



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

Medellín, 13 de octubre de 2023

Radicado: 05001-31-05-019-2022-00152-01

Demandante: MARIBEL GELVES PALLARES

Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A y PROTECCIÓN 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 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.

En los términos y para los efectos de la sustitución de poder allegada¹, para que continúe con la representación judicial de PORVENIR S.A se le reconoce personería jurídica a la Dra. KAREN SOFÍA SÁNCHEZ GONZÁLEZ portadora de la T.P 383.959 del C.S de la J.

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

¹ 02SegundaInstancia. Archivo 4 pág. 59 del expediente digital.

1. ANTECEDENTES.

De la demanda presentada.²

Manifestó la demandante que nació el 2 de abril de 1967, que inició cotizaciones en el régimen de prima media con prestación definida desde diciembre de 1985 y según historia laboral de Porvenir tiene acreditadas 1479 semanas de cotización. Indicó que, en octubre de 1994, mientras trabajaba al servicio de la empresa AMPRONIC LTDA le solicitaron afiliarse a PROTECCIÓN, asegurando que su empleador gestionó la firma del formulario de vinculación sin que mediara asesoría pensional por parte del fondo.

Posteriormente, en julio de 2001 nuevamente a través de su empleador, le solicitaron afiliarse a PORVENIR, ella únicamente firmó, sin haber recibido asesoría por parte del personal del fondo.

Con los hechos expuestos sustentó sus pretensiones, encaminadas a obtener la declaratoria de ineficacia del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual a través de Protección S.A; además, de la declaratoria de nulidad del traslado entre administradoras que se realizó hacia Porvenir S.A y como consecuencia de ello, se ordene el retorno de la demandante al régimen de prima media para que Colpensiones proceda a activar su afiliación y realice las gestiones necesarias para actualizar la historia laboral de la demandante dentro del término de 2 meses posteriores a la sentencia; para el efecto, Porvenir le trasladará todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

² 01PrimeraInstancia. Archivo 2 del expediente digital.

De la respuesta a la demanda.

Por parte de Colpensiones ³

Aceptó la demandada la edad de nacimiento de la actora, la densidad de semanas de cotización acreditadas ante Porvenir, la fecha desde que inició cotizaciones en el RPM y la reclamación administrativa elevada; respecto a los demás hechos esgrimidos indicó que se atiene a lo que resulte probado en el curso del proceso por ser situaciones ajenas a su representada.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, usando como mecanismos de defensa la prescripción, inexistencia de vicio en el consentimiento, imposibilidad de condena en costas, compensación, inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios y devolución de cuotas de administración.

Por parte de Porvenir ⁴

Arrimó respuesta a los hechos enunciados, aclarando el capital que tiene ahorrado la demandante en su cuenta de ahorro individual el cual tendría una equivalencia en semanas de 1496.

Ahora, respecto a la información brindada por parte del fondo, la misma fue suficiente, concreta, adecuada y veraz acerca de las condiciones y características del RAIS, así como los requisitos y condiciones para acceder a una pensión; por lo tanto, la afiliación se realizó de manera informada, libre y voluntaria

Bajo la premisa de haber cumplido con las formalidades necesarias al momento de realizar la afiliación a dicho fondo, realizó oposición de lo pretendido formulando las excepciones que denominó: prescripción, prescripción de la acción

³ 01PrimeraInstancia. Archivo 11 pág. 30-42 del expediente digital.

⁴ 01PrimeraInstancia. Archivo 13 del expediente digital

de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Intervención del Ministerio Público⁵

Enterado el Procurador 343 Laboral Judicial de Medellín acerca de la existencia del proceso, luego de realizar un resumen de lo pedido en la demanda, así como de los hechos que sirven de respaldo, solicitó únicamente al despacho la práctica de pruebas, tendientes a incorporar al proceso por medio de oficio, historia laboral y expediente administrativo del actor por parte de cada una de las demandadas a efectos de que se pudiera emitir un fallo justo y en derecho.

Por parte de Protección⁶

Arguyo que el traslado de régimen que efectuó la demandante se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de que los asesores del fondo le ilustraran acerca de las implicaciones de su afiliación.

Se opuso a lo pretendido valiéndose de las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

⁵ 01PrimeraInstancia. Archivo 14 del expediente digital.

⁶ 01PrimeraInstancia. Archivo 15 del expediente digital.

De la sentencia de primera instancia.⁷

En sentencia de primera instancia el día 30 de marzo de 2023 el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín declaró ineficaz el traslado que efectuó la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo tanto, dispuso que para todos los efectos pensionales, la señora GELVES PALLARES se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad; ordenó en consecuencia a PORVENIR trasladar con destino a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, contentivos de cotizaciones, rendimientos, gastos de administración y comisiones, excluyendo de dicha devolución los valores destinados a seguros previsionales.

Además de lo anterior, extendió la orden a PROTECCIÓN en lo que se refiere a la devolución de gastos de administración y comisiones.

Consideró el Juez de primera instancia que, si al momento de ofrecerse el traslado de régimen no se brinda la información adecuada a la afiliada y sin estar precedido de una verdadera manifestación de voluntad, ineludiblemente hay que declarar la ineficacia de dicho acto, por cuanto, dando aplicación a la inversión de la carga de la prueba, le correspondía a la parte demandada acreditar que haya cumplido con el deber de información y ello no ocurrió, sin que sea prueba el formulario de afiliación de esa asesoría brindada.

Del recurso de apelación presentado por Colpensiones⁸.

El apoderado de la demandada manifiesta inconformidad con la sentencia proferida, por cuanto carece la demanda de fundamentos probatorios que condenen a su representada, pues por el contrario quedó acreditado que su traslado de régimen se dio de forma espontánea, libre y voluntaria, donde le

⁷ 01PrimeraInstancia. Archivos 23-24 del expediente digital.

⁸ 01PrimeraInstancia. Archivo 24 min 2:37:48 del expediente digital.

correspondía a la demandante probar que su afiliación fue producto de un engaño como se adujo.

2. ALEGATOS

Concedido el término que establece el artículo 13 la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la DEMANDANTE presentó escrito⁹ exponiendo que nuestro órgano de cierre ha sido enfático en la inversión de la carga de la prueba, y por lo tanto, le correspondía a las demandadas demostrar que cumplieron con el deber de información, situación que no se acredita con la suscripción del formulario de afiliación; finalmente manifestó que pese a que existieron traslados horizontales dentro del RAIS, ello no convalida el deber de información al momento del traslado.

Por su parte, PORVENIR¹⁰ también alegó conclusivamente solicitando se confirme de manera parcial la sentencia proferida respecto a la orden de devolución impartida, contentiva de trasladarlos rendimientos financieros, sin que sea posible ordenar la indexación, pues ello representaría una doble condena en contra de su representada.

Manifiesta además que los descuentos realizados a las cotizaciones cumplieron su cometido y no es posible retrotraer las coberturas de las cuales se benefició la afiliada, lo que le permitirá operar a las restituciones mutuas.

Pese a que COLPENSIONES arrió escrito de alegaciones¹¹, por advertirse extemporáneo y sin capacidad para comparecer al proceso de quien lo suscribe, se abstendrá la sala de realizar pronunciamiento al respecto.

⁹ 02SegundaInstancia. Archivo 3 del expediente digital.

¹⁰ 02SegundaInstancia. Archivo 4 del expediente digital.

¹¹ 02SegundaInstancia. Archivo 5 del expediente digital.

3. 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 la señora **MARIBEL GELVES PALLARES** realizó cotizaciones en el RPM acreditando 265.8 semanas¹²
- 2) Que el 13 de octubre de 1994 suscribió formulario de afiliación ante COLMENA PENSIONES Y CESANTIAS hoy PROTECCIÓN S.A donde se perfeccionó el traslado de régimen¹³, posteriormente realizó traslado horizontal a través de ING hoy PROTECCIÓN S.A el 1 de abril de 2000¹⁴, posteriormente se afilió a PORVENIR el 23 de julio de 2001¹⁵, finalmente, el 15 de septiembre de 2004¹⁶ se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR donde actualmente está activa su cuenta de ahorro individual.
- 3) PORVENIR, en misiva del 9 de marzo de 2022¹⁷ le efectuó proyección de la mesada pensional a la demandante.
- 4) Que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones¹⁸ el 23 de febrero de 2022 la cual le fue negada..

Estudiado el expediente producto del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia e igualmente ante el estudio del grado jurisdiccional de Consulta concedido en favor de la misma entidad 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 verificar si en aquél acto de traslado

¹² 01PrimeraInstancia. Archivo 13 pág. 36 del expediente digital.

¹³ 01PrimeraInstancia Archivo 2 pág. 43, archivo 13 pág. 64 y archivo 15 pág. 37 del expediente digital.

¹⁴ 01PrimeraInstancia. Archivo 13 pág. 64 del expediente digital.

¹⁵ 01PrimeraInstancia. Archivo 2 pág. 75 y archivo 13 pág. 64 y 86 del expediente digital.

¹⁶ 01PrimeraInstancia. Archivo 2 pág. 76 y archivo 13 pág. 64 y 87 del expediente digital.

¹⁷ 01PrimeraInstancia. Archivo 2 pág. 47-54 y archivo 13 pág. 78-85 del expediente digital.

¹⁸ 01PrimeraInstancia. Archivo 2 pág. 25-34 del expediente digital.

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 de la afiliada 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 las personas se pueden afiliar en condición de libertad dependiendo de la conveniencia que en su caso personal tenga uno u otro¹⁹.

¹⁹ 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.”

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.

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 1994²⁰.

Del mismo modo el literal b) del artículo 13²¹ y 271²² de la Ley 100 de 1993 prescribe el derecho de todo afiliado al SGP para que la elección de régimen

²⁰ 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.”

²¹ “**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.”

²² “**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

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 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.

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.”

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 demandante²³.

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,

²³ Ver sentencias Radicación 33083 y 31314 de 2011.

pero varió la consecuencia jurídica asumiendo que el acto no era nulo sino ineficaz²⁴.

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 insuficiente²⁵.
- **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 tema²⁶.

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	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

²⁴ Ver sentencias SL 12136 de 2014, SL- 9519 de 2015, SL 19447 de 2017, SL 17595 de 2017, SL-2372 de 2018.

²⁵ Ver sentencia SL-19447 de 2017.

²⁶ Ver sentencias SL-1452 de 2019, SL 1688 de 2019.

	Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
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 sí brindaron una información suficiente, cuentan también con unas mejores condiciones para demostrarlo²⁷.
- **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

²⁷ Ver sentencias SL 4803 de 2021, SL1688-2019.

se mantiene en el tiempo y no se diluye con traslados horizontales en el mismo régimen²⁸.

- 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 jurídico²⁹.
- 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 información se predica frente a la validez o no del acto jurídico de traslado o incluso de la afiliación³⁰.
- 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

²⁸ Ver sentencias SL-3349 de 2021, SI 1008 de 2021.

²⁹ 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.

³⁰ 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.

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 involucradas³¹.

- **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,*

³¹ 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.

con todos sus frutos e intereses”, como los dispone el artículo 1746 del Código Civil colombiano, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado³².

La orden de reintegro de valores recibido incluye los gastos o comisiones de administración³³, 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.

4. DEL CASO EN CONCRETO

De acuerdo con el análisis que se viene realizando, teniendo presente el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandada COLPENSIONES, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta también a su favor, resulta necesario por parte de la Sala abordar el fundamento de la sentencia de primera instancia al darse por acreditado, que a la 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 en la audiencia de trámite y juzgamiento³⁴ los siguientes puntos relevantes, que tienen incidencia dentro del problema jurídico planteado así:

³² Ver sentencias SL1688 de 2019, 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, SL-2877 de 2020, SL- 3871 de 2021, SL 4803 de 2021.

³³ Ver sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020, SL373-2021

³⁴ 01PrimeraInstancia.Archivo 24 min 32:05 del expediente digital.

1. Indicó que cuando se vinculó a COLMENA en el año 1994, fue la compañía en la que trabajaba la que le hizo la afiliación, asegurando que en dicho acto no hubo presencia de asesores del fondo.
2. Que no recuerda si fue obligada o no a realizar la afiliación, que no recuerda haber leído el formulario ante de firmarlo.
3. Que durante su afiliación a Colmena no recibió extractos ni reportes de su ahorro individual.
4. Manifestó que en el año 2001 empezó a trabajar en una nueva compañía y dentro de los tramites de la firma del contrato le hicieron la afiliación a Porvenir sin que mediara asesoría por parte de dicho fondo.
5. Que su motivación para retornar a Colpensiones es porque luego de buscar asesoría, le ilustraron sobre la no conveniencia de permanecer en un fondo privado.

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 espontaneas; pues lejos está de afirmarse que la asesoría brindada al momento de trasladarse fue clara, veraz y oportuna; por el contrario, se vislumbra es 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A- fondo de pensiones que generó el traslado de régimen- ni por parte de PORVENIR que hayan realizado una asesoría en debida forma a la señora **MARIBEL GELVES PALLARES** 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 supe el deber material de 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 de la señora **MARIBEL GELVES PALLARES**.

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 la demandante, pues sería restarle valor a la declaratoria de ineficacia **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 la 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 de la demandante, por lo tanto habrá de realizarse la adición correspondiente respecto a la orden impartida por el A quo.

Se **MODIFICARÁ** en consecuencia el numeral TERCERO de la sentencia ya referenciada, frente a la orden dada a PORVENIR S.A, en el sentido de indicar que además de reintegrar los recursos expuestos en ese numeral, deberá reintegrar cuotas o primas de los seguros previsionales generados por la afiliación de la señora MARIBEL GELVES PALLARES a dicho fondo, además del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, aclarando que **estos conceptos descritos además de las cuotas de administración deberán ser indexados en su totalidad con cargo incluso a sus propios recursos.**

Respecto a la orden dada a PROTECCIÓN en el mismo numeral, además de los rubros allí descritos, también reintegrará cuotas o primas de los seguros previsionales generados por la afiliación de la señora MARIBEL GELVES

PALLARES a dicho fondo, además del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, aclarando que **los conceptos descritos deberán ser indexados en su totalidad con cargo incluso a sus propios recursos.**

Ordenes que deberán ser cumplidas dentro del término de 30 días posteriores a la ejecutoria de la sentencia.

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

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 Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín de fecha 30 de marzo de 2023 en cuanto a los numerales Primero, Segundo, Cuarto, Quinto y Sexto y se **MODIFICA** el numeral Tercero el cual quedará así:

- **CUARTO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A.** que en un término no superior a 30 días desde la ejecutoria de esta providencia, debe trasladar a COLPENSIONES en caso de que no lo hayan realizado, la totalidad del capital ahorrado por la demandante junto con los respectivos rendimientos financieros, así como bonos pensionales si se hubieren generado, además de los gastos de administración y comisiones, incluyendo primas para seguro previsional y las sumas descontadas para el fondo de garantía de pensión mínima en proporción al tiempo de vigencia de la afiliación a esa administradora de pensiones, esto último con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

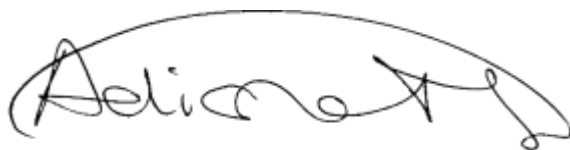
- Respecto a la **PROTECCIÓN S.A** deberá trasladar a COLPENSIONES en un término no superior a 30 días desde la ejecutoria de esta providencia, los gastos de administración y comisiones, incluyendo primas para seguro previsional y las sumas descontadas para el fondo de garantía de pensión mínima en proporción al tiempo de vigencia de la afiliación a esa administradora de pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

Segundo: 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