

TEMA: LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN PENSIONAL DEBE SER LIBRE Y VOLUNTARIA - Resulta cardinal la elección del régimen pensional que responda a las necesidades y perfil de cada afiliado, siendo vital el papel desempeñado por las administradoras de pensiones en la información que suministran previa a su elección, en la gestión y acompañamiento que brinden al afiliado en el transcurso del trayecto pensional, así como en la fase de la definición de un derecho pensional. / **INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA** - Dentro de los procesos de ineficacia de traslado, la persona alega en su demanda que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. /

HECHOS: Lo pretendido por la actora es que se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- y como consecuencia de ello, se ordene su regreso sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM-.

TESIS: Para el afiliado, quien en la mayoría de los casos es lego en la materia, es trascendental esa información que suministre en la antesala de la afiliación la administradora de pensiones, de forma que el afiliado deposita toda su confianza en esta entidad, quien tiene el deber legal de asesorarlo plenamente, como quiera que dicha decisión tiene implicaciones a corto, mediano y largo plazo sobre su futuro pensional. (...) Todo ello explica el porqué es importante la elección de régimen pensional, siendo el acto jurídico de afiliación o de traslado un asunto crítico y que debe estar revestido de la información suficiente, deber de orden legal que recae en las administradoras de pensiones. (...) La elección de régimen pensional es libre y voluntaria, la cual sólo se predica cuando el acto fue suficientemente informado, consentimiento que cuando no es perfeccionado comporta indefectiblemente a que el acto no produzca efectos, esto es, se reputa ineficaz. (...) implica para las administradoras de fondos de pensiones la obligación de: i. Estudiar el caso concreto de cada afiliado, ii. Informarle como buen experto y profesional en la materia, las condiciones favorables y desfavorables de la operación que se va a surtir, iii. acompañarlo en todo su trayecto pensional como un buen asesor a su consumidor financiero e, inclusive ha llegado la legislación a exigirles. Hacer un estudio comparativo con el régimen del cual proviene y al cual se dirige, es decir, todas estas normas enmarcadas en el deber de orientar al afiliado sobre las disposiciones del SGP y del régimen pensional al cual se aspira pertenecer. (...) sobre la validez del formulario de afiliación, dice la SL, J que el deber de información es ineludible, por lo que el simple consentimiento vertido en un formulario de afiliación resulta insuficiente. Sobre el origen del deber de información destaca que el deber de información cada vez involucra un mayor nivel de exigencia a medida que se genera una conciencia de las implicaciones, derechos y deberes que implica la afiliación al sistema general de pensiones. (...) Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información de manera completa, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en una mejor posición de hacerlo. Postulado que se compagina con los principios de justicia y buena fe, el cual se concreta en la institución de la carga dinámica de la prueba, en la medida que las administradoras de fondos de pensiones que afirman que sí brindaron una información suficiente, cuentan también con unas mejores condiciones para demostrarlo.

MP. LILIANA MARIA CASTAÑEDA DUQUE

FECHA: 31/08/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA.



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA LABORAL

Medellín, Agosto 31 de 2023

Radicado: 05001-31-05-016-2018-00375-01
Demandante: RUT MIRIAM CARTAGENA ARANGO
Demandados: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA-CONSULTA.
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO ENTRE REGÍMENES

La Sala Sexta de decisión, presidida por la magistrada ponente **LILIANA MARIA CASTAÑEDA DUQUE**, e integrada por la Dra. **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ** y el Dr. **JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ**, dado el impedimento presentado por la Dra. **MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA**, procede a emitir sentencia dentro del proceso ordinario laboral de la referencia; decisión que se emite en forma escrita atendiendo a las disposiciones del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

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

1. ANTECEDENTES.

De la demanda presentada.¹

Lo pretendido por la actora es que se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- y como consecuencia de

¹ 01PrimeraInstancia.Archivo 03 del expediente digital.

ello, se ordene su regreso sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM-.

Como fundamento a esta solicitud, manifestó la actora que nació el 22 de septiembre de 1964 y que para la fecha de presentación de la demanda contaba con 54 años. Indicó más adelante que su primera afiliación al sistema pensional se dio en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el mes de abril de 1989.

Posteriormente afirmó que para el **año 1998** se trasladó de régimen de pensiones, esto es, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, éste último administrado por **PROTECCIÓN S.A.** al cual viene afiliada actualmente. Agrega la actora que no obtuvo información sobre su caso en particular por parte de la administradora de pensiones privada demandada, ni las consecuencias que tendría su traslado al RAIS.

De la respuesta a la demanda.

Por parte de Colpensiones. ²

Esta entidad al momento de dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones, manifestando que, si bien era cierto que la demandante se había afiliado al RPM, no le constaba las circunstancias de tiempo, modo y lugar que motivaron el traslado de régimen pensional.

Por parte de PROTECCIÓN S.A. ³

Esta administradora de pensiones al momento de dar respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones, manifestando que la afiliación de la demandante es un acto válido en la medida en que fue efectuada de manera

² 01PrimeraInstancia. Archivo 15 del expediente digital.

³01PrimeraInstancia. Archivo 13 del expediente digital.

informada, libre, espontánea y sin presiones, trayendo a colación para el efecto el formulario de afiliación suscrito por la actora que en su sentir convalida que dicho acto jurídico se materializó sin ningún tipo de vicio en el consentimiento.

Audiencia del artículo 77 CPTYSS. ⁴

En audiencia convocada para el día 09 de julio de 2020 el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín aprobó una formula conciliatoria elevada por la apoderada de la AFP PROTECCION SA, en la que se dispuso declarar legalmente la ineficacia de la afiliación que realizó la señora CARTAGENA ARANTO al RAIS.

El a-quo ordenó en ese acuerdo que la AFP PROTECCION SA debía trasladar a la demandante al RPMPD y dispuso que COLPENSIONES debía aceptar o reactivar la afiliación de ésta. Finalmente dispuso la terminación del presente proceso de manera total producto de la conciliación ya rememorada.

Dicha providencia fue recurrida por parte de COLPENSIONES al argumentar no tener facultades para llegar a tal acuerdo.

Mediante auto de fecha 03 de junio de 2021 esta Corporación Judicial dispuso declarar la nulidad de esa acuerdo conciliatorio al considerar que si la voluntad del A-quo era terminar totalmente el proceso tal actuación debía avalarse por todos los agentes que soportarán las consecuencias, toda vez que de no hacerlo conllevaría la vulneración del principio de relatividad de los fallos judiciales, por cuanto le estaría imponiendo los efectos de una conciliación a quienes no participaron de tal acto.

Por esta razón se dispuso la nulidad de dicho acuerdo conciliatorio y en su lugar ordenó que el proceso continuara en los términos de Ley.

⁴ 01PrimeraInstancia. Archivo 23 del expediente digital.

De la sentencia de primera instancia.⁵

Una vez continuado el respectivo trámite procesal, en sentencia de primera instancia proferida día 12 de julio de 2022 el JUZGADO DIECISÉIS (16) LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, declaró que la AFP PROTECCIÓN S.A. incumplió su deber de diligencia y buen consejo al no proporcionar al demandante información veraz y oportuna durante su traslado al RAIS, tal como lo establecía la jurisprudencia vigente, sin que se pudiera evidenciar pruebas que acreditaran que la demandante recibió una debida asesoría.

Con base a ello determinó que AFP PROTECCION SA debía trasladar a la demandante al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y con ello devolver al RPMPD, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, incluyendo las cotizaciones de forma completa, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que pueda retener los gastos administrativos ni los aportes de solidaridad ni ningún concepto, pues se considera que en ningún momento debió producir ningún efecto jurídico dicho traslado. Esta erogación deberá realizarla con cargo a sus propios recursos.

Finalmente determinó que COLPENSIONES debía reactivar la afiliación de la demandante y recibir todos los dineros que sean trasladados por PROTECCIÓN S.A. disponiendo para el efecto que esa entidad realizará un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el RAIS, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir a la parte demandante al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo.

Como sustento de esta decisión realizó someramente un recuento jurisprudencial sobre la posición adoptada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en este tipo de procesos, así como los requisitos para el traslado de los afiliados del régimen pensional y finalmente encontró acreditado que a la demandante al

⁵ 01PrimeraInstancia. Archivo 35 del expediente digital. 31:00 a 38:00.

momento de trasladarse de régimen no se le brindó una información clara y concreta sobre las consecuencias que generaría tal acto jurídico.

Finalmente condenó a COLPENSIONES y a la AFP PROTECCION en costas tasando las agencias en derecho en la suma de \$4.000.000, cada una de las demandadas debía asumir la suma de \$2.000.000.

Sustentó para la condena en costas a esa entidad, en que la decisión proferida tenía los mismos efectos de la conciliación que había sido aprobada inicialmente, por lo que consideró que esa parte había dilatado el proceso de manera injustificada.

2. DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Recurso de Apelación presentado por Colpensiones⁶

La apoderada de la parte demandada presentó recurso de apelación, de forma parcial en lo referente a la condena en costas indicando para el efecto que se había ejercido una defensa de la entidad desde la aplicación minuciosa de la Ley pues COLPENSIONES no tuvo participación en los hechos que fundamentaron el proceso.

Expuso que no era una decisión caprichosa o con la finalidad de dilatar el proceso, pues la defensa de la entidad para ese momento se basó en la ausencia de la facultad para conciliar e incluso tener concepto desfavorable en ese sentido.

Si bien fue interpuesto el recurso de apelación por parte de Colpensiones, al ser una sentencia adversa a los intereses de esa entidad, se estudiará a su favor el

⁶ 01PrimeraInstancia. Archivo 36, minuto 56:38 al minuto 58:00.

Grado Jurisdiccional de Consulta de acuerdo con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

3. ALEGATOS

Concedido el término que establecía el artículo 13 la Ley 2213 de 2022, COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión solicitando fuera revocada la orden de condena en costas en contra de esa entidad por considerar que la misma ha actuado conforme a derecho.

5. CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, en el presente evento se encuentra por fuera de discusión los siguientes hechos:

- 1) Que la señora **RUT MIRIAM CARTAGENA ARANGO** estuvo afiliada al extinto ISS y presentó solicitud de traslado al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. en el mes de febrero de 1998⁷.
- 2) Que el demandante presentó solicitud de traslado de régimen pensional a COLPENSIONES y dicha entidad negó dicha petición mediante comunicado de fecha 19 de abril de 2016⁸.

Estudiando el expediente producto del recurso de apelación presentado por la apoderada de COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia e igualmente ante el estudio del Grado Jurisdiccional de Consulta concedido en favor de esa entidad, se debe señalar que al perseguirse dentro de la demanda la ineficacia de traslado pensional implica realizar un análisis de las condiciones que rodearon el traslado de régimen pensional del **RPM al RAIS** y verificar si en aquél acto de traslado existió una indebida asesoría a la demandante por parte de la

⁷ 01PrimerInstancia. Folio 06 archivo 14 expediente digital

⁸ 01PrimerInstancia. Folio 43 archivo 04 expediente digital

administradora de pensiones privada, de manera que si se acredita un vicio en el consentimiento del afiliado traducido en su desconocimiento de las condiciones pensionales del régimen al cual se trasladaba, por omisión de la información por parte del fondo en cuestión, se debe declarar la ineficacia del acto de traslado y como consecuencia de ello la declaración que su afiliación fue sin solución de continuidad en el régimen pensional de procedencia, que en este caso corresponde al RPM.

A. LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN PENSIONAL DEBE SER LIBRE Y VOLUNTARIA

Con la creación del Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, la finalidad principal fue la de crear un sistema pensional uniforme, independientemente de la naturaleza del vínculo laboral del afiliado en armonía con la pauta Constitucional del artículo 48 en el cual la seguridad social se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional en condiciones de igualdad.

La Ley 100 de 1993 incorporó en el sistema pensional dos regímenes solidarios que coexisten, pero excluyentes entre sí como lo son el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al cual las personas se pueden afiliar en condición de libertad dependiendo de la conveniencia que en su caso personal tenga uno u otro⁹.

En relación con la permanencia mínima del afiliado en el régimen pensional seleccionado dispuso el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

⁹ Decreto 692 de 1994. Artículo 3. "**Selección de Régimen pensional.** A partir del 1º de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. En consecuencia deberán seleccionar uno de los siguientes regímenes:

a) Régimen solidario de prima media con prestación definida;

b) Régimen de ahorro individual con solidaridad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 100 de 1993, ninguna persona podrá estar simultáneamente afiliado a los dos regímenes del Sistema."

“ARTÍCULO 13. Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

*e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, **estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años**, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado **no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.**”*

Si bien es cierto que dicha norma consagra una prohibición legal, no implica que la misma sea total ni absoluta, toda vez que siempre debe analizarse el momento del traslado de régimen pensional, para verificar si el mismo fue libre y voluntario, esto es, precedido de una información completa en la que sean explicadas y abordadas las implicaciones que conlleva esa decisión.

El objeto del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones es proteger a las personas frente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, pues de presentarse éstos comportan la afectación de los ingresos de la persona y/o de su núcleo familiar, generando una vulneración en los derechos fundamentales del afiliado o beneficiario de forma directa o por conexidad.

Por lo anterior resulta cardinal la elección del régimen pensional que responda a las necesidades y perfil de cada afiliado, siendo vital el papel desempeñado por las administradoras de pensiones en la información que suministran previa a su elección, en la gestión y acompañamiento que brinden al afiliado en el transcurso del trayecto pensional, así como en la fase de la definición de un derecho pensional. Por ello, para el afiliado, quien en la mayoría de los casos es lego en la materia, es trascendental esa información que suministre en la antesala de la afiliación la administradora de pensiones, de forma que el afiliado deposita toda su confianza en esta entidad, quien tiene el deber legal de asesorarlo plenamente, como quiera que dicha decisión tiene implicaciones a corto, mediano y largo plazo sobre su futuro pensional.

Todo ello explica el porqué es importante la elección de régimen pensional, siendo el acto jurídico de afiliación o de traslado un asunto crítico y que debe estar revestido de la información suficiente, deber de orden legal que recae en las administradoras de pensiones en virtud de los artículos 20, 48, 53, 78 y 335 de la Constitución Política de Colombia, el Decreto 663 de 1993 y Decreto 720 de 1994¹⁰.

Del mismo modo el literal B del artículo 13¹¹ y 271¹² de la Ley 100 de 1993 prescribe el derecho de todo afiliado al SGP para que la elección de régimen pensional sea libre y voluntaria, la cual sólo se predica cuando el acto fue suficientemente informado, consentimiento que cuando no es perfeccionado comporta indefectiblemente a que el acto no produzca efectos, esto es, se reputa ineficaz.

Ese deber de información se encuentra establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico Financiero), los artículos 4, 14, 15 y 17 del Decreto 656 de 1994, así como en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, los que en suma implican para las administradoras de fondos de pensiones la

¹⁰ Decreto 663 de 1993. "Artículo 97. Numeral 1. Texto original. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado." después a través del artículo 23 de la Ley 797 de 2003 de mantuvo este deber de información a los usuarios. Y se modificó los siguientes aspectos para profundizar aún más en este deber. El nuevo texto es el siguiente: "Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.

En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios."

¹¹ "ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características: b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley."

¹² "ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios."

obligación de: i. Estudiar el caso concreto de cada afiliado, ii. Informarle como buen experto y profesional en la materia, las condiciones favorables y desfavorables de la operación que se va a surtir, iii. acompañarlo en todo su trayecto pensional como un buen asesor a su consumidor financiero e, inclusive ha llegado la legislación a exigirles iv. Hacer un estudio comparativo con el régimen del cual proviene y al cual se dirige, es decir, todas estas normas enmarcadas en el deber de orientar al afiliado sobre las disposiciones del SGP y del régimen pensional al cual se aspira pertenecer.

Para la Sala, la elección y traslado de régimen pensional es un asunto significativo en la historia pensional de un afiliado, el deber de prevenir y precaver dichas circunstancias recae sobre el asesor profesional de la AFP, asimilando la asesoría del fondo de pensiones a un consentimiento plenamente informado, de manera que si no se brinda de forma que le permita definir claramente su expectativa pensional, el mismo no se encuentra perfeccionado.

Este asunto ha sido ampliamente abordado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, creando un precedente de hace más de quince años sobre la materia, el cual se mantienen pacífico y por el contrario en cada pronunciamiento que emite la Corporación aumenta el grado de protección sobre los afiliados del SGP.

B. PRECEDENTE JUDICIAL DE LA SALA LABORAL CSJ Y LAS SUBREGLAS ESTABLECIDAS

La posición asumida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno a los a los cientos de procesos que se han abordado su estudio buscando la nulidad o ineficacia del acto de traslado pensional ha sido unánime en indicar que la falta o la indebida asesoría por parte de las administradoras de pensiones al momento de la elección o traslado del régimen pensiones implica la ineficacia de dicho acto.

Así lo sostuvo desde la sentencia hito en la línea jurisprudencial con la sentencia Radicación 31989 de 2008 determinando en esa providencia que las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría entre un administrador experto y un afiliado lego. En ese momento explicaba la Corte que la consecuencia de tal incumplimiento era la declaratoria de la **nulidad del acto jurídico de traslado**, independientemente del estatus pensional del demandante¹³.

Para el año 2014 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia varió su postura reafirmando el criterio asentado en la sentencia con radicado N° 31.989 del año 2008 en cuanto al deber que le asiste a las administradoras de pensiones de suministrar la información suficiente, adecuada y necesaria para este tipo de acto, pero varió la consecuencia jurídica asumiendo que el acto no era nulo sino ineficaz¹⁴.

Desde entonces y con el paso del tiempo esta línea jurisprudencial se ha mantenido pacífica y se han establecido subreglas para la subsunción judicial, en las que claramente denota la posición que asume el órgano de cierre de esta especialidad en cuanto al respeto a los cánones legales y el derecho a la selección libre y voluntaria que tienen los afiliados al SGP.

C. SUBREGLAS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Frente a cada una de las argumentaciones que se han vertido en los innumerables casos que ha conocido esta Corporación la Corte ha establecido unas pautas claras a tener en cuenta:

¹³ Ver sentencias Radicación 33083 y 31314 de 2011.

¹⁴ Ver sentencias SL 12136 de 2014, SL- 9519 de 2015, SL 19447 de 2017, SL 17595 de 2017, SL-2372 de 2018.

- **SOBRE LA VALIDEZ DEL FORMULARIO DE AFILIACIÓN:** Ha dicho la SL de la CSJ que el deber de información es ineludible, por lo que el simple consentimiento vertido en un formulario de afiliación resulta insuficiente¹⁵.
- **SOBRE EL ORIGEN DEL DEBER DE INFORMACIÓN:** Destaca que el deber de información cada vez involucra un mayor nivel de exigencia a medida que se genera una conciencia de las implicaciones, derechos y deberes que implica la afiliación al sistema general de pensiones, identificando 3 etapas de acuerdo a la normativa vigente que regula y desarrolla este tema¹⁶.

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

- **INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA:** Dentro de los procesos de ineficacia de traslado, la persona alega en su demanda que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no

¹⁵ Ver sentencia SL-19447 de 2017.

¹⁶ Ver sentencias SL-1452 de 2019, SL 1688 de 2019.

puede acreditar que no recibió información de manera completa, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en una mejor posición de hacerlo.

Postulado que se compagina con los principios de justicia y buena fe, el cual se concreta en la institución de la carga dinámica de la prueba, en la medida que las administradoras de fondos de pensiones que afirman que sí brindaron una información suficiente, cuentan también con unas mejores condiciones para demostrarlo¹⁷.

- **TRASLADOS HORIZONTALES EN EL RAIS:** El hecho de que una persona se haya trasladado varias veces al interior del RAIS no exime a cada administradora de pensiones de darle la información sobre los efectos y consecuencias de dicho traslado. Por tanto, brindar información a los afiliados, es un deber en cabeza de las administradoras de pensiones, que se mantiene en el tiempo y no se diluye con traslados horizontales en el mismo régimen¹⁸.
- **IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN TENDIENTE A DECLARAR LA INEFICACIA DE UN ACTO JURÍDICO:** Teniendo presente que los hechos y estados jurídicos no prescriben, a diferencia de los hechos y obligaciones que con consecuencia de esa declaración la Sala ha adoctrinado que estas acciones son imprescriptibles. Por tanto, al declararse la ineficacia de traslado pensional, las implicaciones que genera tal orden, tampoco tienen vocación de prescribir pues precisamente el pronunciamiento judicial busca restablecer las cosas, al estado que se encontraban antes de la celebración del acto jurídico¹⁹.

¹⁷ Ver sentencias SL 4803 de 2021, SL1688-2019.

¹⁸ Ver sentencias SL-3349 de 2021, SI 1008 de 2021.

¹⁹ Ver sentencias SL-1688 de 2019 SL-1689 de 2019, SL 361-2019, SL 1421 de 2019, SL-4426 de 2019, SL 4360 de 2019, SL 373 de 2021.

- LA INEFICIA DEL ACTO DE TRASLADO SE DECLARA A PESAR DE NO TENER EL AFILIADO RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL: También ha sostenido la SL de la CSJ que radica en la AFP el deber de brindar una información oportuna y adecuada a los afiliados, independientemente de si las personas son beneficiarias del régimen de transición o no, o si están próximas a adquirir el status pensional o si se están próximas a adquirir requisitos para pensionarse, esto debido a que la omisión del deber de información se predica frente a la validez o no del acto jurídico de traslado o incluso de la afiliación²⁰.
- INEFICACIA DEL ACTO DE TRASLADO EN SITUACIÓN DE PENSIONADO DEL RAIS: Finalmente, para esa corporación judicial si se acreditaba la falta de información a la hora de materializar el acto de traslado de régimen pensional, no era relevante si se encontraba ante un afiliado o pensionado del RAIS pues la declaratoria judicial buscaba devolver las cosas al estado anterior. Empero tal postura fue replanteada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el año 2021 al considerar que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, el cual no es razonable revertir o retrotraer, pues ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a varias personas, entidades, actos, relaciones jurídicas y por tanto, derechos obligaciones e intereses de terceros en todo el sistema pensional. Por esta razón, y como ha venido siendo aceptado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín dichas pretensiones son improcedentes, por las implicaciones que acarrea tal declaración.
En su lugar, para este tipo de reclamaciones judiciales se dejó dispuso por parte del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, la posibilidad de que

²⁰ Ver sentencias SL 1688 de 2019 y SL 373 de 2020.

el demandante dirija su acción pretendiendo la indemnización total de perjuicios a cargo las AFPS involucradas²¹.

- SOBRE LOS EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE TRASLADO: acreditada la falta de información por parte del fondo de pensiones, la declaración de ineficacia del acto jurídico del traslado devuelve al afiliado indebidamente trasladado al régimen pensional al que se encontraba inicialmente vinculado, sin que haya lugar a entender que medió solución de continuidad sobre dicha afiliación, esto es, la afiliación al régimen válidamente seleccionado no se entiende interrumpida por el traslado anulado.

La administradora que indujo en error al afiliado para trasladarlo al Régimen de Ahorro Individual, tiene la obligación de devolver al Régimen de Prima Media el 100% de los aportes efectuados por el afiliado, asumiendo a su cargo los deterioros que éstos hubieren sufrido.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló que es la administradora de pensiones la que debe devolver al sistema la totalidad de los valores que haya recibido en razón de la afiliación, *“como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses”*, como los dispone el artículo 1746 del Código Civil colombiano, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado²².

La orden de reintegro de valores recibido incluye los gastos o comisiones de administración²³, así como los porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores dispuestos para los seguros previsionales³⁶ con cargo a sus propias utilidades.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, que consagra que los errores, infracciones u omisiones que

²¹ Ver sentencias SL- 373 de 2021, Sala Laboral TSM en sentencia del 14 de agosto de 2019 en proceso con radicado 05001 31 05 007 2015 01295 01.

²² Ver sentencias SL1688 de 2019, 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, SL-2877 de 2020, SL- 3871 de 2021, SL 4803 de 2021.

²³ Ver sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020, SL373-2021

perjudiquen a los afiliados, serán responsabilidad de las administradoras de fondos de pensiones; será ésta quien deba asumir el deterioro del bien administrado (mermas en el capital, pago de mesadas pensionales y gastos de administración) y deberá regresar todos los valores que hubiere recibido con frutos e intereses.

4. DEL CASO EN CONCRETO

De acuerdo con el análisis que se viene realizando, teniendo presente el recurso de apelación presentado por la apoderada de COLPENSIONES, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta reconocido a favor de esa entidad, resulta necesario por parte de la Sala abordar el fundamento de la sentencia de primera instancia al darse por acreditado, que a la demandante no se le brindó una suficiente asesoría al momento de efectuar su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Destaca la Sala del interrogatorio de parte agotado en la audiencia de trámite y juzgamiento²⁴ los siguientes puntos relevantes, que tienen incidencia dentro del problema jurídico planteado así:

1. Expuso que actualmente se desempeña como Asistente Administrativa de Gerencia de una empresa del sector minero.
2. Frente al traslado efectuado al RAIS indicó que para esa época se encontraba laborando para la empresa RESTREPO & CIA y que hasta allí llegaron unos asesores de PROTECCIÓN a brindarles una charla de manera grupal que duró alrededor de 10 o 15 minutos, donde les indicaron que el Seguro Social se acabaría, que estos fondos de pensiones los acogerían con mejores prestaciones y frente a su caso puntual manifestó que su principal motivo para trasladarse era que no se perdería la pensión

²⁴ 01PrimeraInstancia.Archivo 35, minuto 6:49 al minuto 22:02.

al conservarse hasta el quinto grado de parentesco y que tendría mejores rendimientos.

3. Al ser indagada por la apoderada de la AFP demandada frente a una llamada realizada por ese fondo de pensiones, manifestó que no recordaba haberla recibida, sin embargo, aclaró que no obtuvo una información concreta y clara por parte de PROTECCIÓN sobre su situación pensional.

Una vez analizado esta prueba, para esta Sala las afirmaciones realizadas al momento del agotarse el interrogatorio de parte no tienen la suficiente fuerza probatoria para constituirse en confesiones provocadas o espontáneas; pues lejos de afirmarse que la asesoría brindada al momento de trasladarse fue clara, veraz y oportuna; siempre se realizó un constante cuestionamiento sobre la escasa o nula información brindada por la administradora de pensiones privada.

Sobre este punto, destaca la Sala que no se ahondó por parte de **PROTECCIÓN S.A.** que en efecto hayan realizado una asesoría en debida forma a la señora **RUT MIRIAM CARTAGENA ARANGO** con suficiente conocimiento, claridad y veracidad de las implicaciones de su traslado pensional, como quiera que es esta parte quien tiene la carga de la prueba en este tipo de procesos, por encontrarse en una mejor posición probatoria, y su defensa carece de soporte probatorio en este sentido.

Por lo que concluye la Sala con estas situaciones que la gestión particular y oportuna por parte de ese fondo de pensiones privado frente a sus condiciones pensionales de la hoy demandante, fue poca o nula.

Ahora, el hecho de que la demandante haya suscrito un formulario de afiliación, de acuerdo a la jurisprudencia traída a colación por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no tiene ningún tipo de incidencia toda vez que la falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción

del formulario de afiliación, toda vez la simple rúbrica o autorización en una pre-forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no supe el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021).

En igual sentido tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual o el movimiento entre administradoras de este sistema, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público.

Así las cosas, concluye esta corporación que la decisión de traslado entre regímenes realizada por la demandante, no se fundamentó en una correcta información sobre sus propias condiciones, las derivaciones nocivas que implicaría ese acto jurídico, y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó el traslado pensional.

Sobre los efectos de la declaratoria de ineficacia, debe indicarse que la misma conlleva a que el acto jurídico cuestionado no produce efectos, por tanto, no puede excluirse rubros percibidos por las administradoras privadas producto de la afiliación realizada por la demandante, pues sería restarle valor a la declaratoria de ineficacia esto de conformidad a lo expuesto en sentencia **SL-950 de 2022** por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Irregularidades que llevan a esta Sala a **CONFIRMAR** la decisión emitida por el A-quo, frente a la declaratoria de ineficacia de traslado realizada por el señor **RUT MIRIAM CARTAGENA ARANGO** ante la falta de información suministrada al momento de trasladarse de régimen de pensiones.

Sin embargo, debe aclarar esta Sala que resulta procedente realizar algunas modificaciones a los numerales tercero y cuarto de la sentencia emitida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín.

Frente al numeral TERCERO de la sentencia ya referenciada en cuanto a la orden dada a la AFP PROTECCIÓN, disponiendo que además de reintegrar los recursos expuestos en ese numeral, deberá reintegrar los conceptos de cuotas o primas de los seguros previsionales y los descuentos con destino al fondo de garantía mínima generados por la afiliación de la señora **RUT MIRIAM CARTAGENA ARANGO** al RAIS, además se aclara por parte de la Sala que tanto los conceptos de cuotas o primas de los seguros previsionales, comisiones de administración y los descuentos con destino al fondo de garantía mínima deberán ser indexados con cargo a sus propios recursos.

En lo que respecta al numeral CUARTO de la sentencia rememorada, deberá modificarse la orden dada a COLPENSIONES frente a la realización de un cálculo actuarial que logre la equivalencia de los dineros percibidos por parte de la AFP demandada, lo anterior obedece a que dicho supuesto solo tiene fundamento legal en el decreto 3995 de 2008 cuya base es la Sentencia de Unificación 130 de 2013, por lo que no resulta procedente esta orden.

Debe aclararse que los efectos de la sentencia que declara una ineficacia de traslado resultan ser *ex tunc*, lo que implica que el acto jurídico de traslado nunca nació a la vida jurídica, es por esto que su consecuencia resulta ser el reintegro de todos los conceptos percibidos producto de la permanencia de la demandante en el RAIS, así como el traslado incluso de los respectivos rendimientos y cualquier tipo de descuento debidamente indexado, lo que generaría en todo caso la equivalencia pretendida, lo que evitaría cualquier detrimento a COLPENSIONES. Dicho esto, necesariamente deberá revocarse esa orden en los términos expuestos en esta providencia.

COSTAS: Sobre este punto, considera la Sala que le asiste razón a la apoderada de COLPENSIONES al controvertir la condena en costas y agencias en derecho realizada por el A-quo contra esa entidad, máxime si esa parte fue vinculada a la Litis como un tercero ajeno a la relación sustancial, pero sobre la cual recae los efectos de la sentencia, por lo que su oposición resultó legítima. Dicho esto se **MODIFICARÁ** el numeral SEXTO de la sentencia ya aludida, absolviendo a esa entidad de la condena en costas y agencias en derecho.

Sin costas en esta instancia al haber salido avante de manera parcial el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES y conocerse los demás aspectos producto del Grado Jurisdiccional de Consulta.

5. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, decide:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia emitida por el JUZGADO DIECISÉIS (16) LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN de fecha 12 de julio de 2022, en cuanto a declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional al RAIS realizada por la señora **RUT MIRIAM CARTAGENA ARANGO** en los numerales Primero, Segundo y Quinto.

SEGUNDO: Se **MODIFICAN** los numerales Tercero y Cuarto de la providencia ya enunciada los cuales quedarán de la siguiente manera:

- **TERCERO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A.** que en un término no superior a 30 días desde la ejecutoria de esta providencia, debe trasladar a COLPENSIONES en caso de que no lo hayan realizado, la

totalidad del capital ahorrado por la demandante junto con los respectivos rendimientos financieros, también retornará con la debida indexación las cuotas de administración, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales para el reaseguramiento de las contingencias de invalidez y sobreviviente.

Al momento de cumplir esta orden los conceptos trasladados deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

- **CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES** que una vez sean trasladados los recursos por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS accionadas deberá recibir los dineros con el fin de que se vean reflejados en la historia laboral del accionante como semanas de cotización imputadas a los periodos que fueron reportados en el RAIS y de acuerdo con el IBC de aporte, las que habrán de tenerse como válidas para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional a que haya lugar.

TERCERO: Se **REVOCA** el numeral sexto de primera instancia, para que en su lugar se tenga el siguiente:

- **SEXO:** Se condena en costas a la sociedad AFP PROTECCION SA cuya liquidación por agencias en derecho será determinada de acuerdo a lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Se ordena la notificación mediante EDICTO y vencido el término se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen. Se termina la audiencia y en constancia se firma por quienes intervinieron.

Los Magistrados,


LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE


JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ


ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la siguiente providencia:

Radicado: 05001-31-05-016-2018-00375-01
Demandante: RUT MIRIAM CARTAGENA ARANGO
Demandados: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA-CONSULTA
Decisión: CONFIRMA, MODIFICA Y REVOCA

Magistrada ponente LILIANA MARIA CASTAÑEDA DUQUE.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado hoy 5 de septiembre de 2023 a las 8:00 am, desfijado en el mismo día a las 5:00 Pm y se publica en la página web institucional de la Rama judicial por el término de 1 día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 ibídem. La notificación se entenderá surtida al término de fijación del Edicto

RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO