

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO- El traslado es libre y voluntario por parte del afiliado del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) o de cualquier otra administradora del RPM, al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones. 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 ineficacia y/o inexistencia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual, teniendo como fundamento la existencia de un vicio en el consentimiento en dicho acto jurídico al perfeccionarse en el año 1999 por la falta de adecuada información que llevó al error inducido por parte del ISS al no haberle informado acerca de las consecuencias que ello conllevaría con respecto a los derechos que perdía; y que en caso de existir algún desfase en el valor de los aportes obligatorios devueltos al ISS por parte de los fondos privados, tiene la posibilidad de reponerlo para conservar el correspondiente equilibrio económico, en consecuencia, si llegare a existir alguna diferencia, que sea descontada del retroactivo pensional adeudado. (...) El Juzgado 10° Laboral del Circuito de Medellín, en audiencia concentrada de 3 procesos, celebrada el 25 de julio de 2023 profirió sentencia en la que declaró ineficaz el cambio de sistema pensional que efectuó la demandante al afiliarse al RAIS proveniente del RPMPD, al que por tanto ha permanecido afiliada 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.

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. 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:(...) 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. (...) 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 la demandante el 16 de febrero de 1999 a la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde el 1° de abril de esa anualidad. (...)

MP. LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

FECHA: 15/04/2024

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 **010 2021 00467 01**
DEMANDANTE: FALCONERY TORRES MONTOYA
DEMANDADA: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Medellín, quince (15) de abril 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 de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 25 de julio de 2023, por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Medellín.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia y/o inexistencia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual, teniendo como fundamento la existencia de un vicio en el consentimiento en dicho acto jurídico al perfeccionarse en el año 1999 por la falta de adecuada información que llevó al error inducido por parte del ISS al no haberle informado acerca de las consecuencias que ello conllevaría con respecto a los derechos que perdía; y que en caso de existir algún desfase en el valor de los aportes obligatorios devueltos al ISS por parte de los fondos privados, tiene la posibilidad de reponerlo para conservar el correspondiente equilibrio económico, en

consecuencia, si llegare a existir alguna diferencia, que sea descontada del retroactivo pensional adeudado.

Solicita además, se condene a Colpensiones a reconocerle la pensión de vejez de conformidad con la norma más favorable entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993, desde que cumplió 55 años de edad, con una tasa de reemplazo del 90%, las mesadas adicionales de junio y diciembre, los incrementos anuales, los intereses moratorios de la Ley 100 de 1993 y la indexación (págs. 2, 3 arch. 2 C01).

Como fundamentos fácticos relevantes, expuso que nació el 7 de noviembre de 1965; cotizó a través de varios empleadores del sector privado en el extinto ISS hasta 1999, cuando por error en el consentimiento fue afiliada a Porvenir SA, sin recibir la información y asesoría correspondiente sobre lo que significaba un traslado de régimen pensional y el ISS tampoco le informó, lo que implicó un grave perjuicio consistente en obligarle a seguir cotizando por un largo tiempo mientras se completan las cotizaciones, sin tener presente que en el fondo privado donde se encuentra, el número de semanas que cotice carece de trascendencia para el reconocimiento de su pensión de vejez, impidiéndole acceder a tal prestación, situación que a su vez le ha generado un detrimento en su calidad de vida; que reclamó ante las demandadas el 17 de noviembre de 2021, sin que hubiera obtenido respuesta de su parte (págs. 1, 2 arch. 2 C01).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación, la demanda fue admitida mediante auto del 2 de junio de 2022 ordenándose la notificación y traslado a la demandada (arch. 11 C01) quienes contestaron dentro del término legal oportuno.

Colpensiones se opuso a todas las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las denominadas falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones, inexistencia de reconocer y pagar la pensión de vejez, intereses moratorios e indexación, imposibilidad de pago de los intereses moratorios, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media, equivalencia del ahorro o diferencias pensionales, devolución de aportes debidamente indexados, devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por parte de

Porvenir SA, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas, enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido (págs.. 1-43 archs. 15, 20 C01).

Porvenir SA, contestó con oposición y excepcionó la prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 1-22 archs. 16, 20 C01).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio a pesar de habersele comunicado la existencia del presente proceso (arch. 13 C01).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10º Laboral del Circuito de Medellín, en audiencia concentrada de 3 procesos, celebrada el 25 de julio de 2023 profirió sentencia en la que declaró ineficaz el cambio de sistema pensional que efectuó la demandante al afiliarse al RAIS proveniente del RPMPD, al que por tanto ha permanecido afiliada sin solución de continuidad; en consecuencia, condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, más el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; dispuso que al momento de cumplirse la orden, esos valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Condenó a Colpensiones a recibir de Porvenir SA los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante, imputándolos a los períodos en que fueron cotizados y de acuerdo con los IBC que fueron aportados, cotizaciones que habrán de tenerse como semanas válidamente cotizadas para el futuro reconocimiento de la prestación económica que llegue a causarse; adicionalmente debe reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante a partir del retiro del sistema o del día siguiente al reporte de su última cotización, asignándole el IBL más favorable entre el promedio de toda su vida laboral y los últimos 10 años de cotización

aplicándose para ello la tasa de reemplazo del art. 34 de la Ley 100 de 1993, en 13 mesadas anuales y con la indexación del retroactivo y la autorización de descuento de los aportes en salud. Impuso costas a cargo de Porvenir SA.

Motivó lo decidido en que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, 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; que si bien la escogencia de régimen es libre y voluntaria, la firma del formulario de afiliación y los comunicados de prensa son insuficientes para dar por demostrado el cumplimiento del deber de un consentimiento informado, 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. Indicó 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.

Agregó que la demandante no fue beneficiaria del régimen de transición, cumplió los 57 años edad en el año 2022 y cotizó un total de 1445 semanas hasta el mes de mayo del mismo año, reuniendo los requisitos necesarios de los art. 9º de la Ley 797 de 2003, 21, 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, por lo que la prestación se debe otorgar sobre 13 mesadas al año, cuyo disfrute se debe reconocer por Colpensiones a partir del retiro efectivo del sistema general de pensiones, sin que opere el fenómeno jurídico de la prescripción (archs. 23, 24 C01).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir SA sostuvo que la afiliación de la demandante fue válida, pues estuvo precedida de una asesoría clara y una información pertinente y necesaria, sin que se den los presupuestos para declarar su ineficacia, en la medida en que durante todo el tiempo de vinculación a la AFP, la demandante tuvo la posibilidad de conocer las características y condiciones; tampoco debería otorgarse la pensión de vejez a cargo del RPMPD pues la jurisprudencia en cita no resulta aplicable al presente caso, tras haber sido afiliada la demandante en forma libre y voluntaria, tal y como se observa en el formulario firmado en el año 1999, data en la que no existía la obligación legal de informar por escrito los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes pensionales,

además lo único que motiva el adelantamiento de este proceso es el monto de la mesada.

Agregó que no se deben retornar los gastos de administración, la prima de seguro, comisiones, ni la indexación dado que a lo largo de la afiliación la AFP cumplió con la finalidad de proporcionarle a la afiliada los aseguramientos de invalidez y muerte, se generaron rendimientos financieros con los que se pudo haber resarcido cualquier detrimento que haya sufrido el valor económico que se busca reponer y se hicieron las inversiones exigidas por la ley, autorizadas por la Superintendencia Financiera, de ahí que se deben respetar las restituciones mutuas independientemente del motivo que haya dado lugar a declarar la ineficacia de la afiliación, más aun cuando los rendimientos financieros son exclusivos del RAIS y de autorizar su traslado, se iría en contra de lo dispuesto en el art. 897 del CoCo ocasionando un enriquecimiento injusto en favor del RPMPD. Tampoco se encuentra de acuerdo con la imposición de costas porque siempre ha actuado de buena fe y cumpliendo las disposiciones legales.

Colpensiones indicó que no tuvo injerencia alguna en las actuaciones de Porvenir SA y la decisión transgrede directamente el principio de sostenibilidad financiera, legalidad y confianza legítima del sistema, en la medida en que la entidad no tiene por qué soportar las cargas creadas por la desatención de las obligaciones legales de los fondos privados; el pago de una eventual prestación económica debe estar a cargo el 100% de Porvenir SA bajo los parámetros que caracterizan el RPMPD, o debería ordenarse recalcular los valores a transferir, de tal manera que cubran en su totalidad el monto pensional que eventualmente se reconozca por Colpensiones, con el fin de que no se descapitalicen los recursos comunes, públicos y parafiscales de todos sus afiliados.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante providencia del 19 de diciembre de 2023 se admitió el recurso de apelación 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 presentó alegaciones Porvenir SA, reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la demanda y la apelación (archs. 2-4 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 las apelaciones 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. Luego se verificará lo atinente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, su procedencia, causación y disfrute. Finalmente se revisará la procedencia de las costas procesales.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 7 de noviembre de 1965 (arch. 4 C01); **ii)** se afilió al extinto ISS donde efectuó cotizaciones entre el 7 de julio de 1986 y el 28 de febrero de 1999 para un total de 472.71 semanas (págs. 75-77 arch. 15 C01); **iii)** el 16 de febrero de 1999 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir, con fecha de efectividad desde el 1º de abril de esa anualidad (págs. 27, 34 arch. 16 C01), administradora a la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1445 semanas cotizadas conforme la historia laboral consolidada, el detalle del análisis jurídico, la relación histórica de movimientos y la certificación expedidos por dicha AFP el 15 de septiembre de 2021 y el 15 de junio de 2022 (arch. 5, págs.. 26, 29-33, 35-41, 45-59 arch. 16 *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 16 de febrero de 1999, con fecha de efectividad desde el 1º de abril de esa anualidad y si bien en el formulario de vinculación n.º 01146677 (pág. 34 arch. 16 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 asesorada 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 la demandante el 16 de febrero de 1999 a la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde el 1º de abril de esa anualidad (págs. 27, 34 arch. 16 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 los rendimientos financieros y 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.

Pensión de vejez.- Teniendo en cuenta los efectos de la ineficacia del traslado del régimen pensional establecidos previamente, pasa la Sala a resolver la solicitud de pensión de vejez, encontrando para el efecto que es aplicable el art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 9º de la Ley 797 de 2003, que establece como requisitos para tal fin: *i*). haber cumplido 55 años en el caso de las mujeres, edad que se incrementó a partir del 1º de enero de 2014 a 57 años; y, *ii*). tener una densidad de 1000 semanas de

¹ CSJ SL1688-2019.

cotización en cualquier tiempo, las cuales se incrementaron anualmente a partir del 1º de enero de 2005 en 50 semanas; y a partir del 1º de enero de 2006 en 25 semanas hasta llegar a 1300 semanas de cotización en el año 2015.

En este caso, se advierte que la demandante arribó a los 57 años el 7 de noviembre de 2022 (arch. 4 C01), momento en el que acumulaba 1445 semanas de cotización (arch. 5, págs.. 26, 29-33, 35-41, 45-59 arch. 16 *ibídem*), por lo tanto, se concluye que cumple con las exigencias de la norma mencionada.

Respecto al goce de la pensión, el art. 13 del Acuerdo 049 de 1990 establece que dicha prestación se reconocerá a solicitud de la parte interesada, reunidos los requisitos mínimos, previa desafiliación al régimen y teniendo en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, tal como se estableció en la primera instancia.

Como se ha establecido en reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1º feb. 2011 rad. 38776, el acto de desafiliación al régimen puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de cotizaciones y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional, consideración que ha sido reiterada entre muchas otras, las sentencias CSJ SL4611-2015, CSJ SL18447-2016, CSJ SL9036-2017 y CSJ SL963-2018.

Del reporte de semanas cotizadas allegado al proceso por Porvenir SA, actualizado a 15 de junio de 2022 (págs.. 26, 29-33, 35-41, 45-59 arch. 16 C01), constata la Sala que la demandante presentó como fecha de última cotización al sistema general de pensiones el ciclo **mayo de 2022**, con un total de 1445 semanas de cotización en toda la vida laboral, siendo concomitante la fecha del último pago con la fecha de expedición del citado reporte, por lo cual la pensión de vejez habrá de reconocerse a partir de la acreditación del retiro del sistema, bien sea expreso o tácito, **como señaló el *a quo***; teniendo en cuenta además, que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción, pues aun cuando en estricto sentido no reclamó administrativamente el reconocimiento y pago de

la pensión de vejez (archs. 3, 9 C01), sí cumplió los requisitos el 7 de noviembre de 2022, es decir, luego de haberse interpuesto la demanda en la que reclama la prestación (18 de noviembre de 2021 – arch. 1 C01) pero antes de proferirse la sentencia apelada y consultada.

Así las cosas, corresponde a Colpensiones liquidar el IBL conforme a las reglas previstas en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, que aquel se deberá calcular con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó la afiliada en toda la vida laboral o con los ingresos de los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, de acuerdo con lo que resulte más benéfico en su caso; el monto o tasa de reemplazo, según lo dispuesto en el art. 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art 10 de la Ley 797 de 2003; y, como el derecho pensional se causó el 7 de noviembre de 2022, la prestación debe pagarse en 13 mesadas al año, en los términos del inc. 8º y el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005.

Asimismo, la entidad deberá descontar lo correspondiente al aporte a salud en razón a que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en salud en virtud de los arts. 204 y 157 de la Ley 100 de 1993.

Costas procesales.- En lo que respecta a este punto, se debe advertir que de conformidad con lo dispuesto en el art. 365 del CGP la condena en costas se impone a la parte vencida en juicio, sin miramientos relativos a la mala fe o a la temeridad con que hayan actuado las partes, por tanto, las costas no se origina ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra (CC C-157-2013), lo que conlleva a **confirmar** lo decidido por el *a quo*.

Costas en la alzada a cargo de Porvenir SA y a favor de la demandante, 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 25 de julio de 2023, por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Medellín, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados los rendimientos financieros y 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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

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

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendándose 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/EiNnaoXwoCJA_nEpeSd8P2vgBcWX3jQX5iAEdGotT-VuDPw?e=OPGz6B

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala 017 Laboral

Tribunal Superior De Medellin - 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: **1a5d6dd09525a3ff20e2ddc0581b234c822e6d33a5a688761e7c39ca97b55c63**

Documento generado en 15/04/2024 04:16:57 p. m.

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

<https://capacitacion.ramajudicial.gov.co:9443/FirmaElectronica>