

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL- El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación; además, la suscripción del formulario de afiliación es insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado. / **REGLAS PROBATORIAS** – “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. / **SANEAMIENTO DE LA INEFICACIA ANTE EL TRASCURSO DEL TIEMPO** - Que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no es razón suficiente para subsanar el incumplimiento en que incurrió la AFP al momento del traslado de régimen pensional. /

HECHOS: Mediante poderhabiente judicial el actor pretende que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al RAIS, y como consecuencia, se ordene el retorno a Colpensiones sin solución de continuidad; que se ordene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos y cada uno de los aportes que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por gastos de administración; lo ultra y extra petita, y en últimas, que se condene en costas procesales. La cognoscente de instancia declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS; en consecuencia, ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los porcentajes descontados destinados a la Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, debidamente indexados; ordenó a Colpensiones que reactive la afiliación del actor sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas, y gravó en costas sólo a Porvenir S.A.. La decisión fue apelada por Porvenir S.A., la que recostó que se revoque las órdenes impuestas, teniendo en cuenta que el demandante tomó una decisión informada, y Porvenir cumplió con el deber de información para ese momento, el cual no exigía dejar constancia por escrito de lo informado. Corresponde a la sala determinar si operó la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional efectuado por el extremo litigioso por activa a la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad convidada a juicio, y de ser así, cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la ineficacia del traslado.

TESIS: Sea lo primero señalar que este juzgador plural viene acogiendo el criterio jurisprudencial sostenido antaño por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y desarrollado desde el año 2008 con la sentencia de radicación n.º 31989 del 9 de septiembre de 2008 hasta la reciente sentencia SL610-2023, línea jurisprudencial en la que se haya el precedente judicial por seguir, de donde se desprende lo siguiente: i) que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación (SL2777-2022); ii) que la suscripción del formulario de afiliación es insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado (SL1452-2019, SL1688-2019); iii) que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor del afiliado como parte débil de la relación jurídica contractual (SL2777-2022), y que, iv) el alcance de la jurisprudencia laboral citada, permite aplicarla a todos los eventos de traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho del afiliado esté consolidado, sea beneficiario del régimen de transición, o esté próximo o no a pensionarse (SL4205-2022). (...) Establece el artículo 167 del CGP, antes 177 del CPC, en claro desarrollo del postulado “onus probandi” que: “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Al respecto, sea oportuno traer a colación la sentencia C-086/16, en la que la Corte Constitucional estudia el artículo 167 del CGP, y en la que hace las siguientes precisiones para efectos de considerar que la norma acusada está acorde a los mandatos constitucionales, a saber: “Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: ‘onus probandi incumbit actori’, al

demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; ‘reus, in excipiendo, fit actor’, el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, ‘actore non probante, reus absolvitur’, según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción”. (...) Ha de indicarse que bajo el supuesto de la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información en razón del simple paso del tiempo, el máximo tribunal de esta jurisdicción, entre otras sentencias, en la SL 1688-2019, apunta que el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no es razón suficiente para subsanar el incumplimiento en que incurrió la AFP al momento del traslado de régimen pensional, toda vez que la oportunidad del suministro de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar la mejor decisión en función de sus intereses y expectativas, de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia de información requerida. (...) De igual forma, la Corte Suprema de Justicia estudia la excepción de saneamiento de la nulidad relativa, precisando que el cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, excepto en lo relativo a las consecuencias prácticas, esto es, el restablecimiento del status quo, indicando que: “a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”.

M.P. VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

FECHA: 19/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GUSTAVO TOLOZA GARCÍA
Demandados: COLPENSIONES Y OTROS.
Procedencia: JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA n.º 045
Radicado n.º: 05001-31-05-001-2022-00123-01 (O2-24-046)

En Medellín, a los diecinueve (19) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022 y en consonancia con el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados **CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES**, **MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ**, y **VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como magistrado sustanciador, procede a decidir el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario instaurado por **GUSTAVO TOLOZA GARCÍA** en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con radicado n.º 05001-31-05-001-2022-00123-01 (O2-24-046).

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue puesto a consideración de la Sala, y estando debidamente aprobado, se procede a dictar la sentencia que en derecho corresponda.

1. ANTECEDENTES

1.1 Demanda. Mediante poderhabiente judicial **GUSTAVO TOLOZA GARCÍA** pretende que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al RAIS, y como consecuencia, se ordene el retorno a Colpensiones sin solución de continuidad; que se ordene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos y cada uno de los aportes que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por gastos de administración; lo ultra y extra petita, y en últimas, que se condene en costas procesales.

Como sustento fáctico sostuvo que nació el 30 de enero de 1966; que empezó a cotizar al régimen de prima media desde diciembre de 1993; que se trasladó a Porvenir S.A. en

noviembre de 1997; que la AFP del RAIS no cumplió con la obligación del buen consejo, sin que se haya dado información clara y completa de los beneficios y consecuencias del traslado; que solicitó a Colpensiones el retorno al régimen de prima media con prestación definida el 11 de febrero de 2022, pero le fue negada a través de oficio del 18 de febrero de 2022 (Fols. 2 a 14 archivo No 01).

1.2 Trámite de primera instancia y contestación de la demanda. La demanda fue admitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 06 de abril de 2022 (doc. 05 Folio. 01 a 2), con el cual ordenó su notificación y traslado a las partes accionadas.

1.2.1 Colpensiones: Una vez notificada (doc. 06 pág. 1), contestó la demanda a través de gestor judicial el 16 de diciembre de 2022 (doc. 11 pág. 1 a 27), oportunidad en la cual se opuso a las pretensiones formuladas, con sustento en que al haber firmado el actor el formulario de vinculación se denota que el traslado se hizo conforme el principio de libre escogencia de régimen consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que no se encuentra probado que haya existido por parte de la AFP del RAIS una omisión al buen consejo o debida asesoría. Como excepciones de fondo formuló las denominadas: falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia del traslado de régimen; inexistencia de ineficacia del traslado; inoponibilidad de las responsabilidades de la AFP Porvenir S.A. ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen; inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios; indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media; desconocimiento del precedente judicial; equivalencia del ahorro o diferencias pensionales; devolución de aportes debidamente indexados; devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por parte de Porvenir S.A.; devolución de los aportes debidamente discriminados; buena fe de Colpensiones; prescripción; compensación, imposibilidad de condena en costas; y la genérica.

1.2.2 Porvenir S.A.: Una vez notificada (doc. 08 pág. 1 a 2), dio contestación a la demanda a través de apoderado judicial el 12 de enero de 2023 (doc. 15 pág. 1 a 40), oportunidad en la que se opuso a las pretensiones formuladas, argumentando que no existe causa legal que configure la nulidad y/o ineficacia del traslado; que no existe vicio en el consentimiento ni causal de ineficacia; que la AFP cumplió a cabalidad con el deber de asesoría, además de que se ratifica con la suscripción del formulario de vinculación; y buena fe.

1.3 Decisión de primer grado. El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 21 de febrero de 2024 (doc. 21 pág. 1 a 03 con link de audiencia virtual), con la que

la cognoscente de instancia declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS; en consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los porcentajes descontados destinados a la Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES que reactive la afiliación del actor sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas, y gravó en costas sólo a PORVENIR S.A..

1.4 Apelación. La decisión fue apelada por **PORVENIR S.A.**, la que recostó que se revoque las órdenes impuestas, teniendo en cuenta que el demandante tomó una decisión informada, y Porvenir cumplió con el deber de información para ese momento, el cual no exigía dejar constancia por escrito de lo informado; que la AFP siempre ha contado con asesores debidamente capacitados; que la prueba de la asesoría no era obligación legal para esa época, ya que esta surgió con la Circular 016 de 2016; que las obligaciones de doble asesoría y buen consejo no existían en la época del traslado y no se puede aplicar de manera retroactiva; que los conceptos que se ordenó trasladar no se encuentran en cabeza de la AFP, ya que los gastos de administración se utilizaron para generar frutos y rendimientos, mientras que los seguros previsionales cubrían las contingencias de invalidez y muerte. Añadió que no es posible retrotraer esos servicios; que la indexación es una doble sanción al ordenarse también la devolución de los rendimientos financieros, lo que compensa la pérdida del poder adquisitivo de la moneda; que se debe revocar la condena en costas, pues resalta haber actuado de buena fe conforme la normatividad vigente, o en últimas que se disminuya el valor de las costas.

