

TEMA: DEBER DE INFORMACIÓN, ASESORÍA Y BUEN CONSEJO - Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. / **CONSENTIMIENTO INFORMADO** - Entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen./

HECHOS: Pretende el demandante, previa declaración de la ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual, administrado por Protección S.A., que se condene a esta a trasladar todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones y que Colpensiones reciba tales sumas de dinero aportadas; por último, que se condene a Protección S.A. a las costas del proceso. Ambas entidades demandadas se opusieron a las pretensiones del actor. El Juez de primera instancia, declaró ineficaz el traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, por falta de consentimiento informado, lo que conllevó a un error en el consentimiento del demandante al momento de afiliarse al régimen administrado por la A.F.P. Protección S.A., es decir, porque su decisión no fue libre y voluntaria, tal como se indicó en la parte motiva de la sentencia. La Sala conoce de la anterior decisión por lo normado sobre la consulta en favor de Colpensiones (art. 69 del CPTSS). El problema jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si el traslado inicial del demandante del RPM al RAIS fue o no ajustado a la ley, y en caso de que no lo hubiere sido, analizar si la voluntad del demandante, al momento de trasladarse del RPM a la AFP Protección S.A., estuvo afectada por un vicio en el consentimiento o conducta antijurídica semejante.

TESIS: La constatación del deber de información es ineludible. 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. (...) Respecto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, se anotó: El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado. Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria. La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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. (...) Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó: Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «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». De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado. Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ Sl. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.” (...) De manera más precisa, en la anterior materia, esta misma Corporación en la sentencia SL1630-2023 antes referida, expresó: De esta forma, como lo recordara la Sala recientemente en sentencia SL2953-2021, no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito». (...) En cuanto a la carga de la prueba del deber de información, se dijo: “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.” (...) En sentencia SL 1621-2023, Rad. 90295, se dijo lo siguiente: Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL del 8 de sep.2008, Rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrino: La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

M.P. CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES

FECHA: 04/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Medellín, cuatro (4) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada en esta oportunidad por los Magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES (ponente), y MARIA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ, dado el permiso que le fue concedido al Magistrado VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, cumplido el traslado de que trata el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a dictar la decisión correspondiente en este proceso ordinario de doble instancia instaurado por JAVIER ORLANDO PULGARÍN RAMÍREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (Rad. No. 05001-31-05-005-2023-00095-01).

ANTECEDENTES

Pretende el demandante, previa declaración de la ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual, administrado por Protección S.A., que se condene a esta a trasladar todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones y que Colpensiones reciba tales sumas de dinero aportadas; por último, que se condene a Protección S.A. a las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones manifestó sucintamente lo siguiente: nació el 30 de diciembre de 1961; se afilió al ISS, hoy Colpensiones, a partir del 25 de abril de 1985; se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por Protección S.A., el 1 de septiembre de 1994; esta decisión fue motivada por la información que un asesor de dicha administradora de pensiones le brindó en el lugar de trabajo, en la cual se le indicó que el Instituto de Seguros Sociales sería liquidado, por lo tanto las semanas cotizadas se perderían, que al trasladarse tenía la opción de pensionarse de manera anticipada y con que

recibiría un monto pensional mayor; se presentó ante la oficina de Protección S.A. solicitando una proyección de su mesada pensional por encontrarse próximo a cumplir con los requisitos para la pensión de vejez; esta administradora le informó que el saldo de su cuenta de ahorro individual no le permite tener derecho a la pensión de vejez superior al 110% del SMLMV, ya que en estos fondos privados el monto de la pensión depende del capital ahorrado; reitera que el traslado del RPM al RAIS obedeció a la información engañosa que se le suministró y que si él hubiese tenido pleno conocimiento de la forma de liquidación de las pensiones en los fondos privados no se hubiere trasladado al RAIS, toda vez que le resulta perjudicial en lo concerniente a la pensión de vejez; solicitó a Colpensiones la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro individual, así como su regreso a la entidad, pero le fue negado por razones de faltarle menos de 10 años para pensionarse.

La Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- dio contestación oportuna a la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones invocadas por el actor. Afirmó que los formularios de afiliación gozan de plena validez jurídica. Sobre los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS, el traslado de régimen, la solicitud que se le presentó y la respuesta de la misma; de los demás dijo que no le constaban. Como excepciones de mérito propuso las que denominó: carga dinámica de la prueba, inexistencia del vicio del consentimiento, devolución de cuotas de administración-seguros previsionales-comisiones-indexados, prescripción, imposibilidad de condena en costas y compensación.

Protección S.A. por su parte, allegó contestación en el término correspondiente y de igual forma se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones. Sobre los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante y el traslado a esta AFP; de los demás dijo que no eran ciertos o no le constaban. Como excepciones de mérito propuso las que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, entre otras.

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia proferida el 23 de enero de 2024; ordenó lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado de JAVIER ORLANDO PULGARÍN RAMÍREZ, quien se identifica con la cédula 71.614.193,

del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPMPD, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, por falta de consentimiento informado, lo que conllevó a un error en el consentimiento de la demandante al momento de afiliarse al régimen administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., es decir, porque su decisión no fue libre y voluntaria, tal como se indicó en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que la afiliación al Régimen de Prima Media - RPMPD de JAVIER ORLANDO PULGARÍN RAMÍREZ, quien se identifica con la cédula 71.614.193, no ha tenido solución de continuidad en el tiempo en el que ha estado activamente vinculado al Sistema General de Pensiones, según lo establecido anteriormente.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que quede en firme esta providencia, traslade con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- el cien por ciento (100%) de los aportes efectuados por el demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación del demandante a esa administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional, valores que deberán ser debidamente indexados, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- a recibir los aportes que la AFP PROTECCIÓN S.A. le devuelva como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por JAVIER ORLANDO PULGARÍN RAMÍREZ, quien se identifica con la cédula 71.614.193, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR la improsperidad de las excepciones propuestos por la AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEXTO: CONDENAR en costas, por la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$2.600.000), que equivalen a 2 SMLMV, a cargo de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A, y en favor del demandante.

SÉPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, se interponga o no apelación por parte de su apoderada, de conformidad con lo indicado por la Sala de Decisión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las Sentencias No. 51.237 del 04 de diciembre de 2013 y No. 40.200 del 09 de junio de 2015.

La Sala conoce de la anterior decisión por lo normado sobre la consulta en favor de Colpensiones (art. 69 del CPTSS).

Estando dentro del término correspondiente y bajo los lineamientos expresados, la apoderada de Colpensiones presentó sus alegaciones de segunda instancia solicitando se revoque la ineficacia reconocida, dando explicaciones de hecho y de derecho pertinentes.

CONSIDERACIONES

Fuera de discusión, por obrar plena prueba de ello en el expediente, se encuentran los siguientes hechos: la fecha de nacimiento del demandante: 30 de diciembre de 1961 (archivo 01 pág. 47); la afiliación inicial al régimen de prima médica que administraba el ISS, hoy Colpensiones, desde 25 de abril de 1985 (archivo 1 pág. 16); el traslado al Régimen de ahorro individual por medio de la AFP Protección S.A., con inicio de efectividad el 1 de septiembre de 1994 hasta la fecha, según certificado de Asofondos (archivo 08 pág. 36).

Atendiendo a estos hechos, el problema jurídico esencial a esclarecer en esta instancia, partiendo de lo que debe estudiarse por el grado de consulta a favor de Colpensiones, todo dentro del contexto de los hechos y pretensiones de la demanda, y por supuesto de lo decidido, se circunscribe a determinar si el traslado inicial del demandante del RPM al RAIS fue o no ajustado a la ley, y en caso de que no lo hubiere sido, analizar si la voluntad del señor PULGARÍN RAMÍREZ, al momento de trasladarse del RPM a la AFP Protección S.A., estuvo afectada por un vicio en el consentimiento o conducta antijurídica semejante.

Para estos fines, y dado el poder vinculante de la jurisprudencia de las altas cortes, entre otras razones porque una de sus funciones esenciales es la de velar por la unidad e integridad del ordenamiento jurídico (art. 86 del CPTSS y 333 del CGP), criterio que ha destacado la Corte Constitucional en muchas de sus decisiones (véase entre otras la C 539 de 2011 y la SU 354 de 2017), la Sala estima del caso hacer referencia textual a algunos apartes de la sentencia dictada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia el 8 de mayo de 2019 (SL1688-2019, Rad. 68838, ratificada, entre otras, en las sentencias SL1741-2021, SL1743-2021 y SL1942-2021), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, además de una adecuada

sustentación, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros, y que le dan respuesta adecuada, de manera directa o indirecta a los distintos puntos que habrán de estudiarse en esta providencia, en especial al de determinar si la decisión del fallador de primer grado puede o no avalarse. Sobre el deber de información, en ésta quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<i>Etapa acumulativa.</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información.</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información.</i>
<i>Deber de información.</i>	<i>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.</i>	<i>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 V la eventual pérdida de beneficios pensionales.</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo.</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010.</i>	<i>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 perjudicarle.</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>1748 de 2014. Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa Nº 016 de 2016.</i>	<i>Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios de 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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente. Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

No está por lo demás anotar, que el anterior criterio ha sido ratificado en innumerables providencias, siendo tal vez la más reciente la proferida el pasado 11 de julio de 2023 (SL1630-2023).

Respecto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, anotó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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 U 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.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario.

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

De manera más precisa, en la anterior materia, esta misma Corporación en la sentencia SL1630-2023 antes referida, expresó:

De esta forma, como lo recordara la Sala recientemente en sentencia SL2953-2021, no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito».

Igualmente, resaltó en aquella oportunidad que el Decreto 663 de 1993 «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, dispuso en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de «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». Además, advirtió que la Ley 795 de 2003 «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», subrayó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Por manera que las AFP --desde su creación y entrada en funcionamiento-- tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante el suministro de información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

En cuanto a la carga de la prueba del deber de información, se dijo:

“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.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

Finalmente, en lo que respecta al alcance de la ausencia del deber de información, quedó dicho:

“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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotizaciones o servicios a 1.º de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas, ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante se es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A., de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f.º97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara su tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente adoptar su elección”

Con sustento en estos presupuestos esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* e este aspecto de la ineficacia, de ahí que habrá de confirmarse este punto objeto de análisis, pues basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso protección S.A., al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió de haber

brindado al demandante en el traslado realizado a esta entidad, y no inferirse esta del interrogatorio de parte que se le formuló; la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En relación con la orden de devolver a Colpensiones los gastos de administración, las cuotas de seguros provisionales y los recursos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el tiempo en que estuvo afiliado a la entidad, se partirá de lo contemplado en el artículo 1746 del Código Civil, el cual consagra que uno de los efectos de la declaratoria de la nulidad, extensivo a la ineficacia, es que las partes deben ser restituidas al estado anterior que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo o ineficaz, sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

Para esto dicho, sirve de sustento las razones que al respecto ha expuesto la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia. V. gr., en sentencia SL 1621-2023, Rad. 90295, dijo lo siguiente:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep.2008, Rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Referente a todos los conceptos antes anotados, en sentencia del 29 de julio de 2020 (SL2877-2020, Rad. 78667), expresó:

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el

régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

En igual sentido puede verse las SL4803-2021 del 20 de octubre de 2021, la SL 1435-2023 del 29 de mayo de 2023, la SL 1570-2023 del 4 de julio de 2023 y la SL 1630-2023 del 11 de julio de 2023, en las cuales de manera expresa y directa se hizo referencia a la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, cuotas de administración comisiones y descuentos para los seguros de invalidez y sobrevivencia.

Las excepciones de mérito propuestas, estuvo bien que no se declararan probadas: unas por no envolver hechos extintivos o modificativos de los derechos reconocidos, entre ellas las de inexistencia de la obligación y buena fe; y otras, como la de prescripción, incluyendo las que pudieren afectar cuotas de administración y seguros previsionales, porque en este tipo de decisiones tales sumas de dinero están comprometidas en su conjunto al reconocimiento y pago del derecho pensional. En la sentencia inicialmente citada se anotó:

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esta vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que <<el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión>>.

Hay que mencionar que, así como la declaración de ineficacia es imprescriptible, los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación. En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable, premisa que implica al menos dos cosas: no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable). En este sentido, la jurisprudencia del trabajo ha sostenido que el derecho a la pensión o a obtener su valor real, puede ser justiciado en todo tiempo. (CSJ SL8544-2016).

Por tanto, sin necesidad de otro tipo de argumentación, la decisión de primer grado en estos aspectos deberá confirmarse, eso sí, se adicionará en el

sentido que la devolución de los dineros deberá realizarse conforme a lo normado en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016

Sin costas en esta instancia por conocerse en grado de consulta.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, La Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** en su integridad el fallo de primera instancia, objeto de consulta, con la **ADICIÓN** que las devoluciones dispuestas deberán cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016.

Sin costas en esta instancia.

Notifíquese la presente decisión por EDICTO.

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES

VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
EN PERMISO



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL**



**SECRETARÍA
EDICTO**

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Radicación: 05001310500520230009501
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JAVIER ORLANDO PULGARIN RAMIREZ
Demandado: A.F.P. PROTECCION S.A
M. P. CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES
Fecha de fallo: 04/04/2024
Decisión: CONFIRMA Y ADICIONA

El presente edicto se fija por el término de un (01) 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 vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 5/04/2024 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario