

TEMA: DEBER DE INFORMACIÓN, ASESORÍA Y BUEN CONSEJO - 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. /

HECHOS: La señora (PCV) pretende que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen pensional efectuado al RAIS, y como consecuencia de ello, se ordene su retorno al RPMPD administrado por Colpensiones; que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y cuotas de administración. El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, concedió la totalidad de las pretensiones de la demanda. Debe definir la Sala, **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?

TESIS: 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 radicado n.º 31989 del 9 de septiembre de 2008 hasta la reciente sentencia SL509-2024, 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 de la persona afiliada esté consolidado, sea beneficiaria del régimen de transición, o esté próxima o no a pensionarse (SL4205-2022). (...) Frente a la información que se debía brindar para esa época año 1998, conviene rememorar por la Sala que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1452 de 2019, reiterada en la SL1217-2021, identificó como etapas subsecuentes de la evolución normativa en relación con el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones(...): 1 DEBER DE INFORMACIÓN (...) 2 DEBER DE INFORMACIÓN, ASESORÍA Y BUEN CONSEJO (...) 3 DEBER DE INFORMACIÓN, ASESORÍA, BUEN CONSEJO Y DOBLE ASESORÍA (...) En este caso, en lo concerniente a la afiliación inicial, únicamente se allegó el correspondiente formulario de afiliación y traslado al RAIS suscrito por la actora y el representante comercial de la AFP. En ese contexto, del formulario de afiliación prenotado 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.(...) Asimismo, nótese que ninguna probanza refleja que la AFP accionada ciertamente cumplió el deber de brindarle a la promotora de la litis una asesoría integral y cualificada en derredor con este acto jurídico de preponderante relevancia, así como tampoco adosó al diligenciamiento judicial los medios suasorios que acreditaran la información oportunamente brindada a la demandante, momentos previos a su afiliación y que la misma era apropiada en función de su situación pensional, de manera que, permita a este Colegiado determinar más allá de toda duda que la AFP PORVENIR ilustró a la interesada sobre las

características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales con miras a que adoptara una decisión lo suficientemente informada. (...) Por otra parte, en lo que respecta a los actos de relacionamiento con las AFP, anota este colegiado que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, (SL4205-2022) ha tenido la oportunidad de pronunciarse frente a la tesis expuesta por la Sala de Descongestión Laboral de la misma Alta Corporación, según la cual los traslados entre AFP del RAIS constituyen actos de relacionamiento con vocación de permanencia y suficiente conocimiento de causa, precisando en contrario: “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 obsta 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; razón de más para impartir confirmación a la sentencia de instancia en este tópico. (...) 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 frente a la inobservancia del consentimiento informado, la imposibilite para recibir los mentados aportes, por la simple y llana razón de que esta entidad administra el régimen de prima media con prestación definida, a más de que con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993 los dos regímenes de pensiones si bien coexisten son excluyentes. Así pues, 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 demandante, al margen de si esta estuvo afiliada al ISS con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. (...) 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

MP. VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

FECHA: 01/11/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: PATRICIA CORDERO VELÁSQUEZ
Demandados: COLPENSIONES Y OTRO
Procedencia: JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA n.º 196
Radicado n.º: 05001-31-05-013-2023-00407-01 (SO2-24-315)

En Medellín, al primer (1.º) día del mes de noviembre 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 **PATRICIA CORDERO VELÁSQUEZ** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, con radicado n.º 05001-31-05-013-2023-00407-01 (SO2-24-315)).

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 **PATRICIA CORDERO VELÁSQUEZ** pretende que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen pensional efectuado al RAIS, y como consecuencia de ello, se ordene su retorno al RPMPD administrado por Colpensiones; que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y cuotas de administración; y en últimas, que se condene en costas procesales al extremo pasivo de la relación procesal.

Como sustento fáctico del *petitum* sostuvo que nació el 20 de agosto de 1971; que se afilió al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. en el año 1988. Acotó que, al momento de su

vinculación no se le explicó la posibilidad de afiliarse al RPMPD, al propio tiempo de que no se le informó las características y diferencias que muestran uno y otro régimen pensional; por lo que petitionó su vinculación a COLPENSIONES E.I.C.E., entidad que en comunicado del 10-nov-2023 negó lo pretendido (doc.01, carp.01).

1.2 Trámite de primera instancia y contestación de la demanda. La demanda fue admitida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 07 de diciembre de 2023 (doc. 06, carp.01), con el cual ordenó su notificación y traslado a las partes accionadas.

1.2.1 Colpensiones: Una vez notificada, contestó la demanda a través de gestora judicial (doc. 09, carp.01), oportunidad en la cual se opuso a las pretensiones formuladas, con sustento en que la selección inicial del régimen de ahorro individual con solidaridad realizado por la demandante, fue una elección libre y voluntaria, subrayando que el concepto de “selección” implica una voluntad consciente para elegir entre uno u otro régimen, no estando supeditada al engaño o falta de información, aspecto que, deberá ser objeto de debate probatorio. Como excepciones de fondo formuló las que enunció inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas y la genérica. Por su parte, la AFP PORVENIR S.A. guardó silencio.

1.3 Decisión de primer grado. El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 06 de septiembre de 2024 (doc. 34, pág. 1 a 5 con audiencia virtual archivo nro. 31), con la que el cognoscente de instancia declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, condenando a la sociedad administradora PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la decisión, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, rendimientos que se hubieren causado y bono pensional cuando sea del caso.

En la misma dirección, condenó a COLPENSIONES E.I.C.E. a activar la afiliación de la pretensora en el régimen de prima media con prestación definida, de manera permanente y sin solución de continuidad. Finalmente, gravó en costas procesales a la AFP PORVENIR S.A.

1.4 Apelación. La decisión fue opugnada en apelación por la co-demandada COLPENSIONES E.I.C.E., en punto a que se revoquen parcialmente las órdenes

dispensadas por el cognoscente de primer nivel, para en su lugar, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. devolver las primas de seguros, los gastos de administración, y las sumas descontadas por concepto del porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, advirtiéndole que la actora permaneció vinculada al RAIS por un tiempo considerable y, siendo ello así, COLPENSIONES no administró los recursos que se derivaron de los aportes obligatorios. Luego entonces, la devolución de un afiliado en estas condiciones atenta contra el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del SGSSP.

1.5 Trámite de Segunda Instancia. El recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta fueron admitidos por esta corporación el 12 de septiembre de 2024 (Doc. 02, pág. 01 a 02), y en el mismo auto se corrió traslado a las partes, para que de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, presentaran alegatos de conclusión por escrito, de estimarlo del caso, siendo COLPENSIONES E.I.C.E. insistió en la revocatoria parcial de la sentencia rebatida y, en tal orden, argumentó se debe ordenar trasladar a esta administradora “(...) *la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, frutos e intereses, las cuotas de administración, la prima de reaseguros de FOGAFIN y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, todos estos conceptos debidamente indexados con cargo a sus propios recursos. Todo lo anterior a raíz de que, si la afiliada no va a hacer uso del fondo, es claro que no tiene que quedarse el mismo con ningún monto, máxime teniendo presente que el traslado efectuado se declaró ineficaz por lo que los efectos surtidos quedan sin valor alguno*”. Entretanto, la AFP PORVENIR reiteró, en lo fundamental, los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

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 COLPENSIONES E.I.C.E. 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 estudiará la providencia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública de seguridad social accionada, para lo cual se plantea el estudio de los siguientes:

2.2 Problemas jurídicos. El *quid* de la controversia 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, se sigue la tesis de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según la cual no se brindó la asesoría integral y cualificada que pregona el órgano de cierre, debiendo la AFP del RAIS asumir las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado y, que en aplicación de la regla de decisión del numeral 327, señalada en la sentencia SU-107 de 2024 por la Corte Constitucional se delineó la improcedencia de la devolución de las sumas descontadas para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, por seguros previsionales y por gastos o comisiones de administración con su indexación; siendo imperioso adicionar la sentencia recurrida y consultada, en tanto que al momento del traslado deberán observarse los lineamientos fijados en la reglamentación expedida para el efecto, atendiendo a 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 la accionante no es beneficiaria del régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en tanto no cotizó ni acreditó haber prestado sus servicios personales en época anterior al 1º de abril de 1994; que el 03 de febrero de 1998 se afilió a la AFP HORIZONTE S.A. hoy AFP PORVENIR S.A. (archivo No.17, págs.01 a 04; archivo No.02, pág.02); fondo privado donde se encuentra actualmente (archivo No.02, págs.03 a 08; archivo No.02), y que en últimas, el día 10 de noviembre de 2023 solicitó a COLPENSIONES E.I.C.E. su retorno al RPMPD (archivo.02, págs.09 a 12).

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 radicado n.º 31989 del 9 de septiembre de 2008 hasta la reciente sentencia SL509-2024, 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 de la persona afiliada esté consolidado, sea beneficiaria del régimen de transición, o esté próxima o no a pensionarse (SL4205-2022).

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998-, conviene recordar por la Sala que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1452 de 2019, reiterada en la SL1217-2021, identificó como etapas subsecuentes de la evolución normativa en relación con el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, las que a continuación se describen:

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 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, la Corte Constitucional en sentencia SU-107 del 09 de abril de 2024 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, indicando que *“es sumamente importante no despojar al juez de su papel de director del proceso, de su autonomía judicial para decretar y practicar todas las pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes para analizar las pretensiones o las excepciones propuestas y de su facultad para,*

conforme a las reglas de la sana crítica, valorar las pruebas con el objeto de resolver los casos de ineficacia de traslados de los afiliados del RPM al RAIS”.

Así las cosas, al ponderarse los lineamientos trazados por la Corte Constitucional vertidos en sus fallos más recientes, frente al *sub lite* se llegaría a la misma conclusión a la que arribó el juez de instancia, esto es, la procedencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, en consideración a las siguientes razones de orden fáctico, jurídico y probatorio.

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, oportuno es, 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 concluir que la norma acusada está acorde a los mandatos constitucionales, así:

*“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 lineamientos legales y jurisprudenciales, tenemos que, en lo concerniente a la afiliación inicial, únicamente se allegó el correspondiente formulario de afiliación y traslado al RAIS suscrito por la actora y el representante comercial de la AFP, (doc. 02 pág.02). En ese contexto, del formulario de afiliación prenotado 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, debe señalar la Sala 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 a la afiliada 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 acompañe con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

Debe destacarse que la AFP PORVENIR S.A. no contestó la demanda promovida por la señora PATRICIA CORDERO VELÁSQUEZ y, por ende, de acuerdo con la regla general del artículo 167 del CGP atinente a la carga correlativa de la prueba no sólo para el accionante sino para el excepcionante, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el ejecutivo de servicios que atendió a la litigiosa 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 referidas a que la reclamante haya permanecido afiliado en el RAIS, 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 la AFP estaba 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”*; más nada de esto se logró acreditar por PORVENIR S.A. en desarrollo de la actuación, pues al tratarse de información de ribetes tan técnicos y especializados, le correspondía a tal entidad demostrar su ocurrencia, lo que en materia de carga probatoria nos sitúa frente a una modulación a la regla general prístina, 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 ninguna probanza refleja que la AFP accionada ciertamente cumplió el deber de brindarle a la promotora de la litis una asesoría integral y cualificada en derredor con este acto jurídico de preponderante relevancia, así como tampoco adosó al diligenciamiento judicial los medios suasorios que acreditaran la información oportunamente brindada a la señora CORDERO VELÁSQUEZ momentos previos a su afiliación y que la misma era apropiada en función de su situación pensional, de manera que, permita a este Colegiado determinar más allá de toda duda que la AFP PORVENIR ilustró a la interesada sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales con miras a que adoptara una decisión lo suficientemente informada.

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, misma que 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 ineficacia del mismo.

En síntesis, conforme el artículo 61 del C.P.T y de la S.S, 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, por lo que colige la Sala que, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el 03 de febrero de 1998 a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A. (doc. 02 pág. 02).

2.7 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, delinea 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 cualificado de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado de régimen pensional y no con posterioridad, pues como se explicó, el (la) afiliado (a) requiere para tomar la mejor y más beneficiosa decisión al amparo de sus intereses y expectativas, de la entrega de datos completos y claros bajo las variables de tiempo, suficiencia y completitud, con las que le sea posible 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 lo contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia de información requerida.

Aúñese a lo anterior que, la Corte Suprema de Justicia estudió 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 *statu 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”*.

Por otra parte, en lo que respecta a los actos de relacionamiento con las AFP, anota este colegiado que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, (SL4205-2022) ha tenido la oportunidad de pronunciarse frente a la tesis expuesta por la Sala de Descongestión Laboral de la misma Alta Corporación, según la cual los traslados entre AFP del RAIS constituyen actos de relacionamiento con vocación de permanencia y suficiente conocimiento de causa, precisando en contrario: *“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 obsta 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; razón de más para impartir confirmación a la sentencia de instancia en este tópico.

2.8 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 frente a la inobservancia del consentimiento informado, la imposibilite para recibir los mentados aportes, por la simple y llana razón de que esta entidad administra el régimen de prima media con prestación definida, a más de que con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993 los dos regímenes de pensiones si bien coexisten son excluyentes. Así pues, 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 demandante, al margen de si esta estuvo afiliada 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 conceptos ordenados **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 en donde se involucran varias AFP, éstas deben asumir la devolución de dichos conceptos durante cada uno de los periodos de afiliación, y **iii)** *“sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional”*

Ahora bien, sobre esta específica temática también se pronunció la Corte Constitucional en la reciente sentencia SU-107 del 09 de abril de 2024, en la que razonó:

“En suma, ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional”.

(...)

y, (iii) en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada (supra 298 y ss).

Por tanto, ante la divergencia de criterio frente a algunos aspectos alusivos a las connotaciones jurídicas de la ineficacia del traslado, y atendiendo a los efectos “*inter pares*” que el numeral ordinal octavo del *decisum* de la mentada sentencia SU-107 de 2024 extiende a todas las demandas que estén en curso ante la jurisdicción ordinaria laboral, se impone armonizar la presente decisión a las reglas de unificación referidas en tal providencia, esto es, si bien se sigue la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en torno de la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional al RAIS por razón de la falta de consentimiento informado, es lo cierto que, de conformidad el referido numeral 327 de la sentencia SU-107 de 2024, tales premisas jurisprudenciales resultan irreconciliables con la orden de devolución indexada de los rubros por gastos o comisiones de administración, primas previsionales y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

No siendo lo anterior un óbice para declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, a la vez de ordenarse la vinculación formal de la actora al RPMPD a cargo de COLPENSIONES hacia el cual la actora focaliza su interés conforme con las directrices del artículo 2.2.2.1.8 del Decreto 790 de 2021¹ para garantizar la continuidad de sus derechos ante la seguridad social, junto el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual,

¹ **Decreto 790 de 2021, artículo 2.2.2.1.8.** Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de este para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar. **La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en el Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado.** Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por cualquier medio verificable, sea escrito o electrónico al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que este efectúe las cotizaciones a que haya lugar. Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

rendimientos y eventualmente el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, obligación que recae en la AFP PORVENIR S.A., en donde se encuentra actualmente afiliada la pretensora.

Frente al término en que debe proceder PORVENIR S.A. a devolver los aludidos conceptos, se precisará de igual modo que tal orden deberá materializarse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, atendiendo al término señalado en el inciso 3 del artículo 16 del Decreto 692 de 1994, como con acierto se determinó en sede de primer nivel. Así mismo, se señalará que las devoluciones en mención deberán cumplirse siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016.

2.9 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), allende 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).

2.10 Costas. Sin costas en esta instancia, en tanto y en cuanto, a pesar de que COLPENSIONES E.I.C.E. interpuso recurso de alzada, la sentencia se revisó en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor del mismo ente de seguridad social.

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: ADICIONAR la sentencia materia de apelación y consulta proferida el 06 de septiembre de 2024 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de

disponer que las devoluciones dispensadas deberán cumplirse siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016, según y conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. 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