1.5 Trámite de Segunda Instancia. El recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta fue admitido por esta corporación el 26 de febrero de 2024 (Doc. 01, pág. 01 a 02), y en el mismo auto se corrió traslado a las partes, a fin de que al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, presentaran alegatos de conclusión por escrito, de estimarlo del caso, siendo que oportunamente Porvenir S.A. presenta alegaciones, recabando en que se revoque la decisión de instancia, y la condena en costas o se disminuya su tasación.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

2.1 Apelación sentencia, y principio de consonancia. Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. advirtiéndose que de conformidad con el

principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del C.P.L. y S.S., el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada, al igual que se examinará la providencia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, para lo cual se plantea el estudio de los siguientes:

2.2 Problemas jurídicos. El *thema decidendi* en la presente Litis se circunscribe en definir:

i) ¿Si operó la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional efectuado por el extremo litigioso por activa a la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad convidada a juicio?, y de ser así, **ii)** ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la ineficacia del traslado? y **iii)** ¿Si opera el fenómeno de la prescripción en la declaratoria de ineficacia del traslado?

2.3 Tesis de la sala y solución a los problemas jurídicos planteados. El sentido del fallo de esta Corporación será **CONFIRMATORIO**, en razón a que, siguiendo la tesis de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no se brindó la asesoría integral y cualificada que pregonan el órgano de cierre, debiendo la AFP del RAIS asumir las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado, esto es, devolver o trasladar a COLPENSIONES, además del saldo de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, las sumas descontadas para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, por seguros previsionales y por gastos o comisiones de administración, debidamente indexadas, de conformidad con los planteamientos que pasan a exponerse:

2.4 Hechos probados. En lo que interesa a la Litis, no es objeto de discusión los siguientes hechos, a saber, que el accionante venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida, desde el 24 de agosto de 1988 (doc. 13 pág. 2); que no es beneficiario del régimen de transición por edad (doc. 01 pág. 22), ni por tiempo de servicios (doc. 13 pág. 02); que se trasladó el 30 de agosto de 1999 a la AFP PORVENIR S.A. (Fol. 55 archivo No 15), entidad donde se encuentra actualmente (Archivo No 15 Pág. 41 a 54), y que en últimas, el 11 de febrero de 2022 impetró ante COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, pero le fue negado por estar a menos de diez años del requisito de tiempo para pensionarse (doc. 01 pág. 45 a 50).

2.5 Precedente jurisprudencial sobre ineficacia del traslado de régimen pensional.

Para resolver de fondo la Litis, sea lo primero señalar que este juzgador plural viene acogiendo el criterio jurisprudencial sostenido antaño por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y desarrollado desde el año 2008 con la sentencia de radicación n.º 31989 del 9 de septiembre de 2008 hasta la reciente sentencia SL610-2023, línea jurisprudencial en la que se haya el precedente judicial por seguir, de donde se desprende lo siguiente: **i)** que el deber de información a cargo de las administradoras de

fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación (SL2777-2022); **ii)** que la suscripción del formulario de afiliación es insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado (SL1452-2019, SL1688-2019); **iii)** que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor del afiliado como parte débil de la relación jurídica contractual (SL2777-2022), y que, **iv)** el alcance de la jurisprudencia laboral citada, permite aplicarla a todos los eventos de traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho del afiliado esté consolidado, sea beneficiario del régimen de transición, o esté próximo o no a pensionarse (SL4205-2022).

Frente a la información que se debía brindar para esa época -año 1999-, cumple recordar por la Sala que la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1452 de 2019, cuyos predicamentos fueron iterados en la SL1217-2021, identificó distintas etapas en la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, dentro de los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993. Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003. Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal.	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010.	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo.
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014. Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015. Circular Externa n. 016 de 2016.	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Ahora, si bien el 9 de abril del año en curso la oficina de prensa de la Corte Constitucional publicó el comunicado No 13, con el que informa que fue emitida la Sentencia SU-107/24

mediante la cual modula el precedente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad por deficiencias en la información brindada entre los años de 1993 y 2009, el texto completo de dicha sentencia de revisión de tutela aún no ha sido publicado (A-155 24/07/2013 Corte Constitucional), siendo que es la misma Corte Constitucional la que reconoce la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia documentada y firmada, atendiendo a las discrepancias que puedan surgir entre una y otra, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales del texto completo de las mismas (A-201 06/11/2013).

Aún así, de ponderarse las directrices generales anteladas por la Corte Constitucional en el referido comunicado, se llegaría a la misma conclusión a la que arribó el juez de instancia en el presente proceso, esto es, la procedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, en consideración a las siguientes razones de orden fáctico y jurídico.

2.6 Reglas probatorias. Establece el artículo 167 del CGP, antes 177 del CPC, en claro desarrollo del postulado “*onus probandi*” que: “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”. Al respecto, sea oportuno traer a colación la sentencia C-086/16, en la que la Corte Constitucional estudia el artículo 167 del CGP, y en la que hace las siguientes precisiones para efectos de considerar que la norma acusada está acorde a los mandatos constitucionales, a saber:

*“Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: ‘**onus probandi incumbit actori**’, al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; ‘**reus, in excipiendo, fit actor**’, el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, ‘**actore non probante, reus absolvitur**’, según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción” (Negrilla fuera del texto)*

La acreditación de los hechos (de acción o de excepción) es una carga procesal que bien puede ser asignada a las partes que los invocan. En efecto, sobre la base de que el ejercicio de cualquier derecho implica responsabilidades –el acceso a la administración de justicia es uno de ellos–, esta exigencia no es sino una manifestación concreta del deber general previsto en el artículo 95-7 de la Carta Política, de “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia.

(...)

Además, tal exigencia no resulta desproporcionada precisamente porque el propio ordenamiento ha previsto algunas excepciones para aquellos eventos en los cuales la prueba es superflua (hechos notorios), o cuando una persona enfrenta serias dificultades para demostrar un hecho, por ejemplo por razones lógicas (afirmaciones y negaciones indefinidas), técnicas (cuando se requiere conocimientos especializados), económicas (costo significativo) o incluso jurídicas (acceso restringido a la información), entre otras”.

Caso concreto. Conforme los anteriores basamentos legales y jurisprudenciales, tenemos que, en lo concerniente a la afiliación inicial, solo se allegó el correspondiente formulario de afiliación inicial al RAIS (doc. 15 págs. 55), probanza de la que no se desprende que de manera documentada se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto no basta explicar los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas previo al momento de efectuarse la afiliación y traslado del régimen pensional.

Allende de lo dicho, en lo que respecta al formulario de afiliación, único elemento probatorio con que cuenta la AFP en su defensa, ha de decirse que, tal circunstancia deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegarse un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que indica la Superintendencia Financiera de Colombia, sino que se requiere acreditar la efectiva asesoría integral brindada en la antesala del traslado de régimen, ilustrando al interesado sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, apercibiendo al promotor del juicio de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debía efectuar aportes voluntarios adicionales o extraordinarios a los de ley; que para causar la pensión de vejez se debe contar con una suma dineraria mínima en la cuenta de ahorro individual; que la existencia de eventuales beneficiarios por sobrevivencia incrementa dicha suma mínima exigida, entre otras particularidades, puesto que *in fine* la asesoría no debe estar encaminada a persuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe orientarse también a que la afiliada pueda lograr la prestación económica que mejor se acompase con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

Debe destacarse que la AFP PORVENIR S.A. al contestar la demanda sostiene que “se le suministró información clara, completa y comprensible, ya que se le explicaron las características, ventajas y desventajas, y en tal sentido la demandante conoció las implicaciones y consecuencias de su decisión” (Fol. 6 archivo No 15); empero, de acuerdo con la

regla general del artículo 177 del CGP, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el ejecutivo de servicios que atendió al litigioso por activa cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, pues por el contrario, la falta de soporte documental o archivo de la historia laboral de que trata el artículo 38 del Decreto 692 de 1994 permite inferir que, el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales atrás vertidos, sin que resulten suficientes las manifestaciones ambiguas y generalizadas hechas por el extremo litigioso activo en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las referidas a la condición académica o nivel de instrucción del demandante frente a un tema de alta complejidad como lo es la liquidación y cálculo de una mesada pensional, como también las referidas a que el afiliado no haya realizado indagaciones por su cuenta de su situación pensional, en tanto el deber de brindar tal información privilegiada corresponde *ope legis* a la AFP.

En esa misma dirección, preciso es relieves por la Sala que para la fecha del traslado de régimen pensional se encontraba la AFP obligada a brindar la información detallada en cumplimiento de lo normado en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, lo que en palabras de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1217-2021, consiste en: *“ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*; mas nada de esto se logró acreditar por PORVENIR S.A. en desarrollo de la actuación, pues al tratarse de información de un aspecto tan técnico y especializado, le correspondía a tal entidad demostrar su ocurrencia, lo que en materia de carga probatoria se está frente a la excepción a la regla general, esto es, que debía la AFP como demandada actuar bajo el postulado ***‘reus, in excipiendo, fit actor’***, esto es, *“cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa”*.

Asimismo, nótese que el litigioso por activa de la relación procesal en el interrogatorio afirma que la asesoría se efectuó en el lugar donde laboraba y de manera general, y sobre el punto nada dijo la AFP demandada, es decir, ninguna probanza refleja que se le haya suministrado la debida información al actor, por lo que, no puede pasar de soslayo la Sala que el deber de información únicamente se satisface con la evidencia de que la decisión del afiliado haya sido libre e informada, lo que no se logra acreditar por la AFP accionada,

es decir, se trasladó a la accionante sin explicarle cuáles eran las características puntuales y comparativas del RAIS y del RPMPD, ni las posibles desventajas de su traslado de régimen pensional.

Al final, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003, la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para arribar a la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no estamos enfrente a una **solicitud de traslado** sino de la ineficacia del mismo.

En síntesis, conforme el artículo 61 del C.P.T y de la S.S, que dispone que el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que sirven de norte para acometer adecuadamente la crítica de la prueba, atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes, a fin de llevar al juzgador la suficiente convicción para decidir con certeza sobre el objeto materia de litigio, colige la sala que, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado efectuado el 30 de agosto de 1999 a la AFP PORVENIR S.A. (doc. 15 pág. 55).

2.6 Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Ha de indicarse que bajo el supuesto de la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información en razón del simple paso del tiempo, el máximo tribunal de esta jurisdicción, entre otras sentencias, en la SL 1688-2019, apunta que el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no es razón suficiente para subsanar el incumplimiento en que incurrió la AFP al momento del traslado de régimen pensional, toda vez que la oportunidad del suministro de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar la mejor decisión en función de sus intereses y expectativas, de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia de información requerida.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia estudia la excepción de saneamiento de la nulidad relativa, precisando que el cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades

sustanciales, excepto en lo relativo a las consecuencias prácticas, esto es, el restablecimiento del *status quo*, indicando que: *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*.

De igual manera, frente a los actos de relacionamiento con las AFP, acota este colegiado que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, (SL4205-2022) ha tenido la oportunidad de pronunciarse frente a tal tesis expuesta por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicando que los traslados entre AFP del RAIS constituyen actos de relacionamiento con vocación de permanencia y conocimiento de causa, y en todo caso, frente a la tesis sostenida por la Sala de Descongestión, precisó que: *“la Corte no pasa por alto que Porvenir S.A. refirió que la Sala de descongestión de esta Corte en sentencia CSJ SL1061- 2021 señaló que si la persona presenta varios traslados horizontales ello supone la vocación de permanencia del afiliado y presupone que tiene cierto conocimiento respecto del RAIS; no obstante, cabe advertir que es la Sala de Casación Laboral permanente la única constitucionalmente facultada para unificar la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social”*.

Así las cosas, el paso del tiempo no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional, así como tampoco opera el saneamiento de la nulidad relativa, por lo que habrá de confirmarse la decisión de instancia en este tópico.

2.7 Traslado de las cotizaciones. A este respecto, es preciso indicar que tal devolución debe ceñirse a los términos del artículo 1746 del Código Civil, en consonancia a lo pregonado por la jurisprudencia del máximo tribunal de esta jurisdicción, en sentencias como las SL31898 de 2008, SL4989-2018 y SL1429-2019, al tiempo de que COLPENSIONES tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que el hecho de que dicha entidad sea un tercero le impida hacerlo, habida cuenta de que esta entidad administra el régimen de prima media con prestación definida, máxime que de conformidad con el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 los dos regímenes de pensiones si bien coexisten son excluyentes, y por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado en el RAIS, consiguientemente la AFP deberá devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del actor, con independencia de si esta estuvo afiliado al ISS con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

En el anterior contexto, la Sala estima oportuno resaltar las prédicas de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en la sentencia SL2877-2020, en la que se recapitulan las implicaciones y consecuencias de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, de la cual se extrae que la devolución de los reseñados conceptos **i)** *“debe ser plena y con efectos retroactivos”*, incluyendo **ii)** *además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual,*

*los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones **debidamente indexados** durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima” (Decreto 3995 de 2008 artículo 7, Sentencia SU-062 de 2010), y que en tratándose de traslados horizontales entre varias AFP, éstas deben asumir la devolución de dichas partidas durante la vigencia de la vinculación, **iii)** “sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional”*

Así pues, carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de la información exigida, de no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, junto con los rubros definidos por la jurisprudencia, viéndose favorecida la AFP sin razón financiera atendible, habida cuenta que a pesar de que tales descuentos tuvieron un origen legal y sirvieron en su momento a un propósito jurídicamente preestablecido, como el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, la administración financiera de las cotizaciones o el fortalecimiento de un fondo de garantía, aquellos nunca hubieran sido detraídos por la AFP de no haberse verificado la afiliación y traslado de régimen pensional.

En esa misma dirección, esta Sala considera que hay lugar al traslado de todas las cotizaciones y sus rendimientos a COLPENSIONES, a propósito de que engrosen el fondo común de naturaleza pública, según las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, de modo que, se garantice no sólo la sostenibilidad financiera del sistema sino también la efectividad del principio de solidaridad de que trata el artículo 2 *ibídem*. Por demás, no hay lugar a reconocer restituciones mutuas (SL4322-2022), pues como se predica en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia, se deben devolver todos las partidas descontadas de las cotizaciones, y si bien esta Sala no desmerece que existe un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en torno del tema, es preciso indicar que tal acto versa sobre el traslado de régimen pensional por voluntad propia y no en virtud de la declaratoria de su ineficacia, amén de no ser de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales (CSJ, Radicación No 17784-2002); de ahí que, la Sala se aviene es al precedente jurisprudencial que en derredor del tema ha jalonado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como ampliamente quedó expuesto en líneas anteriores.

Así mismo, debe ordenarse que la devolución de los descuentos de manera indexada (SL 3321-2021, SL1637-2022 y SL2468-2023), atendiendo a que si bien aquella no fue impetrada con la demanda, esto es, no fue materia de debate en el presente proceso, debe procederse a su reconocimiento oficioso, en la medida en que ello no se traduce en una condena sino en el reconocimiento del efecto de la pérdida del valor o poder adquisitivo de

la moneda por el transcurso del tiempo de las sumas descontadas de las cotizaciones para dichos rubros, prohiéndose el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias de la Alta Corporación, como en la sentencia SL950-2022.

Adicionalmente, vale memorar los predicamentos del máximo tribunal de casación laboral, en la sentencia SL1126-2022, Radicación n.º90257, del 23 de marzo de 2022, M.P. Omar Ángel Mejía Amador, cuando describe de forma meridiana cuál es la carga asumida por los fondos privados, aun tratándose de traslados horizontales dentro del RAIS, y qué alcances tiene la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los siguientes términos: “...Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y las primas de los seguros previsionales, **sumas debidamente indexadas**, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020, SL 5595-2021). Y sin perjuicio de las acciones que pueda ejercer Colpensiones por los conceptos adeudados a favor del demandante generados en virtud de los múltiples traslados”. -Subrayas de la Sala-

Ello así, habrá de declararse la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional, a la vez de ordenar el retorno del actor al RPMPD a cargo de COLPENSIONES sin solución de continuidad, bajo la ficción jurídica de que nunca se desafilió de esta última entidad de seguridad social, junto a la devolución de todos los aportes en la cuenta de ahorro individual del demandante y rendimientos financieros irrogados, incluyendo los rubros descontados de las cotizaciones por la AFP PORVENIR S.A. (durante el tiempo de afiliación), los que deberán devolverse debidamente indexados, sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización de dichos montos, dado que los rendimientos se generan sobre los aportes en la CAI, mientras que la indexación sólo sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, todo lo descontado por gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y por comisiones o sumas adicionales de la aseguradora. En el sub examine, como quiera que la orden impartida a PORVENIR S.A. congloba no sólo los conceptos atrás delineados, sino además la indexación, se confirmará la decisión.

Frente a todas las devoluciones antes referidas, se precisará de igual modo que tal orden se deberá materializar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, atendiendo al término descrito normado en el inciso 3 del artículo 16 del Decreto 692 de 1994. Así mismo, se señalará que las aludidas devoluciones se deberán cumplir siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016.

2.8 Excepción de prescripción. En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, se memora que *“la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021).”* (SL3871-2021), a más de que esta Sala ha sido del iterativo criterio que en esta clase de procesos, las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia hacen imperativo el traslado de las aportaciones de manera integral, y al tratarse de un asunto íntimamente ligado con la materialización del derecho a la pensión de vejez, de naturaleza imprescriptible, unívoco tratamiento ha de reconocérsele (SL361-2019).

2.9 Costas. Costas en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y en favor de la parte demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de un (1) SMMLV, esto es, la suma de **\$ 1.300.000**, por haberse resuelto desfavorablemente el recurso de apelación propuesto, en aplicación de la regla prevista en el numeral 1 del artículo 365 del CGP. Las de primera instancia se confirman, pues la AFP del RAIS fungió como demandada y ejerció férrea defensa en punto a desestimar las pretensiones de la demanda, siendo la parte vencida en el proceso, con apego a lo dispuesto con el artículo 365 *ejusdem*; y en cuanto al monto fijado en la primera instancia, debe recordársele a la apoderada judicial de la alzadista que de conformidad con el artículo 366, numeral 5° *ibídem*, este asunto no puede ventilarse en sede del recurso de apelación contra la sentencia, en razón de no ser la oportunidad procesal para controvertir el monto liquidado de las costas procesales aprobadas.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, Sala Cuarta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia materia de apelación y consulta proferida el 21 de febrero de 2024 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y en favor del demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de \$ 1.300.000. Las costas de primera instancia se confirman.

Lo resuelto se notifica mediante **EDICTO**, acogíendose el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, vertido en la providencia AL2550-2021 del 23 de junio de 2021, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Déjese copia digital de lo decidido en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

Se declara así surtido el presente acto y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

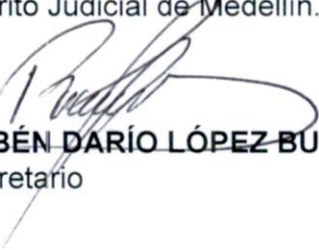

VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente


MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ
Magistrada


CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL

Se deja constancia de que las anteriores firmas corresponden a las firmas originales de los magistrados que integran la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario