

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO / DEBER DE INFORMACIÓN - En el hecho de que no informar debidamente a los usuarios, conforme al estándar exigido por las normas vigentes al momento en que estos efectuaron su respectivo traslado, genera la ineficacia del mismo pues esa es la consecuencia jurídica que determina el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 a la práctica de obstruir el derecho a la libre elección entre regímenes / **CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA** - Se enmarca dentro del núcleo central de la providencia SU-107 de 2024 – Busca no desconocer el papel del juez como director del proceso donde este también pueda hacer uso de las pruebas de oficio, y donde además se busca una posición más activa en materia de pruebas, tanto por parte del demandante y del demandado, como por parte del juez. / **BONO PENSIONAL TIPO A** /

HECHOS: Tras la solicitud del demandante de dejar sin efecto su vinculación al RAIS; y, en consecuencia, se declare que se mantuvo afiliado sin solución de continuidad al RPM, el juzgado de conocimiento se pronunció al respecto y declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS, condenando a Porvenir S.A. a que traslade todo lo ahorrado en la cuenta individual del afiliado, con sus rendimientos, bonos pensionales, cuotas o gastos de administración, sumas adicionales de seguros previsionales y los reaseguros Fogafin, la garantía de la pensión mínima, que se hubieren generado en el periodo que estuvo afiliada, sumas que debe devolver debidamente indexadas. Asimismo, ordenó a Colpensiones a recibir la totalidad de los aportes remitidos por la AFP privada y reactivar la afiliación, convalidando dichos aportes en semanas que se vean reflejadas en la historia laboral. Esta decisión fue apelada por Porvenir S.A., y se conoce además en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Por lo tanto, le corresponde a esta Sala determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen del demandante resulta o no eficaz, determinar cuáles son las consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia y revisar si operó la prescripción.

TEMA: (...) La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL1688-2019, SL4360-2019, SL4426-2019, SL2611-2020, SL2877-2020, SL1217-2021 y SL755-2022. (...) En el caso sometido a estudio, la primera afiliación del demandante la hizo al RAIS a través de Porvenir S.A. el 19 de diciembre de 1995, ciclo para el cual la jurisprudencia interpretando artículo 97 del Decreto 663 de 1993 ha exigido la demostración por parte de las administradoras de pensiones del cumplimiento del deber entregar una información necesaria y transparente, conceptos que se explican en la sentencia SL1452-2019. (...) Sin embargo, cabe resaltar que en aquellos procesos en los que se pretende la ineficacia de la afiliación a un fondo de pensiones, en atención a la falta del deber de información, la Corte Constitucional en sentencia SU-107 de 2024, al referirse a la carga de la prueba, señaló que se reconoce que la Constitución y la ley procesal no permiten imponer cargas probatorias imposibles de cumplir para ninguna de las partes (ni al afiliado, ni a la AFP), y que por ello es de suma importancia 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, pero en momento alguno se precisa que se despoje de la carga de la prueba que tienen las AFP de demostrar la debida y suficiente información que dieron al afiliado

al momento del traslado. (...) (...) Es importante señalar que si bien el actor se afilió inicialmente a Porvenir S.A., en estos casos debe entenderse que la selección del régimen pensional debió darse de manera libre y voluntaria como lo exige la ley 100 de 1993 en su artículo 13 literal b; no obstante, al declararse la ineficacia de la afiliación inicial, en este proceso judicial el actor manifiesta su interés de pertenecer al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por Colpensiones, resaltándose que la ratio decidendi de las providencias enunciadas en esta providencia sí resultan plenamente aplicable a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por primera vez, debido a que lo relevante de estos casos es que se acredite dentro del proceso por la AFP privada que suministró la información clara, completa, suficiente, en términos de transparencia y eficiencia, lo cual no se acreditó. (...) En lo relacionado con los efectos de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, la Corte Constitucional en la multicitada sentencia SU-107 de 2024 expresó, entre otros argumentos, que *“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”*. Agregó que *“no es lo mismo haber estado siempre vinculado al RPM, que pasar a dicho régimen a último momento por cuenta de la declaratoria judicial de la ineficacia de un traslado”* (...) Esta Sala del Tribunal respetuosamente se aparta de la postura de la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, para en su lugar seguir acogiendo el criterio del órgano de cierre de la justicia ordinaria, en la medida de que no puede desconocerse que la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS implica necesariamente que no se estuvo afiliado en este régimen pensional y en su lugar, siempre se consideró afiliado al RPMPD, por lo que, ante la inexistencia de vinculación a los fondos privados de pensiones y al retrotraerse la afiliación al estado inicial, las consecuencias implican que deban devolverse la totalidad de los conceptos causados desde la creación del acto ineficaz. (...) En lo que tiene que ver con la prescripción, encuentra la Sala que esta excepción no está llamada a prosperar, puesto que, la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos. En este sentido se remite a la lectura de las sentencias SL-1688-2019, SL-3202-2021 y SL-3199-2021.

M.P: CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

FECHA: 24/05/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL
Acta 119

Medellín, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

En la fecha, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelve el recurso y grado jurisdiccional de consulta, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **JULIO CESAR URIBE** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**.

De acuerdo a lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere de forma escrita.

ANTECEDENTES

Pretensiones

El demandante solicita que se deje sin efecto su vinculación al RAIS; y, en consecuencia, se declare que se mantuvo afiliado sin solución de continuidad al RPM administrado en la actualidad por **Colpensiones**.

Se condene a **Porvenir S.A.** a trasladar a **Colpensiones** los aportes y rendimientos recibidos con motivo de su vinculación.

Hechos

Como fundamento de sus pretensiones indica que fue afiliado por primera vez a un fondo de pensiones, concretamente a Porvenir S.A., el 19 de diciembre de 1995.

Para el momento del traslado no se le brindó la asesoría respectiva al momento de la afiliación, toda vez que la escogencia del fondo la hizo su empleador.

Respuesta Colpensiones

Entidad a través de apoderado manifestó que es cierto que el demandante nunca ha estado afiliado al RPM, por tanto, no debe asumir responsabilidades al respecto.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: Falta de causa para demanda, falta de legitimación en la causa por activa, inexistencia de la obligación, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema, buena de fe, prescripción, compensación e imposibilidad de condena en costas.

Respuesta Porvenir S.A.

Fondo privado a través de apoderada manifestó que es cierto que la demandante suscribió formulario de vinculación a esa administradora en el año 1995, afiliación que se realizó con el cumplimiento de los parámetros legales de información exigidos para ese momento y de cual es prueba el formulario debidamente diligenciado.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de recursos públicos, reconocimiento de restitución mutua e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional.

Sentencia de primera instancia

La Juez Doce Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia **25 de enero de 2024, declaró** la ineficacia de la afiliación al RAIS, condenando a **Porvenir S.A.** a que traslade dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todo lo ahorrado en la cuenta individual del afiliado, con sus rendimientos, bonos pensionales, cuotas o gastos de administración, sumas adicionales de seguros previsionales y los reaseguros fogafin, la garantía de la pensión mínima, que se hubieren generado en el periodo que estuvo afiliada, sumas que debe devolver debidamente indexadas.

De otro lado, ordenó a **Colpensiones** a recibir la totalidad de los aportes remitidos por la AFP privada y reactivar la afiliación, convalidando dichos aportes en semanas que se vean reflejadas en la historia laboral.

Esta decisión fue apelada por Porvenir S.A., y se conoce además en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Recurso Porvenir S.A.

El fondo privado solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que cuando se afilió el actor, se le brindó una correcta y debida información y su vinculación fue libre y voluntaria, según se exigía únicamente el formulario para ese momento.

De otro lado solicita que no se ordene devolver gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima, toda vez que son descuentos autorizados por la ley 100 en su art. 20 al existir una buena gestión de administración.

Los descuentos para seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes fueron descuentos girados a las aseguradoras, que son terceros de buena fe y ninguno de los rubros se encuentra en el patrimonio del fondo.

Alegatos de conclusión

Corrido el término de traslado que señala la ley 2213 de junio de 2022. Porvenir S.A. señaló:

En torno a las condenas impuestas, por las siguientes razones: Sea lo primero mencionar que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4211 del 23 de agosto de 2021, Magistrada Ponente: Cecilia Margarita Durán Ujueta, estudió un caso similar al que nos ocupa, en el cual, el afiliado no se trasladó de régimen, sino que su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se trató de una vinculación inicial al Sistema General de Pensiones y determinó que no era procedente la aplicación de la figura de la ineficacia de la afiliación por desconocimiento de la libertad informada, debido a que al declararse la isma, las cotizaciones deberían reintegrarse al afiliado y al empleador, según el vínculo bajo el cual se hicieron aquellas cotizaciones, ya que antes de la vinculación, el afiliado no hacía parte del Sistema General de Pensiones; razón por la cual, el reintegro en esos términos, perjudicaba no sólo al afiliado, sino también a los actuales y futuros pensionados, como también a la sostenibilidad financiera del Sistema.

Ahora bien, al realizar un análisis de la prueba documental obrante en el expediente, es claro y evidente que el demandante antes de su vinculación al RAIS, a través del Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por PORVENIR, NO se encontraba vinculado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; razón por la cual, no efectuó ninguna cotización a dicho régimen. No puede pretender la parte demandante que se declare la ineficacia de un traslado que nunca existió, ni buscar un beneficio o provecho de un régimen al que nunca ha pertenecido. En consecuencia, si bien el precedente jurisprudencial en los procesos de ineficacia de la afiliación, ha determinado que las AFP están obligadas a dar una información clara, cierta, comprensible, oportuna y completa, lo cierto es que no resulta posible acudir a la figura de la ineficacia del traslado en el caso del demandante, ya que nos encontramos con un escenario diferente, porque el demandante no hacía parte del Sistema Pensional antes de haberse vinculado al RAIS. No obstante, es claro y evidente que el demandante sí recibió asesoría completa y suficiente al momento de afiliarse al Sistema Pensional.

En ese sentido, no es posible, ni racional y mucho menos jurídicamente aceptable, que se declare la ineficacia de un traslado de régimen que nunca nació a la vida jurídica, pues reiteramos que aquí lo que se produjo fue una vinculación inicial al Sistema General de Pensiones, por lo tanto, acceder a dicha pretensión, atentaría contra la seguridad jurídica y el principio de sostenibilidad financiera del sistema. De acuerdo a la M.P María Dorian Álvarez de la Sala Laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Manizales, en sentencia dentro del proceso con número de radicado 17001310500320200050602, considera que no es viable la declaratoria de ineficacia y disponer que las cosas retornen a su estado natural, pues esto significaría a la luz del artículo 271 de la ley 100 de 1993, que el afiliado pierde dicha calidad, sin la posibilidad de que las cotizaciones efectuadas previo a dicha declaratoria se remitan a otro régimen, pues se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera al imponer a un régimen la obligación de responder por una prestación que nunca construyó para su imperio y en caso del RPM, no contribuyó en ningún momento al fondo común, con lo cual podría llegar a afectar el derecho pensional de los actuales y futuros.

En ese sentido, la declaratoria de ineficacia tendría por efecto el reintegrar las cotizaciones a la afiliada y al empleador, según corresponda. En cuanto a la condena en costas estamos en total desacuerdo, ya que PORVENIR, actuó con base en la normatividad vigente al momento en que la Demandante se trasladó de régimen. La facultad y competencia para declarar la ineficacia de un traslado recae, de forma exclusiva, en la Justicia Ordinaria. Por estas razones, consideramos que la sentencia de primera instancia está completamente ajustada a derecho y a la realidad; motivo por el cual, solicitamos a ustedes, Honorables Magistrados, que la misma sea confirmada en todas sus partes.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Los problemas jurídicos a resolver en esta segunda instancia conforme con el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta, serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen del demandante resulta o no eficaz, (ii) Determinar cuáles son las consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia (iii) revisar si operó la prescripción.

Pruebas relevantes

Antes de resolver considera la Sala importante realizar las siguientes precisiones de conformidad con las pruebas que obran en el expediente:

- El señor **Julio Cesar Uribe** fue afiliado a **Porvenir S.A.** el día **19 de diciembre de 1995.**

Efectuadas las anteriores precisiones procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento:

De la obligación de información al momento de vincularse al Sistema General de Pensiones Consagrado en la Ley 100 de 1993

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL1688-2019, SL4360-2019, SL4426-2019, SL2611-2020, SL2877-2020, SL1217-2021 y SL755-2022.

En las providencias citadas el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: (i) desde la fundación de las AFP, segundo momento, (ii) desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y (iii) a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En el caso sometido a estudio, la primera afiliación del demandante la hizo al RAIS a través de **Porvenir S.A.** el **19 de diciembre de 1995**, ciclo para el cual la jurisprudencia interpretando artículo 97 del Decreto 663 de 1993 ha exigido la demostración por parte de las administradoras de pensiones del cumplimiento del deber entregar una información necesaria y trasparente, conceptos que se explican en la sentencia SL1452-2019 de la siguiente forma:

Información necesaria: consistente en la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que implica un comparativo entre las vigentes, así como de las consecuencias jurídicas de la afiliación a este fondo y no al RPM

Transparencia: La AFP a través de su promotor debe comunicar a su potencial afiliado en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios.

El anterior deber trae en lo procesal para la administradora de pensiones, demostrar que suministró al posible afiliado una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen, para solo a partir de este conocimiento concluir que se garantizó su derecho al ejercicio de una libre selección de régimen pensional.

El anterior deber trae en lo procesal una carga que recae en la administradora de pensiones, y es demostrar que suministró al posible afiliado una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen, para solo a partir de este conocimiento concluir que se garantizó su derecho al ejercicio de una libre selección de régimen pensional.

En lo que respecta a la reciente sentencia SU-107 de 2024 proferida por la Corte Constitucional, valga la pena resaltar el análisis histórico que se hace del sistema general de pensiones a partir de la expedición de la ley 100 de 1993, las reglas de traslado entre los regímenes, reglas relacionados con el deber de información de quien pretende afiliarse o trasladarse, entre otras, y en especial las reglas sobre la carga de la prueba en materia de procesos de ineficacia.

Asimismo, señaló las reglas de unificación a aplicar con efectos inter pares, expresando puntualmente que *“las reglas probatorias establecidas en los fundamentos jurídicos 327-333 tendrán efectos inter pares, por lo cual habrán de ser aplicadas directamente en los procesos en curso de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, así como también en aquellos litigios que se susciten ante los jueces de tutela”*

En aquellos procesos en los que se pretende la ineficacia de la afiliación a un fondo de pensiones, en atención a la falta del deber de información, la Corte Constitucional en sentencia SU-107 de 2024, al referirse a la carga de la prueba, señaló que se reconoce que la Constitución y la ley procesal no permiten imponer cargas probatorias imposibles de cumplir para ninguna de las partes (ni al afiliado, ni a la AFP), y que por ello es de suma importancia 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, **pero en momento alguno se precisa que se despoje de la carga de la prueba que tienen las AFP de demostrar la debida y suficiente información que dieron al afiliado al momento del traslado.**

En este contexto precisó la Corte Constitucional que *“exigir, de manera exclusiva, a las personas demostrar que la administradora no les brindó la información suficiente respecto de su traslado, sí podría implicar una carga importante y desproporcionada para ellas”*

Del mismo modo, si bien se acepta que en algunos casos podría atribuirse a la parte demandante, también es clara la corte en indicar que *“la imposición desproporcionada de cargas probatorias al afiliado puede derivar en el desconocimiento de su derecho al debido proceso o en el acceso efectivo a la administración de justicia”*

Se concluye, entonces, que la posición de la Corte Constitucional en la mencionada providencia SU-107 de 2024, respecto a la **carga dinámica de la prueba**, es clara en el sentido de que, no es que no pueda invertirse la carga de la prueba para que las AFP demuestren que suministraron una información real y efectiva al afiliado y que en este sentido cumplieron con el deber de información, sino que lo que se enmarca dentro del núcleo central de la mencionada providencia es que **no se desconozca el papel del juez como director del proceso** donde este también pueda hacer uso de las pruebas de oficio, y donde además se busca una posición más activa en materia de pruebas, tanto por parte del demandante y del demandado, como por parte del juez.

En este contexto se precisa que el juez a la hora de emitir la sentencia y de valorar las pruebas en su conjunto conforme a las reglas de la sala crítica debería tener en cuenta, entre otras cosas, lo siguiente:

- *“Analizar si el afiliado conocía las consecuencias que tendría al trasladarse al RAIS, en el periodo 1993-2009 identificando si en los términos del artículo 13, literal b, de la Ley 100 de 1993 y del artículo 97 -numeral 1- del Decreto 663 de 1993, los asesores de las AFP comunicaron sobre: a) los riesgos que se reconocen en el RAIS; a) las posibilidades de efectuar cotizaciones adicionales; c) las consecuencias que tendría el no reunir el capital mínimo exigido para pensionarse por vejez; d) la garantía de la pensión mínima; o, e) la devolución de saldos, etc”.*
- *“Decretar, practicar y valorar en igualdad todas las pruebas que soliciten las partes que sean necesarias, pertinentes y conducentes para demostrar los hechos que sirven de causa a las pretensiones o las excepciones”*
- *“Valorar las pruebas decretadas y debidamente practicadas con su intermediación, de manera individual y en su conjunto con las demás, luego de lo*

cual puede determinar el grado de convicción que aquellas ofrecen sobre lo ocurrido”.

