

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO - 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..." no solo a la multa sino que dice en forma expresa "... La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador."

HECHOS: Pretende la demandante que se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado al RAIS administrado por Porvenir SA y que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD; en consecuencia, se ordene a dicha AFP trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero existente en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones obligatorias y voluntarias, rendimientos financieros, y bonos pensionales si los hay y sin ningún tipo de deducción. El Juzgado 4° Laboral del Circuito de Medellín, en audiencia concentrada de 2 procesos, celebrada el 24 de abril de 2023 profirió sentencia en la que declaró ineficaz el traslado de régimen realizado el 17 de julio de 1998 por la demandante al RAIS administrado por Porvenir SA, que en consecuencia queda incólume su afiliación inicial en el RPMPD a cargo de Colpensiones, entendiéndose que estuvo afiliada en dicho régimen de manera permanente y sin solución de continuidad. El problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en ese caso, cuáles son las consecuencias de tal declaratoria; de igual forma se verificará si Colpensiones se encuentra obligada a estudiar y reconocer la pensión de vejez en favor de la demandante.

TESIS: El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.(...) El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.(...) Dispuso el art. 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.(...) El inc. 1° del art. 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inc. 7.º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna...(.) Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual. La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que

emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información. La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta la actora tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención. En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora a la entidad demandada. No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por la demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”(...) Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir SA, que hubiera suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el a quo, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, por lo que se confirmará la decisión de declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO de régimen pensional realizado por el demandante el 15 de julio de 1998 a la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde el 1° de septiembre de esa anualidad (...).

MP. LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
FECHA:02/05/2024
PROVIDENCIA: SENTENCIA



República de Colombia



Sala Quinta de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL – **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 05 001 31 05 **004 2021 00131 01**
DEMANDANTE: NOHRA ELENA OSSA ZAMORA
DEMANDADA: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Medellín, dos (2) de mayo de dos mil veinticuatro (2024).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los Magistrados SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 24 de abril de 2023, por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Medellín.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado al RAIS administrado por Porvenir SA y que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD; en consecuencia, se ordene a dicha AFP trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero existente en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones obligatorias y voluntarias, rendimientos financieros, y bonos pensionales si los hay y sin ningún tipo de deducción (pág. 5, 6 C01).

Como fundamentos fácticos relevantes, expuso que nació el 12 de abril de 1961; cotizó en el extinto ISS desde 1982; en el año 1998 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA, con ocasión a la información que recibió en ese momento por parte de los funcionarios de la AFP, fundada en que allí se pensionaría antes de la edad requerida en el ISS y con una mesada pensional superior, sin que le hubieran dicho que la misma estaría sujeta al reporte de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, por tanto no le suministraron la información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta con relación al traslado, ni le informaron el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para poder obtener una pensión anticipada; nunca le realizaron un estudio previo, individual y concreto, aclarando las ventajas y desventajas que conllevaría permanecer o trasladarse de régimen.

Con lo anterior, consideró que la AFP incumplió su deber de informar y de dar buen consejo, induciéndola en error o engaño, porque de mala fe tampoco revisaron si era beneficiaria del régimen de transición, cómo sería su pensión con Acuerdo 049 de 1990 o Ley 100 de 1993, no le indicaron cuántas semanas se necesitaría para ello o si para acumular el capital suficiente para pensionarse, podía seguir cotizando con el mismo salario. En toda su vida laboral tiene más de 1800 semanas de cotización; el 9 y el 11 de noviembre de 2020 solicitó ante las demandadas la ineficacia y anulación del traslado, una proyección pensional y que se respetara su afiliación al RPMPD, sin embargo, las peticiones fueron respondidas en forma negativa, pues Colpensiones sostuvo que le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad pensional y Porvenir sostuvo que no cumplía los requisitos de la sentencia SU-062-2010 y que su pensión sería de \$1.502.400 solo si cotiza siempre, mientras que en el RPMPD su mesada sería de \$2.955.857 (págs. 2-5 arch. 2 C01).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 27 de mayo de 2021 ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (arch. 3 C01).

Colpensiones se opuso a todas las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la ineficacia del traslado de régimen, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, indebida aplicación del art. 1604 del CC, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema

de pensiones en el RPMPD, desconocimiento del precedente judicial, equivalencia del ahorro o diferencias pensionales, devolución de aportes y cuotas de administración debidamente indexados por parte de la AFP, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas (págs. 2-27 archs. 4, 12 C01).

Porvenir SA, contestó fuera del término legal (archs. 10, 12 C01).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio a pesar de habersele comunicado la existencia del presente proceso (arch. 14 C01).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4º Laboral del Circuito de Medellín, en audiencia concentrada de 2 procesos, celebrada el 24 de abril de 2023 profirió sentencia en la que declaró ineficaz el traslado de régimen realizado el 17 de julio de 1998 por la demandante al RAIS administrado por Porvenir SA, que en consecuencia queda incólume su afiliación inicial en el RPMPD a cargo de Colpensiones, entendiéndose que estuvo afiliada en dicho régimen de manera permanente y sin solución de continuidad; ordenó a Porvenir SA que devuelva a Colpensiones todas las sumas que recibió con ocasión del traslado y que integran la cuenta de ahorro individual, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firmeza de la decisión, tales como cotizaciones y rendimientos financieros en su totalidad, gastos de administración, pagos de seguros y reaseguro, fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a cargo del propio patrimonio de la entidad y, cuyo retorno deberá estar acompañado de la documentación que acredite, detalles de ciclos, valores y demás.

Ordenó a Colpensiones recibir a satisfacción y equivalencia tales dineros, dar continuidad en la afiliación de la demandante en el RPMPD, actualizar el histórico laboral, incluyendo los aportes remitidos por la AFP, brindar todas las garantías de la afiliación; estableció como medida cautelar, la prohibición para Colpensiones de negar el reconocimiento pensional, alegando que no ha recibido del RAIS los valores a su satisfacción y equivalencia; impuso costas a cargo de Porvenir SA y desestimó las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.

Motivó lo decidido en que, conforme a la línea jurisprudencial que ha establecido la Corte Suprema de Justicia, y es de obligatoria observancia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP desde la creación de la Ley 100 de 1993 y ha evolucionado con el paso del tiempo, máxime cuando el RAIS tiene 3 tipos de pensiones y con apego a los sistemas cambiantes y volátiles del mercado, implica una mayor carga de libertad informada frente al RPMPD, en atención al principio de eficacia, dado que las AFP son de carácter previsional y como tal están obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna los servicios inherentes a dicha calidad.

Indicó que si bien la escogencia de régimen es libre y voluntaria, la firma del formulario de afiliación, que entre otras cosas, no contiene la información relativa al derecho de retracto, y los comunicados de prensa, son insuficientes para dar por demostrado el cumplimiento del deber de un consentimiento verdaderamente informado y cualificado, pues debían darse a conocer las características de los dos regímenes, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias que podía acarrear el traslado, invirtiéndose la carga de la prueba a favor del afiliado.

Afirmó que la ineficacia conlleva a que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del acto jurídico ineficaz, por lo que la AFP debe devolver las sumas indicadas a Colpensiones, porque dicho contrato-acto que garantiza un derecho de la seguridad social no produjo ningún efecto jurídico, de lo contrario, se lesionaría la sostenibilidad financiera del RPMPD, máxime cuando esta entidad no participó en las afiliaciones o desafiliaciones en que se hubieran incurrido en el RAIS, de ahí que se recupere automáticamente el régimen pensional anterior (archs. 18, 19 C01).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones adujo que no es posible ordenarle a la entidad resolver y conceder el derecho pensional de la demandante, sin esperar la llegada de los capitales de la cuenta de ahorro individual a satisfacción y equivalencia, porque en la fijación del litigio no se dijo nada en relación con el reconocimiento de la pensión de vejez y tampoco se allegó reclamación administrativa relacionada con ello, solamente el debate giró en torno a establecer si era procedente declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS; por tanto, al ser una entidad pública, en cuanto reciba los aportes, debe validar en primer lugar la historia

laboral con el fin de establecer la totalidad de las semanas cotizadas, encontrar el IBL, la tasa de reemplazo y los factores salariales para liquidar la prestación económica una vez la demandante cumpla los requisitos respectivos y radique la solicitud correspondiente para ser estudiada dentro de los 4 meses que otorga el art. 33 de la Ley 100 de 1993, sin que la entidad pueda asumir sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro de la pensión, ya que solo puede responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos del RAIS para financiar la deuda pensional.

Porvenir SA no está de acuerdo con devolver los dineros en firma indexada porque la cuenta de ahorro individual de la demandante generó rendimientos financieros superiores a la rentabilidad mínima establecida para ese tipo de cuentas, por tanto, resultan incompatibles con la indexación y por el contrario, se debe hacer una compensación; en caso de confirmar tal decisión, solicita que se autorice hacer el descuento de lo relativo a gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás rubros de manera indexada, como quiera que los mismos no hacen parte integrante ni entran a financiar la prestación de la afiliada, y se encuentran sustentados en lo dispuesto en los art. 20 y 113 de la Ley 100 de 1993.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante providencia del 10 de noviembre de 2023 se admitieron los recursos y el grado jurisdiccional de consulta y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, pero solo presentaron alegaciones las demandadas, reiterando los argumentos expuestos en las apelaciones (archs. 3-5 C02).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente

en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver los recursos y a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y de conformidad con lo previsto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en ese caso, cuáles son las consecuencias de tal declaratoria; de igual forma se verificará si Colpensiones se encuentra obligada a estudiar y reconocer la pensión de vejez en favor de la demandante.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 12 de abril de 1961 (págs. 15 arch. 1, págs. 37, 46 arch. 4 C01); **ii)** se afilió al extinto ISS donde efectuó cotizaciones entre el 10 de febrero de 1982 y el 31 de

julio de 1998 para un total de 727 semanas (págs. 16-30 archs. 1, págs. 32, 59-71 archs. 4 C01); **iii)** el 15 de julio de 1998 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde el 1º de septiembre de esa anualidad (págs. 69, 71 arch. 10 C01), administradora a la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1943 semanas cotizadas conforme las historias laborales consolidadas, las relaciones históricas de movimientos y aportes, y la certificación expedidos por dicha AFP el 1º de diciembre de 2020 y el 10 de junio de 2022 (págs. 40-48 arch. 1, págs. 82-126, 137, 138 arch. 10 *ibidem*).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el art. 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inc. 1º del art. 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inc. 7.º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera '*preimpresa*' en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en

sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta la actora tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por la demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información

necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del

traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir SA el 15 de julio de 1998, y si bien en el formulario de vinculación n.º 01062227 (págs. 71 arch. 4 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, así como que fue asesorado de varios aspectos generales, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente, comprensible y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada sentencia CSJ SL1688-2019, expuso:

“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir SA, que hubiera suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 15 de julio de 1998 a la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde el 1º de septiembre de esa anualidad (págs. 69, 71 arch. 10 C01).

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, y la administradora de fondo de pensiones respectiva debe devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hay; así mismo, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, las primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración; todo lo anterior, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, discriminando los respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **modificará** y **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que la AFP Porvenir SA efectúe la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por el *a quo*, de los cuales las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y las comisiones, deberán ser debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, más el bono pensional (en caso de existir) con la discriminación y detalle de todos los valores a devolver.

Respecto de la excepción de **prescripción**, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, «(...) pues, recuérdese, *«la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*¹, por lo que resulta acertada la decisión de la primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Finalmente ha de indicarse que de ninguna manera el *a quo* ordenó a Colpensiones el reconocimiento pensional en favor de la demandante, como equivocadamente parece haberse entendido, porque como tal y como dicha entidad lo mencionó en su apelación, no existe ninguna pretensión elevada en ese sentido, tampoco la reclamación administrativa hizo referencia a ello (págs. 33, 34 arch. 1, págs. 33, 44, 47, 48, 56 arch. 10 C01), ni en la fijación del litigio se incluyó tal aspecto (archs. 17, 19 C01); de modo que, la medida cautelar a la que hizo referencia el juzgador de instancia, se debe concebir en el sentido de que si la demandante llegare a solicitar el reconocimiento del derecho pensional, Colpensiones no podrá negar el derecho pensional bajo la excusa de tales dineros no le han sido transferidos, en caso de que una vez estudiada la solicitud, encuentre que eventualmente Nohra Ossa reúne los requisitos exigidos legalmente para ello, debiendo precisarse el numeral tercero la decisión en el sentido de indicar que en tal caso, si procede el reconocimiento el pago se efectuará, una vez reposen en el RPMPD los dineros trasladados del RAIS.

¹ CSJ SL1688-2019.

En los anteriores términos quedan resueltas las apelaciones y surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 365 del CGP, se imponen costas de la instancia a cargo de Porvenir SA, para lo cual se fijan como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV para esta anualidad, que deberá incluirse en la liquidación respectiva.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR y **ADICIONAR** el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 24 de abril de 2023, por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Medellín, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberá devolver también en el término de treinta (30) días, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, el bono pensional (en caso de existir); y, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los valores descontados de los aportes pensionales por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos o comisiones de administración, todo lo anterior, discriminado con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: PRECISAR el numeral tercero de la decisión apelada y consultada, en cuanto a que si la demandante llegara a solicitar el reconocimiento del derecho pensional, Colpensiones deberá estudiar la solicitud, y en caso de que encuentre que Nohra Ossa reúne los requisitos exigidos y procede el reconocimiento, el pago se efectuará una vez reposen en el RPMPD los dineros trasladados del RAIS, en cumplimiento de la orden dispuesta en el numeral anterior, conforme a lo expuesto en las consideraciones anteriores.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

CUARTO: Costas en la alzada como se indicó en las consideraciones.

QUINTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

Magistrada



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des17sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EjyftzdbUD9DvtZPSMYjbTsBFmf6_nlDsp7TiErcfGBow?e=0HuCNd](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des17sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EjyftzdbUD9DvtZPSMYjbTsBFmf6_nlDsp7TiErcfGBow?e=0HuCNd)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala 017 Laboral

Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8b9fd94b4c25fc759275de1104ef59578aa5bf03c3ef88c25333664506de3b19**

Documento generado en 02/05/2024 10:15:24 a. m.

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>