

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA CUARTA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Nicolas Antonio Londoño Toro
DEMANDADO	AFP Porvenir S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 023 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 023 2019 01151 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 046 de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Confirma sentencia

En la fecha, **veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Cuarta de Decisión Laboral integrada en esta oportunidad dado el impedimento presentado por la Doctora Claudia Angélica Martínez Castillo, por los magistrados: María Eugenia Gómez Velásquez, Carlos Alberto Lebrun Morales y como ponente, Luz Amparo Gómez Aristizábal, y como ponente, Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la **AFP Porvenir S.A.** y el grado especial de consulta para **Colpensiones**, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Nicolás Antonio Londoño Toro**, en contra de estas dos entidades. Radicado único nacional 05001 3105 **023 2019 01151** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del año en curso, sometió a consideración de las

restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado mediante acta N°. **006**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

El demandante, por conducto de su apoderada judicial, pretende se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS y en consecuencia, se tenga como válida y sin solución de continuidad su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, ordenándosele a Porvenir S.A., retornar a Colpensiones, cada uno de los aportes efectuados, incluidos los rendimientos financieros, sin descuento alguno por cuota de administración. Pide también costas del proceso.

En sustento de ello, de mera sucinta, atendiendo lo que es objeto de debate, afirma que, nació el 24 de febrero de 1962, efectuando aportes al régimen de prima media hasta el momento de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, el 01 de enero de 2009. Que cuando suscribió el formulario de afiliación, los asesores no fueron claros y precisos respecto a su situación pensional, violándose el deber de información y el principio de buena fe y transparencia, al no dársele una asesoría que le permitiera tener un contexto nítido de las condiciones pensionales, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes y los riesgos que corría. El 12 y 17 de julio de 2019, presentó ante Porvenir y Colpensiones, respectivamente, solicitud de retorno al régimen público, obteniendo respuesta negativa de esta última entidad. Según proyección de la pensión efectuada por Porvenir, en dicho fondo, a los 62 años, su mesada sería de \$656.941,46, mientras que en el régimen de prima media con prestación definida ascendería a \$828.119,00, advirtiéndose una diferencia sustancial en el valor a percibir.

En auto del **26 de noviembre de 2019**, se admitió y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente enteradas de la actuación, las entidades vinculadas por pasiva allegaron escritos de contestación así:

Colpensiones, de los hechos tiene como ciertos, la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, aclarando que la misma se dio el 25 de octubre de 1982, realizando el último aporte para el 15 de octubre de 2008. Los demás supuestos no le constan al ser ajenos a la entidad. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló **las excepciones** de inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido, buena fe y prescripción.

La **AFP Porvenir S.A.**, frente a los supuestos facticos indica que no son hechos, no son ciertos o no le constan; sin embargo, iexplica que el traslado del actor en el 2008, se dio después de haberse otorgado información integral, veraz y oportuna, por lo que el mismo conoció de las implicaciones de su decisión, las condiciones básicas de operación y funcionamiento del RAIS según sus circunstancias particulares, lo cual, determinó su plena voluntad, tal y como consta en el formulario de vinculación, sumado a que siempre se le garantizó el derecho de retracto, tal y como lo dispone el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, al haberse publicado el 14 de enero de 2004 en el diario el Tiempo un comunicado en el que se informó la posibilidad de regresar al régimen de prima media. **Resistió las pretensiones**, formulando excepciones tendientes a enervarlas, las que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

La primera instancia **terminó con sentencia** proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito, declarando la ineficacia de la afiliación del

señor **Londoño Toro** al RAIS, administrado por **Porvenir S.A.**, condenando a esta última a que *dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade a COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual del señor NICOLAS ANTONIO LONDOÑO TORO /.../ con sus respectivos rendimientos, incluidas las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados (estos tres últimos conceptos).* Advirtió para que al momento de cumplir la orden remita a Colpensiones *la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.* Le ordenó a Colpensiones recibir las sumas que le sean giradas y las convierta en semanas cotizadas, teniendo al actor afiliado sin solución de continuidad a dicho fondo. Declaró no probadas las excepciones propuestas, gravó con costas a Porvenir S.A., fijando el monto de las agencias en derecho.

Argumentó el fallador que, bajo las premisas normativas y alcance de la línea jurisprudencial, coherente y sólida de la Sala de Casación Laboral, frente al tema de la ineficacia, para el caso la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información calificada, completa, suficiente, idónea y comprensible, de acuerdo a la etapa en que se estaba, sin que dicho deber se entienda satisfecho con la suscripción libre y voluntaria del formulario de vinculación que se aporta, en consecuencia, le impuso al acto de traslado del RPMPD al RAIS la sanción de ineficacia, con la restitución por parte de Porvenir de la cuenta de ahorro individual con los respectivos rendimientos, junto con las cuotas de administración, primas previsionales, y los porcentajes del fondo de garantía mínima debidamente indexados.

El **recurso de apelación** fue interpuesto por la apoderada de la **AFP Porvenir S.A.**, solicitando se imparta absolución en su favor, para ello, pide no se tenga en cuenta el precedente existente frente a la ineficacia de la afiliación. De igual forma, afirma que no existe norma en el ordenamiento jurídico que prevea la restitución de cuotas de administración y seguros

previsionales, en tanto, si los efectos de la ineficacia son que el acto jurídico nunca existió, solo es dable ordenar el retorno de las cotizaciones y rendimientos, al ser esto lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las previsiones legales. Aduce que en atención a lo regulado en el artículo 1746 del C.C., no es posible ordenar la devolución de los conceptos objeto de inconformidad, máxime que no hacen parte de la pensión y que la entidad efectuó una buena administración de los recursos, debiéndose considerar de igual forma, la improcedencia de la indexación tal y con lo tiene establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Cali, en tanto, los rendimientos compensan la depreciación de los emolumentos a retornar.

En favor de Colpensiones se conoce en el grado jurisdiccional de consulta.

De la etapa de alegaciones ante esta instancia hizo uso **Porvenir S.A.**, luego de aludir a las pretensiones, estima que no existen razones para la declaratoria de ineficacia al no alegarse y menos probarse ninguno de los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, ni vicio en el consentimiento, sin que sean aplicables las consecuencias del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Seguidamente efectúa consideraciones y explicaciones precisas sobre al derecho de retracto, la libre escogencia de régimen, la acreditación del deber de información por parte de Porvenir S.A., la imposición de cargas probatorias inexistentes, el deber de realizar un análisis crítico y en conjunto de las pruebas en cada caso; la diferencia legal de la ineficacia y la nulidad de los actos jurídicos y sus efectos. Realiza también consideraciones en torno a la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia sobre la inexistencia del acto jurídico de traslado de régimen pensional, la buena o mala fe de las partes frente a las restituciones mutuas, la indexación de las condenas impuestas, y solicita **revocar** en su integridad la decisión revisada y en su lugar impartir absolución para la AFP.

Colpensiones, solicitando no acoger la sentencia de primer grado, al considerar que las pretensiones no se pueden considerar como negaciones indefinidas, por tal, le correspondía al actor demostrar que no se le dio una información suficiente, supuesto, que no se encuentra acreditado. Esgrime que a aplicación en forma irrestricta de las reglas generales que ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para los casos en los que se depreca ineficacia de traslado de régimen pensional, genera un desequilibrio procesal, que tiene como resultado un grave impacto en el ejercicio del derecho de defensa, pues deja sin opciones probatorias a la parte pasiva, lo que se traduce en transgresión al debido proceso.

Esgrime que el traslado entre regímenes de personas que se encuentran a menos de 10 años para adquirir el derecho se encuentra autorizado para los beneficiarios del régimen de transición, que accedieron a este por medio del tiempo de servicio o cotizaciones (sentencias C-789 de 2002, SU- 062 de 2010 y SU – 130 de 2013), por lo que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional de un contingente de personas con características diferentes a las dispuestas por la Corte Constitucional, pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema, a la par que pondría en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

En el evento de accederse a las pretensiones, solicita se ordene la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante, sin descuento alguno, durante la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando los conceptos a reintegrarse y un término perentorio para para el reintegro de los recursos.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

De acuerdo con el recuento realizado, los argumentos de la apelación y el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones, **el problema jurídico** en esta instancia se circunscribe a establecer, si hay lugar a la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de ello, a su inmersión automática en el RPM administrado por Colpensiones, con las correspondientes restituciones económicas, los conceptos que estas comprenden y si hay lugar o no a su actualización mediante el mecanismo de la indexación.

Pues bien. Reiterada ha sido la línea de la jurisprudencia **mayoritaria** de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, en torno al tema de la carencia de efectos jurídicos del traslado de régimen pensional cuando no está precedido de una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, existiendo unas reglas decantadas, entre ellas que la movilidad entre regímenes debe estar precedida de la debida información y transparencia, **para el caso concreto, dado que el formulario se suscribió el 19 de noviembre de 2008**, se estaba en el primer estadio de la regulación normativa, contenida entre otras en los arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal, y por tanto el contenido mínimo estaba circunscrito a la **ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales**, lo que supone el análisis de la situación particular de cada afiliado ante el sistema, **confesándose por la AFP Porvenir en el escrito de contestación, contrario a lo que afirma en su**

defensa, y en lo que insiste en la etapa de alegaciones y al sustentar la alzada, que no le consta la edad del actor y la vinculación al régimen de prima media, a pesar de obrar dentro de los anexos de la contestación certificado de Asofondos, donde se certifica que se encontraba en el ISS, así como formulario de afiliación en el que se indica en la casilla vinculación: traslado de régimen, debiéndose considerar de igual forma que en la contestación se expone que se le garantizó el derecho al retracto con el comunicado de prensa del 2004 publicado en el diario el Tiempo, cuando la afiliación se dio en el 2008, luego no es posible inferir para el momento de la afiliación el cumplimiento del deber de información bajo las reglas de la normatividad vigente, primer estadio como ya se explicó, pues del pronunciamiento frente a los hechos lo que se evidencia es **absoluto desinterés y desdén por la suerte del derecho pensional del aquí demandante,**

Sobre el deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones, pertinente resulta para el caso traer a colación lo explicado en sentencia SL2484-2022, con fecha 24 de mayo de 2022, en asunto de idéntica naturaleza en que también fue demandada la AFP Porvenir S.A.:

(i) Del deber de información de las administradoras de pensiones

Esta Corporación ha considerado que, desde la implementación del sistema integral de seguridad social en pensiones, que incluyó la creación de las administradoras de pensiones, se estableció a cargo de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de los dos regímenes pensionales a fin que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ 2611-2020 y CSJ SL1062-2021).

Lo anterior, toda vez que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», prescribió en el numeral 1.º del artículo 97 la obligación de las mismas 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», y la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal

información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

La Sala también ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula el tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Entonces, de acuerdo a la fecha en la que el actora migró al régimen de ahorro individual con solidaridad –1.º de septiembre de 1999-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

En consecuencia, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, 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 de su cambio y, por tanto, las AFP tenían a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como el 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, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna. Negrillas intencionales.

Estando la carga de la prueba en cabeza de las administradoras, sin que sea requisito para su cumplimiento que el afiliado goce del beneficio de la transición o tenga un derecho pensional consolidado, ni sea carga del ciudadano ilustrarse, así se explica en la sentencia antes citada:

Sobre el particular, la Sala reitera que le corresponde a la administradora de pensiones acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que no haber recibido información suficiente corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación¹ (CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4806-2020).

Asimismo, porque la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad quien

¹ En tal sentido, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

debe observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Y es que no es razonable invertir la carga de la prueba contra la otra parte de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto del afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

En esa perspectiva, se advierte que le asiste razón al recurrente cuando afirma que el Tribunal se equivocó al asignarle la carga probatoria, pues la misma compete a la AFP convocada. Negrillas fuera del texto original.

Sin que se infiera del formulario de afiliación, porque:

..., la simple firma, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, 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 son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4062-2021 y SL2484-2022).

Siendo la consecuencia de la inobservancia de tal deber, **la ineficacia del acto de traslado de régimen en los términos de los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993**, sin que la acción tendiente a su declaratoria se vea afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, y siendo su consecuencia que las cosas se retrotraigan al estado anterior, con las consecuentes restituciones económicas.

De acuerdo con ello y por ser el precedente vigente en el órgano de cierre de esta especialidad, es el acogido por esta Sala de Decisión, al no existir razones para su variación, máxime cuando el recurso de apelación se funda justamente en los argumentos de defensa ya analizados por la alta Corporación, advirtiéndose que en lo atinente a los rubros a devolver una vez declarada la ineficacia del acto de traslado, su actualización mediante el mecanismo de la indexación, y **la obligación de las AFP de asumir lo**

descontados por gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima con su propio patrimonio, surgen, entre otras, a partir de las sentencias **SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803-2021, SL4609-2021** reiteradas, entre otras en las **SL755-2022, SL756-2022, SL843-2022, SL1019-2022, SL1055-2022, SL2484-2022,** sin que se pueda disponer ningún tipo de compensación.

Por lo que se **confirma** la sentencia revisada en cuanto ordenó a la AFP Porvenir S.A. restituir con su propio peculio las sumas descontadas durante el tiempo de afiliación del actor, por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, así como que al momento de cumplirse la orden impartida en cuanto a restituciones, deberá remitir a Colpensiones relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Las costas en esta instancia quedan a cargo de la AFP Porvenir S.A. a quien se desata adversamente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.160.000,00 a favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín,** administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Nicolás Antonio Londoño Toro,** contra la **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.**

Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., a quien se desata adversamente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.160.000,00 a favor del demandante.**

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO, que se fijara por secretaria por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados (firmas escaneadas)



LUZ AMPARO GÓMEZ ARITIZABAL



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ



CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES