WALTER ALONSO GUTIERREZ FLOREZ** estuvo afiliado al extinto ISS y presentó solicitud de traslado al RAIS a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 29 de julio de 1994⁸.
- 2) Posteriormente el 01 de abril de 1999 se traslada horizontalmente a PROTECCIÓN S.A. suscribiendo formulario de vinculación⁹, fondo de pensiones en el cual se encuentra afiliado actualmente.
- 3) Que el demandante presentó solicitud de traslado de régimen pensional a COLPENSIONES y esta entidad mediante comunicado del 19 de agosto de 2021 negó tal petición.¹⁰

⁷02Segunda Instancia. Archivo 06 del expediente digital

⁸01PrimeraInstancia.Folio 29 Archivo 01del expediente digital.

⁹01PrimeraInstancia.Folio 42 Archivo 01del expediente digital.

¹⁰01PrimeraInstancia.Folio 69 Archivo 01del expediente digital

Estudiando el expediente asumiendo competencia en Grado Jurisdiccional de Consulta concedido a favor de COLPENSIONES conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS, 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 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 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.

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 otro¹¹.

¹¹ 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;

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.

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.

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.”

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 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 1994¹².

¹² 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.”

Del mismo modo el literal B del artículo 13¹³ y 271¹⁴ 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 repute 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 enmarcadas en el deber de orientar al afiliado sobre las disposiciones del SGP y del régimen pensional al cual se aspira pertenecer.

¹³ “**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.”

¹⁴ “**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.”

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 garantía 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 del demandante¹⁵.

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 ineficaz¹⁶.

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 insuficiente¹⁷.
- **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

¹⁵ Ver sentencias Radicación 33083 y 31314 de 2011.

¹⁶ Ver sentencias SL 12136 de 2014, SL- 9519 de 2015, SL 19447 de 2017, SL 17595 de 2017, SL-2372 de 2018.

¹⁷ Ver sentencia SL-19447 de 2017.

deberes que implica la afiliación al sistema general de pensiones, identificando 3 etapas de acuerdo a la normativa vigente que regula y desarrolla este tema¹⁸.

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 perjudicarlo
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

¹⁸ Ver sentencias SL-1452 de 2019, SL 1688 de 2019.

sí brindaron una información suficiente, cuentan también con unas mejores condiciones para demostrarlo¹⁹.

- **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 régimen²⁰.
- **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 jurídico²¹.
- **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 afiliación²².

¹⁹ Ver sentencias SL 4803 de 2021, SL1688-2019.

²⁰ Ver sentencias SL-3349 de 2021, SI 1008 de 2021.

²¹ 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.

²² 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.

- 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 involucradas²³.

- 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.

²³ 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.

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 lo dispone el artículo 1746 del Código Civil colombiano, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado²⁴.

La orden de reintegro de valores recibido incluye los gastos o comisiones de administración²⁵, 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 el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, resulta necesario por parte de la Sala abordar el fundamento de la sentencia de primera instancia al

²⁴ Ver sentencias SL1688 de 2019, 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, SL-2877 de 2020, SL- 3871 de 2021, SL 4803 de 2021.

²⁵ Ver sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020, SL373-2021

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.

Destaca la Sala del interrogatorio de parte agotado al demandante en la audiencia de trámite y juzgamiento²⁶ los siguientes puntos relevantes, que tienen incidencia dentro del problema jurídico planteado así:

1. Inició su interrogatorio afirmando que se desempeña como Analista de Contratación.
2. Indicó que su afiliación a Horizonte en el año 1994 se dio porque en la empresa que trabajaba fueron citados a una charla para explicarles sobre este fondo de pensión, informándoles que debían cambiarse porque el Seguro Social se iba a acabar, y que luego de la reunión una asesora se acercó a cada puesto de trabajo con el formulario de afiliación el cual firmó.

Señaló que no se le informó que los aportes se iban a destinar a una cuenta de ahorro individual, que lo único que recuerda claramente era que le explicaron que era una entidad muy rentable y que pensionalmente le iba a ir mucho mejor al ser una compañía del Grupo Ardila Lule.

3. Agregó que en la asesoría no le indicaron las condiciones para pensionarse en el Instituto de Seguro Social, ni que en el Régimen de Ahorro Individual la pensión estaría ligada a lo que ahorrara en su cuenta.
4. Frente a las circunstancias de vinculación a PROTECCIÓN S.A., indicó que en 1999 una asesora se acercó a la oficina donde trabajaba, informándole que lo mejor era pasarse para este Fondo Privado porque era una empresa que pertenecía al Grupo Empresarial Antioqueño y que era una empresa muy buena, además de que el Seguro Social iba a desaparecer por lo que corría el riesgo de quedar sin pensión o que sería un salario mínimo.

²⁶ 01PrimeraInstancia.Archivo 15. 26:56.

Aseveró que para ese momento le indicaron que el dinero que ahorraría generaría rendimientos y que la pensión era heredable.

5. Expuso en su declaración que no se le indicaron al momento de la afiliación, los requisitos para pensionarse con esta AFP.
6. Afirmó que en el 2013 se le brindó una reasesoría pensional y decidió quedarse en Protección debido a que la asesora le dijo que iba a quedar pensionado con el 105.97% porque iba a cotizar mucho en su vida laboral.
7. Manifestó que su intención de volver a COLPENSIONES, era porque se comunicó telefónicamente con PROTECCIÓN y le indicaron que en ese Fondo Privado quedaría pensionado con el 58% y en COLPENSIONES mínimo con el 75%.

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 probó por parte de PORVENIR S.A. – fondo que generó el traslado de régimen- ni por parte de PROTECCION S.A. que en efecto hayan realizado una asesoría en debida forma al señor **WALTER ALONSO GUTIERREZ FLOREZ** 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 por lo que concluye la Sala con estas situaciones que la gestión particular y oportuna por parte de esos fondos de pensiones privados frente a sus condiciones pensionales del hoy demandante, fue poca o nula

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 la 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 **WALTER ALONSO GUTIERREZ FLOREZ**.

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 el demandante, pues sería restarle valor a la declaratoria de ineficacia esto de conformidad a lo expuesto en sentencia **SL-950 de 2022** por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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 sólo 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, **por lo tanto se MODIFICARA la orden impartida por la A quo en el sentido de ordenar la indexación de estos rubros.**

Ahora, al ser los efectos de la ineficacia considera la Sala necesario MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia emitida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín disponiendo que **PROTECCIÓN** deberá trasladar de manera indexada con cargo a sus propios recursos los conceptos de cuotas o primas de los seguros previsionales, comisiones de administración y los descuentos con destino al fondo de garantía mínima generados por la afiliación del señor **WALTER ALONSO GUTIERREZ FLOREZ** al RAIS.

En igual sentido **MODIFICARÁ** el numeral SEGUNDO de la sentencia ya referenciada, pues considera la Sala que no se emitió ninguna orden en contra de la AFP PORVENIR por el tiempo de permanencia del demandante en dicho fondo de pensiones, por lo tanto al haberse declarado la ineficacia del traslado inicialmente estos traslados entre administradoras del RAIS también quedarán sin efectos por lo que éste fondo de pensiones deberá trasladar los conceptos de cuotas o primas de los seguros previsionales, comisiones de administración y los descuentos con destino al fondo de garantía mínima generados por la afiliación del señor **WALTER ALONSO GUTIERREZ FLOREZ** al RAIS, además **se aclara por parte de la Sala que estos tres últimos conceptos descritos en este numeral deberán ser indexados con cargo a sus propios recursos.**

COSTAS

Las costas de primera instancia, tal como fueron determinadas por la A-quo. En esta instancia, por conocer del proceso en Consulta no se imponen costas.

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 la sentencia emitida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín de fecha 17 de mayo de 2023 en cuanto a la declaratoria de ineficacia de traslado de Régimen Pensional realizado por el señor **WALTER ALONSO GUTIERREZ FLOREZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia referida el cual quedará así:

- **SEGUNDO: SE ORDENA** a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, los recursos de la cuenta de ahorro individual señor **WALTER ALONSO GUTIERREZ FLOREZ**, incluyendo para el efecto el capital, sus rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas para seguro previsional y los recursos girados al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos debidamente indexados con cargo a los recursos de la AFP PROTECCION S.A.
- Al momento de cumplir esta orden los conceptos trasladados deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.
- En consecuencia se ORDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, proceder con el recibo de éstos dineros y reflejarlos como semanas en la historia laboral de la hoy demandante y a activar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida.
- **CONDENAR a PORVENIR SA.** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, los valores retenidos por concepto de cuotas y/o gastos de administración, primas o valores destinados a los seguros previsionales, así como los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima exclusivamente por el tiempo de permanencia en ese fondo de pensiones por parte del señor **WALTER ALONSO GUTIERREZ FLOREZ**, recursos que deberán trasladarse de manera indexada con cargo a sus propios recursos.

En concordancia, se ordena además a COLPENSIONES a recibir tales sumas de dinero, 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.

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

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.

Las Magistradas,


LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE



ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