- *“En lo relativo a las pruebas documentales, **el juez puede oficiar** para que se aporte al expediente ordinario, por ejemplo, el formulario de afiliación”.* Frente a este punto la Corte Constitucional acepta y comparte igualmente el criterio de la corte Suprema de Justicia en el entendido de que esa sola prueba no demuestra, per se, el suministro de información y que, por tanto, no puede ser suficiente para absolver a las demandadas, y que por lo tanto dicho formulario debe ser una prueba más en el expediente que deberá ser estudiado en su conjunto con las demás que se alleguen.
- **La prueba documental no es suficiente** por si sola para tener por probado que la información realmente se entregó por lo que corresponde al juez acudir, por ejemplo, **a los interrogatorios**, donde se pueden *“formular diversas preguntas sobre las circunstancias en que pudo -o no- prestarse la información que se echa de menos, esto en los términos dispuestos en los artículos 59 y 77 del CPTSS, y 198 del CGP”.*
- **Tener en cuenta los testimonios que puedan presentarse** *“específicamente cuando se citan personas que pudieron atender la asesoría en un mismo espacio, y que por ello pudieron escuchar los argumentos presentados por los asesores de las AFP cuando conminaron a diversos ciudadanos a trasladarse al RAIS”.*
- **Acudir a la prueba indiciaria** si lo estima necesario, en los términos de los artículos 176 y 242 del CGP.

En lo que respecta al presente asunto, **Porvenir S.A.** al dar respuesta a la demanda y en su recurso, indicó que la afiliación del actor estuvo precedida de una asesoría integral y completa, de acuerdo a las exigencias del momento que para la fecha del traslado, únicamente era la suscripción del formulario de afiliación¹, debiendo recordarse que la suscripción de este documento apenas implica que hubo un consentimiento libre de vicios² pero no informado.

En el presente caso con relación al interrogatorio rendido por la actora, no se encontró algún tipo de confesión, toda vez que se informó al actor que las condiciones en el fondo privado y que era mejor trasladarse ya que iba desaparecer.

¹En lo referente a la aplicación de la carga de la prueba se indicó en sentencia SL-081-2021, lo siguiente: “Por tal razón, si la parte actora alude a la ausencia de tal información, como ocurre en este caso, no es de su cargo demostrar tal omisión, pues corresponde a un hecho negativo. Por el contrario, es deber de la AFP traer a juicio los elementos de prueba que permitan establecer que, al momento de la afiliación, brindó las explicaciones suficientes y veraces sobre las consecuencias, beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Así, si a la administradora se le adjudica el incumplimiento de su deber profesional y de no actuar con diligencia, entonces incumbe a ésta acreditar que sí atendió tales obligaciones. Además, es la entidad quien se encuentra en mejor posición probatoria para allegar los elementos de prueba requeridos para esclarecer hechos como los que aquí se discuten.”

² Sentencias SL-4426-2019, SL-782 de 2021 y SL-1743 de 2021.

Pues bien, frente al deber de información necesario y de transparencia mencionado anteriormente, deber que trae en lo procesal una carga que recae en la administradora de pensiones y es demostrar que suministró al posible afiliado una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen, para solo a partir de este conocimiento concluir que se garantizó su derecho al ejercicio de una libre selección de régimen pensional. No es suficiente con informar las ventajas de uno de los regímenes. En este sentido, la Corte Constitucional coincide con el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Así lo indicó en la referida sentencia SU-107 de 2024, al señalar que *“También se coincide con la Corte Suprema de Justicia en el hecho de que no informar debidamente a los usuarios, conforme al estándar exigido por las normas vigentes al momento en que estos efectuaron su respectivo traslado, genera la ineficacia del mismo pues esa es la consecuencia jurídica que determina el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 a la práctica de obstruir (en este caso a través del ocultamiento de datos relevantes) el derecho a la libre elección entre regímenes”*

Sin dejar de atender el criterio de la Corte Constitucional sobre la **carga de la prueba** no se puede desconocer lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4426-2019, donde expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada -la de que no recibió información- y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado.

Es importante señalar que si bien el actora se afilió inicialmente a Porvenir S.A., en estos casos debe entenderse que la selección del régimen pensional debió darse de manera libre y voluntaria como lo exige la ley 100 de 1993 en su artículo 13 literal b; no obstante, al declararse la ineficacia de la afiliación inicial, en este proceso judicial el actor manifiesta su interés de pertenecer al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por Colpensiones, resaltándose que la **ratio decidendi** de las providencias enunciadas en esta providencia sí resultan plenamente aplicable a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por primera vez, debido a que lo relevante de estos casos es que se acredite dentro del proceso por la AFP privada que suministró la información clara, completa, suficiente, en términos de transparencia y eficiencia, lo cual no se acreditó.

Y es que, sobre las obligaciones que recaen en las administradoras de pensiones es bastante ilustrativa la sentencia SL782-2021, donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que:

...i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

De otro lado, es necesario recordar que situaciones como la permanencia por un lapso significativo de tiempo en el RAIS y el traslado entre administradoras privadas, no tienen como consecuencia el saneamiento de una vinculación afectada por la ineficacia, en tal sentido vale la pena remitir a la lectura de la sentencia SL3349-2021, en la que, respecto de este tema, la Corte Suprema de Justicia, indicó:

Así como la Corte ha determinado que el hecho de tener sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello se derive una suerte de purga en el deber de información o de convalidación en su incumplimiento, tampoco el hecho de que el impugnante se haya vinculado, de manera discontinua al RAIS, aún con la misma administradora, significa per se que se tenga suficiente ilustración, conocimiento o comprensión de cada uno de los regímenes o que, se itera, tal situación releve del cumplimiento de sus deberes a la AFP, como lo exigen las normas aplicables en el momento en que acaezca tal evento.

Por lo expuesto encuentra la Sala que al no demostrar que este fondo cumpliera con su deber de información, la consecuencia es que la afiliación inicial efectuada a Protección S.A., como fondo inicial, devenga ineficaz de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por lo que se **CONFIRMA** el fallo de instancia.

Implicaciones de la declaratoria de ineficacia para las administradoras de pensiones

La Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008 advirtió sobre la necesidad que existe cuando se declare lo que para aquel momento se denominó *nulidad* de que la administradora de pensiones que la generó devuelva todo lo recibido para lo cual se debe aplicar el artículo 1746 del Código Civil que trata sobre las restituciones mutuas en los eventos de nulidad relativa y el artículo 963 del Código de Comercio, que establece que el aumento del valor del bien quedara en cabeza del vendedor (en este caso del afiliado) cuando la restitución se deba a incumplimiento del comprador (AFP RAIS).

Esta teoría fue desarrollada por más de 10 años por la jurisprudencia especializada laboral, que, en sentencia SL-4360 de 2019, explicó que al no existir un camino demarcado por el legislador cuando se declare la ineficacia en *stricto sensu*, la institución de inmediata referencia es la nulidad que consagra unas consecuencias idénticas, consistentes en la vuelta al *statu quo ante*

En lo relacionado con los efectos de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, la Corte Constitucional en la multicitada sentencia SU-107 de 2024 expresó, entre otros argumentos, que *“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”*. Agregó que *“no es lo mismo haber estado siempre vinculado al RPM, que pasar a dicho régimen a último momento por cuenta de la declaratoria judicial de la ineficacia de un traslado”*

En este asunto existe una disparidad de criterios entre ambas cortes. De un lado, la Corte Constitucional sostiene que no se deben devolver las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima combinada o indexada; por otra parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que se deben devolver todos los conceptos debidamente indexados.

Esta Sala del Tribunal respetuosamente se aparta de la postura de la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, para en su lugar seguir acogiendo el criterio del órgano de cierre de la justicia ordinaria, en la medida de que no puede desconocerse que la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS implica necesariamente que no se estuvo afiliado en este régimen pensional y en su lugar, siempre se consideró afiliado al RPMPD, por lo que, ante la inexistencia de vinculación a los fondos privados de pensiones y al retrotraerse la afiliación al estado inicial, las consecuencias implican que deban devolverse la totalidad de los conceptos causados desde la creación del acto ineficaz.

Lo anterior no implica una afectación a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, en la medida que los conceptos a devolver serán a cargo de los fondos privados de pensiones, con cargo a sus propios recursos, por ser los causantes del conflicto de afiliación ante la falta de una asesoría integral.

Lo dicho también tiene sustento en lo regulado por el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, que refiere a la responsabilidad de los promotores, norma que señaló que *“Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones”*

Frente a las consecuencias que implican la devolución de todos los conceptos causados desde la creación del acto ineficaz, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia SL509-2024 indicó que *“En este contexto, la sentencia que declara la ineficacia simplemente constata un estado de*

cosas preexistente, es decir, la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional. Esta situación implica negarle efecto al traslado, tratándolo como si nunca hubiera ocurrido (...) si la ineficacia implica que el afiliado nunca abandonó el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), entonces esos recursos, desde la creación del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”

Para la vuelta a ese estado inicial del negocio regulada en el artículo 1746 del CC, es necesario además tener en cuenta que la seguridad social se rige por unos principios que le son propios y que deben ser aplicados por el juez con el fin de que la vuelta a ese statu quo se dé a través de soluciones que resarzan y compensen los perjuicios ocasionados al afiliado, los que conforme con la jurisprudencia se resumen en los siguientes conceptos:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM³.
2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador⁴.
3. **Los gastos de administración:** De conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el 3% de la cotización de los afiliados se destinará se a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, concepto que al declararse la ineficacia de la afiliación y la ficción de que las cosas vuelvan al estado inicial como si esta no se hubiera producido, debe ser devuelto a la administradora del RPM debidamente indexado, puesto que no está obligada la entidad que no tuvo nada que ver con la infracción a la ley a soportar sus efectos privándosele de recibir los mismos, máxime cuando el mismo artículo 20 también consagra este concepto en su favor⁵.

³ Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

⁴ Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

⁵ En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ-SL 2611-2020 y CSJ SL 2877-2020.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016.

Esta orden en particular cuenta con reciente sustento jurisprudencial en la sentencia SL 2877-2020 en la cual la Corte Suprema de Justicia la encontró procedente, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

A partir de lo explicado la Sala considera que le asistió razón a la juez de primera instancia con respecto a los conceptos que deberán ser trasladados por **Porvenir S.A., a Colpensiones**, desestimando en ese sentido el recurso de Porvenir S.A.

Debiendo ser **ADICIONADA** la decisión de primera instancia, para **ordenar** a **Porvenir S.A.**, que, al momento de cumplir con la orden de traslado, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Devolución del Bono Pensional Tipo A

Conforme lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 los bonos pensionales constituyen un aporte para conformar el capital que requieren los afiliados del Sistema General de Pensiones para financiar la pensión.

Los bonos tienen varias clasificaciones; importando para el caso que se resuelve el tipo A, que corresponden al afiliado que se traslada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

Este mecanismo de financiación de la pensión antes de su pago debe surtir varias etapas entre las que se encuentran la emisión, expedición, redención y pago, en el caso estudiado, y dado que a la fecha se desconoce si este ha sido recibido por **Porvenir S.A.** por lo que se **revocará** la decisión de primera instancia en cuanto ordenó su devolución a **Colpensiones**, indicando que en el caso en que se haya recibido el mismo deberá ser restituido a la oficina de bonos pensionales del **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, para que esta entidad proceda con su anulación.

De la excepción de prescripción

En lo que tiene que ver con la prescripción, encuentra la Sala que esta excepción no está llamada a prosperar, puesto que, la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos. En este sentido se remite a la lectura de las sentencias SL-1688-2019, SL-3202-2021 y SL-3199-2021.

Costas

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir y a favor del demandante, las agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.300.000.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

ADICIONAR la sentencia de primera instancia, dictada por la Juez Doce Laboral del Circuito de Medellín, el día 25 de enero de 2024, dentro del proceso ordinario laboral de **JULIO CESAR URIBE** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, para en su lugar indicar a **Porvenir S.A.**, que, al momento de cumplir con la orden de traslado, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

REVOCAR en cuanto se ordenó a **Porvenir S.A.** la devolución del bono pensional de la actora a **COLPENSIONES**, para en su lugar indicar que en caso de que el mismo haya sido recibido se proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, para que esta entidad proceda con su anulación.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir y a favor del demandante, las agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.300.000.

La anterior decisión se notifica por **EDICTO**.

Radicado 05001310501220220051301
Radicado Interno: P03724
Asunto: Confirma, adiciona y revoca sentencia

Los magistrados


CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA


HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO