



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

Medellín, agosto 25 de 2023

Radicado: 05266-31-05-001-2020-00505-01
Demandante: PEDRO JOSÉ TOBÓN CÁRDENAS
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR SA
Asunto: APELACION Y CONSULTA.
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO ENTRE REGÍMENES

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

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

1. ANTECEDENTES.

De la demanda presentada.¹

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

¹ 01PrimeraInstancia. Archivo 01 y 11 del expediente digital.

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

Como fundamento a estas solicitudes, manifestó que: *“PEDRO JOSE TOBON CARDENAS, en su calidad de empleado público, ante la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA y otras instituciones públicas, realizo traslado de fondo de pensiones SEGURO SOCIAL hoy ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, al fondo de pensiones privados PORVENIR S.A, este traslado se hizo desde la fecha 28/11/1979, con todas las cotizaciones por concepto de pensiones, pertenecientes al régimen de prima media con prestación definida, con un total de aportes que superan las mil quinientas sesenta y una (1561) semanas cotizadas, así mismo el traslado se allego el bono pensional documento válido para garantizar la pensión de vejez. En el momento de generarse el traslado firmado por el afiliado, el asesor del fondo privado Porvenir incurrió en una mala asesoría porque al afiliado no le explicaron las razones por el cual su dinero depositado en una cuenta de ahorro individual tenía que crecer hasta conseguir el tope que le garantizara la pensión de vejez en un 85% de su salario para que en la fecha de cumplir las exigencias de ley no quede en el valor de un salario mínimo en el fondo privado. En el momento de firmar el contrato al afiliado no le entregaron información adecuada, suficiente, clara, oportuna y cierta sobre el traslado que le permitiera dimensionar las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales existentes, para no vulnerar el consentimiento informado que se liga al derecho de la seguridad social, la manifestación de la voluntad del afiliado, la buena fe, el goce de una vida digna a futuro”.*

De la respuesta a la demanda.

Por parte de la AFP PORVENIR SA².

² 01PrimeraInstancia. Archivo 08 del expediente digital.

Esta administradora de pensiones al momento de dar respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones, manifestando que el actor “*suscribió formulario de afiliación a mi representada el 28 de agosto de 1995 y su afiliación se hizo efectiva el 1 de septiembre de 1995, de acuerdo con el reporte del SIAFP, que acompaña la presente contestación. Con respecto al número de semanas, no es cierto como se presenta, puesto que el actor tiene a la fecha un total de 1583 semanas cotizadas según historia laboral que se incorpora con la presente contestación*”, en lo demás adujo que no se trataban de hechos sino pretensiones.

Por parte de Colpensiones. ³

La entidad al momento de dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones, manifestando que “*como se puede corroborar en la respuesta emitida por la Entidad, bajo el radicado BZ2020_12703922-2647521, el pasado 10 de diciembre de 2010, no se encuentra información de afiliación a nombre del demandante en la base de datos que a la fecha posee la Entidad, y tampoco fue aportada por la parte activa constancia de afiliación; lo que hace presumir que no se ha configurado un traslado de régimen pensional, porque el demandante nunca ha estado afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida*”, en lo demás señaló que no le constaba las circunstancias de tiempo, modo y lugar que motivaron el traslado de régimen pensional.

De la sentencia de primera instancia.⁴

En sentencia de primera instancia el día 20 de septiembre de 2022 el JUZGADO PRIMERO (1°) LABORAL DEL CIRCUITO DE ENVIGADO determinó:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor PEDRO JOSÉ TOBÓN CÁRDENAS , identificado con la cédula de ciudadanía N° 15.320.517, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., entendiéndose que ha permanecido afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad; según lo explicado en la parte considerativa de esta Sentencia.

³ 01PrimeraInstancia. Archivo 09 y 14 del expediente digital.

⁴ 01PrimeraInstancia.Archivos 017 del expediente digital.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones, la totalidad de aportes por pensión recibidos en la cuenta de ahorro individual del demandante con motivo de su afiliación, con los rendimientos financieros, sin descuento alguno, incluyendo el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; incluyéndose además los bonos pensionales si los hubiere; todo ello dentro del término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta Sentencia; de acuerdo a lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- recibir los dineros trasladados, teniendo al señor Pedro José Tobón Cárdenas como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral para los fines pensionales y prestacionales a que hubiere lugar; según lo explicado en los considerandos de este proveído.

CUARTO: CONDENAR en Costas a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en favor del demandante, señor PEDRO JOSÉ TOBÓN CÁRDENAS; fijándose como agencias en derecho la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3.000.000,00).

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, formulada por la parte demandada; de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la Sentencia. Los demás medios exceptivos propuestos por las codemandadas, se declaran implícitamente resueltos.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión o serlo parcialmente, se remitirá lo actuado ante el H. Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones

2. DEL RECURSO DE APELACION

Formulado por PORVENIR encontró inconformidad con la providencia indicando que el actor cuando se trasladó a COLPATRIA en 1995 suscribió formulario en señal de haberse otorgado la información necesaria para ese momento, sin que la AFP deba tener otro documento para demostrarlo. Que se pudo trasladarse al RPM en tiempo pero el afiliado no lo hizo. Que se ordena una doble condena con la devolución de los aportes indexados y los rendimientos financieros. En cuanto a las costas señaló que la AFP actuó en debida forma por lo que no debe ser condenada en costas procesales.

Respecto de COLPENSIONES se concedió el grado jurisdiccional de CONSULTA.

3. ALEGATOS

Concedido el término que establecía el artículo 13 la Ley 2213 de 2022, COLPENSIONES presentó escrito de alegatos (archivo 03, Carpeta 02Segunda instancia) señalando que frente a la pretensión de traslado de régimen, no sería procedente dado a que la demandante se encuentra a menos de 10 años de adquirir el Derecho a su Pensión. Que solo es posible ordenar el traslado porque:

1. Hubo falsificación del contrato de afiliación,
2. El empleador lo afilió sin su consentimiento o
3. Cumple las condiciones de la sentencia SU 062 de 2010; sin que el actor este bajo estas 3 condiciones.

Por tanto solicita la revocatoria de la sentencia.

Así mismo PORVENIR en sus alegatos (archivo 04, Carpeta 02Segunda instancia) ahondó en los siguientes puntos de apelación:

1. Declaratoria de ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS.
2. La condena consistente en devolver a Colpensiones el valor contenido en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados.
3. La indexación ordenada en la sentencia y
4. Condena en costas.

4. CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

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

- 1) Que el señor PEDRO JOSE TOBON CARDENAS nació el 6 de julio de 1960
(Página 20 archivo 001)

- 2) Se afilió a PORVENIR el 1 de septiembre de 1995 según certificación de esa AFP (Página 25 archivo 008)
- 3) En informe de ASOFONDOS se certifica que el actor se afilio con la AFP COLPATRIA en septiembre de 1995, la cual por fusión se convirtió en HORIZONTE, siendo actualmente la AFP PORVENIR (Página 44 archivo 008)
- 4) Copia de la historia laboral en PORVENIR de septiembre de 2020 en la que se certifica 1.561 semanas y de fecha marzo de 2021 con 1.583 semanas cotizadas (Página 34-40 archivo 001, Página 27-39 archivo 008)
- 5) El actor presentó solicitud de traslado de régimen pensional a COLPENSIONES el 7 de diciembre de 2020 (Página 21 archivo 002)

Estudiando el expediente producto del recurso de apelación concedido a PORVENIR SA y el Grado Jurisdiccional de Consulta concedido a favor de Colpensiones; se debe señalar que, al perseguirse dentro de la demanda la ineficacia de traslado pensional implica realizar un análisis de las condiciones que rodearon el traslado de régimen pensional del **RPM al RAIS**, y si en aquél acto de traslado existió una indebida asesoría a la demandante por parte de la administradora de pensiones privada; de manera que, si se acredita un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en su desconocimiento de las condiciones pensionales del régimen al cual se trasladaba, por omisión de la información por parte del fondo en cuestión, se declare la ineficacia del acto de traslado y como consecuencia de ello se declare su afiliación sin solución de continuidad en el régimen pensional de procedencia, que en este caso corresponde RPM.

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

Con la creación del Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, la finalidad principal fue la de crear un sistema pensional uniforme, independientemente de la naturaleza del vínculo laboral del afiliado en armonía

con la pauta Constitucional del artículo 48 en el cual la seguridad social se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional en condiciones de igualdad.

La Ley 100 de 1993 incorporó en el sistema pensional dos regímenes solidarios que coexisten, pero excluyentes entre sí como lo son el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, frente a los cuales las personas se pueden afiliar en condición de libertad dependiendo de la conveniencia que en su caso personal tenga uno u otro⁵.

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

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

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

⁵ Decreto 692 de 1994. Artículo 3. “**Selección de Régimen pensional.** A partir del 1º de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. En consecuencia deberán seleccionar uno de los siguientes regímenes:

a) Régimen solidario de prima media con prestación definida;

b) Régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

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

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

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

Todo ello explica la importancia para un afiliado respecto a la elección de régimen pensional, siendo el acto jurídico de afiliación o de traslado un asunto crítico y que debe estar revestido de la información suficiente, deber de orden legal que recae en las administradoras de pensiones en virtud de los artículos 20, 48, 53, 78 y 335

de la Constitución Política de Colombia, el Decreto 663 de 1993 y Decreto 720 de 1994⁶.

Del mismo modo el literal B del artículo 13⁷ y 271⁸ de la Ley 100 de 1993 prescribe el derecho de todo afiliado al SGP para que la elección de régimen pensional sea libre y voluntaria, la cual sólo se predica cuando el acto fue suficientemente informado, consentimiento que cuando no es perfeccionado comporta indefectiblemente a que el acto no produzca efectos, esto es, se repute ineficaz.

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

⁶ Decreto 663 de 1993. “Artículo 97. Numeral 1. Texto original. *Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.*” después a través del artículo 23 de la Ley 797 de 2003 de mantuvo este deber de información a los usuarios. Y se modificó los siguientes aspectos para profundizar aún más en este deber. El nuevo texto es el siguiente: “*Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.*”

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

⁷ “**ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.** El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características: b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

⁸ “**ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR.** El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.”

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

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

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

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

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

Así lo sostuvo desde la sentencia hito en la línea jurisprudencial con la sentencia Radicación 31989 de 2008 determinando en esa providencia que las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría entre un administrador experto y un afiliado lego. En ese momento explicaba la Corte que la consecuencia de tal incumplimiento era la declaratoria de la **nulidad del acto jurídico de traslado**, independientemente del estatus pensional de la demandante⁹.

Para el año 2014 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia varió su postura reafirmando el criterio asentado en la sentencia con radicado N° 31.989 del año 2008 en cuanto al deber que le asiste a las administradoras de pensiones de suministrar la información suficiente, adecuada y necesaria para este tipo de acto, pero varió la consecuencia jurídica asumiendo que el acto no era nulo sino ineficaz¹⁰.

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

C. SUBREGLAS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

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

⁹ Ver sentencias Radicación 33083 y 31314 de 2011.

¹⁰ Ver sentencias SL 12136 de 2014, SL- 9519 de 2015, SL 19447 de 2017, SL 17595 de 2017, SL-2372 de 2018.

- **SOBRE LA VALIDEZ DEL FORMULARIO DE AFILIACIÓN:** Ha dicho la SL de la CSJ que el deber de información es ineludible, por lo que el simple consentimiento vertido en un formulario de afiliación resulta insuficiente¹¹.
- **SOBRE EL ORIGEN DEL DEBER DE INFORMACIÓN:** Destaca que el deber de información cada vez involucra un mayor nivel de exigencia a medida que se genera una conciencia de las implicaciones, derechos y deberes que implica la afiliación al sistema general de pensiones, identificando 3 etapas de acuerdo a la normativa vigente que regula y desarrolla este tema¹².

Etapas acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

¹¹ Ver sentencia SL-19447 de 2017.
¹² Ver sentencias SL-1452 de 2019, SL 1688 de 2019.

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

Postulado que se compagina con los principios de justicia y buena fe, el cual se concreta en la institución de la carga dinámica de la prueba, en la medida que las administradoras de fondos de pensiones que afirman que sí brindaron una información suficiente, cuentan también con unas mejores condiciones para demostrarlo¹³.

- **TRASLADOS HORIZONTALES EN EL RAIS:** El hecho de que una persona se haya trasladado varias veces al interior del RAIS no exime a cada administradora de pensiones de darle la información sobre los efectos y consecuencias de dicho traslado. Por tanto, brindar información a los afiliados, es un deber en cabeza de las administradoras de pensiones, que se mantiene en el tiempo y no se diluye con traslados horizontales en el mismo régimen¹⁴.
- **IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN TENDIENTE A DECLARAR LA INEFICACIA DE UN ACTO JURÍDICO:** Teniendo presente que los hechos y estados jurídicos no prescriben, a diferencia de los hechos y obligaciones que con consecuencia de esa declaración la Sala ha adoctrinado que estas acciones son imprescriptibles. Por tanto, al declararse la ineficacia de traslado pensional, las implicaciones que genera tal orden, tampoco tienen vocación de prescribir pues precisamente el pronunciamiento judicial busca restablecer las cosas, al estado que se encontraban antes de la celebración del acto jurídico¹⁵.
- **LA INEFICACIA DEL ACTO DE TRASLADO SE DECLARA A PESAR DE NO TENER EL AFILIADO RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL:** También ha sostenido la SL de la CSJ que radica en la AFP el deber de brindar una información oportuna y adecuada a los afiliados,

¹³ Ver sentencias SL 4803 de 2021, SL1688-2019.

¹⁴ Ver sentencias SL-3349 de 2021, SI 1008 de 2021.

¹⁵ Ver sentencias SL-1688 de 2019 SL-1689 de 2019, SL 361-2019, SL 1421 de 2019, SL-4426 de 2019, SL 4360 de 2019, SL 373 de 2021.

independientemente de si las personas son beneficiarias del régimen de transición o no, o si están próximas a adquirir el status pensional o si se están próximas a adquirir requisitos para pensionarse, esto debido a que la omisión del deber de información se predica frente a la validez o no del acto jurídico de traslado o incluso de la afiliación¹⁶.

- **INEFICACIA DEL ACTO DE TRASLADO EN SITUACIÓN DE PENSIONADO DEL RAIS:** Finalmente, para esa corporación judicial si se acreditaba la falta de información a la hora de materializar el acto de traslado de régimen pensional, no era relevante si se encontraba ante un afiliado o pensionado del RAIS pues la declaratoria judicial buscaba devolver las cosas al estado anterior. Empero tal postura fue replanteada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el año 2021 al considerar que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, el cual no es razonable revertir o retrotraer, pues ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a varias personas, entidades, actos, relaciones jurídicas y por tanto, derechos obligaciones e intereses de terceros en todo el sistema pensional. Por esta razón, y como ha venido siendo aceptado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín dichas pretensiones son improcedentes, por las implicaciones que acarrea tal declaración.

En su lugar, para este tipo de reclamaciones judiciales se dejó dispuso por parte del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, la posibilidad de que la demandante dirija su acción pretendiendo la indemnización total de perjuicios a cargo las AFPS involucradas¹⁷.

- **SOBRE LOS EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE TRASLADO:** acreditada la falta de información por parte del fondo de pensiones, la declaración de ineficacia del acto jurídico del traslado

¹⁶ Ver sentencias SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 1689 de 2019, SL 3463 de 2019, SL 1618 de 2022, SL 2484 de 2022 Y SL 932 de 2023 entre otras.

¹⁷ Ver sentencias SL- 373 de 2021, Sala Laboral TSM en sentencia del 14 de agosto de 2019 en proceso con radicado 05001 31 05 007 2015 01295 01.

devuelve al afiliado indebidamente trasladado al régimen pensional al que se encontraba inicialmente vinculado, sin que haya lugar a entender que medió solución de continuidad sobre dicha afiliación, esto es, la afiliación al régimen válidamente seleccionado no se entiende interrumpida por el traslado anulado.

La administradora que indujo en error al afiliado para trasladarlo al régimen de ahorro individual, tiene la obligación de devolver al régimen de prima media el 100% de los aportes efectuados por el afiliado, asumiendo a su cargo los deterioros que éstos hubieren sufrido.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló que es la administradora de pensiones la que debe devolver al sistema la totalidad de los valores que haya recibido en razón de la afiliación, *“como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses”*, como los dispone el artículo 1746 del Código Civil colombiano, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado¹⁸.

La orden de reintegro de valores recibido incluye los gastos o comisiones de administración¹⁹, así como los porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores dispuestos para los seguros previsionales³⁶ con cargo a sus propias utilidades.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, que consagra que los errores, infracciones u omisiones que perjudiquen a los afiliados, serán responsabilidad de las administradoras de fondos de pensiones; será ésta quien deba asumir el deterioro del bien administrado (mermas en el capital, pago de mesadas pensionales y gastos de administración) y deberá regresar todos los valores que hubiere recibido con frutos e intereses.

¹⁸ Ver sentencias SL1688 de 2019, 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, SL-2877 de 2020, SL- 3871 de 2021, SL 4803 de 2021.

¹⁹ Ver sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020, SL373-2021

5. DEL CASO EN CONCRETO

De acuerdo con el análisis que se viene realizando, teniendo presente los reparos a la sentencia por parte de PORVENIR SA y el conocimiento en Grado Jurisdiccional de Consulta reconocido en favor de COLPENSIONES, resulta necesario por parte de la Sala abordar el fundamento de la sentencia de primera instancia al darse por acreditado, que a la demandante no se le brindó una suficiente asesoría al momento de efectuar su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Destaca la Sala del interrogatorio de parte agotado en la audiencia de trámite y juzgamiento²⁰ los siguientes puntos relevantes, que tienen incidencia dentro del problema jurídico planteado así:

1. Inició su interrogatorio afirmando que tiene 62 años, es Tecnólogo agroambiental y está desempleado.
2. Expuso que su trasladó del RPMPD al RAIS porque por el cambio de ley debía trasladarse a un fondo privado que para ese entonces estaba trabajando en el Hospital de Ituango (Antioquia) y se afilió con HORIZONTES. Al momento de afiliarse el asesor no le explicó las desventajas de su decisión, que solo le explicó que documentos debía diligenciar
3. Que por conocimiento de amigos y conocidos se enteró que ese régimen pensional no le beneficiaba, porque la entidad no lo ha asesorado al respecto.

Una vez analizado esta prueba, para esta Sala las afirmaciones realizadas al momento del agotarse el interrogatorio de parte, no tienen la suficiente fuerza probatoria para constituirse en confesiones provocadas o espontaneas; pues lejos

²⁰ 01PrimeraInstancia.Archivo 26. Minuto 29 en adelante

de afirmarse que la asesoría brindada al momento de trasladarse fue clara, veraz y oportuna siempre se realizó un constante cuestionamiento sobre la escasa o nula información brindada por la administradora de pensiones privada.

Se logra concluir por parte de la Sala que el traslado que realizó la hoy demandante no se dio de manera libre y voluntaria, pues se desconoció para ese momento las implicaciones de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al no haberse realizado ningún acompañamiento por parte de la administradora de pensiones privada o por lo menos que se haya acreditado en este proceso.

Ahora, el hecho de que la demandante haya suscrito un formulario de afiliación, de acuerdo a la jurisprudencia traída a colación por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no tiene ningún tipo de incidencia toda vez que la falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, toda vez la simple rúbrica o autorización en una pre-forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021).

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

Así las cosas, concluye esta corporación que la decisión de traslado entre regímenes realizada por la demandante, no se fundamentó en una correcta

información sobre sus propias condiciones, las derivaciones nocivas que implicaría ese acto jurídico, y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó el traslado pensional.

Sobre los efectos de la declaratoria de ineficacia, debe indicarse que la misma conlleva a que el acto jurídico cuestionado no produce efectos, por tanto, no puede excluirse rubros percibidos por las administradoras privadas producto de la afiliación realizada por la demandante, pues sería restarle valor a la declaratoria de ineficacia esto de conformidad a lo expuesto en sentencia SL-950 de 2022 por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En esta senda la Sala Laboral de la CSJ en sentencias SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019, así como en la SL 2877 y SL 4811 de 2020 ha explicado que las consecuencias que se derivan de esta declaratoria, aunado a que el artículo 1746 del Código Civil declarada la ineficacia, las partes deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación.

Del mismo modo la Sala de Casación Laboral en sentencias SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22, ha considerado que lo procedente es ordenar la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos.

También es importante destacar que aunque el actor no presenta afiliación al RPM con anterioridad a su afiliación al RAIS, al ser inexistente prueba que acredite lo contrario, en virtud del artículo 271 de la ley 100 de 1993 *“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud...La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y*

espontánea por parte del trabajador.”, en tanto el demandante solicitó su afiliación a COLPENSIONES, es a esta administradora de pensiones que se ordenará el traslado en virtud de la sentencia judicial.

Dicho esto, ante las irregularidades generadas en el traslado de régimen llevan a esta Sala a **CONFIRMAR** la decisión emitida por el A-quo, pues se concluye que en efecto se desconoció por la parte pasiva el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen el traslado de régimen; por lo que resulta necesario ante dicho vicio declarar la ineficacia del traslado al RAIS del señor PEDRO JOSE TOBON CARDENAS. Se **MODIFICARA** la sentencia, en su numeral segundo, en cuanto a las sumas que se ordena devolver al RPM, excluyendo el valor del bono pensional que ordenó el A-quo, para disponer en su lugar que en caso que esté redimido el bono pensional tipo A en la cuenta de ahorro individual del actor, PORVENIR deberá adelantar los trámites dirigidos a la correspondiente anulación del bono y devolverá a esta entidad las sumas que por este concepto hubiere recibido, debidamente indexadas. Decisión que se encuentra ajustada a lo previsto en el artículo 1° del Decreto 1748 de 1995, concordado con el Artículo 57 del referido Decreto, modificado por el Artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, inciso 2° hoy recopilados en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones, como quiera que el mismo solo tiene la finalidad de financiar pensiones dentro del RAIS.

Por ultimo al haber salido vencido en el proceso es a PORVENIR a quien le corresponde asumir las costas procesales, conforme al artículo 365 del CGP, sin que tenga vocación de prosperidad los argumentos esgrimidos en el recurso para ser exonerado de las mismas. En primera instancia como fueron impuestas por el A-quo, en esta se fijan en 1 SMLMV.

COSTAS: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR SA en la suma de 1 SMLMV en favor de la parte actora, al haberse resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación.

6.DECISIÓN

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

Primero: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Medellín de fecha 20 de septiembre de 2022 conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo: Se **MODIFICA** el numeral segundo de la providencia porque dentro de los 30 días siguientes a la notificación de esta providencia, **PORVENIR S.A.** debe devolver a **COLPENSIONES** la totalidad de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: CUOTAS DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTIA DE PENSION MINIMA debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

Y se **ADICIONA**, porque en caso de haberse redimido el bono pensional tipo A del demandante, se **ORDENA a PORVENIR S.A.** adelantar los trámites para la correspondiente anulación del bono y así devolver las sumas que por este

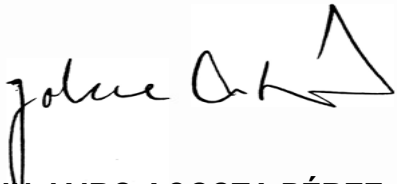
concepto hubiere recibido al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** debidamente indexadas, conforme lo definido en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A** en la suma de 1 SMLMV en favor de la parte actora

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

Los Magistrados,


LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE


JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ


ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

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

Radicado: 05266-31-05-001-2020-00505-01
Demandante: PEDRO JOSÉ TOBÓN CÁRDENAS
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR SA
Asunto: APELACION, CONSULTA
Decisión: CONFIRMA, MODIFICA Y ADICIONA
Magistrada ponente LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado hoy 29 de agosto de 2023 a las 8:00 am, desfijado en el mismo día a las 5:00 Pm y se publica en la página web institucional de la Rama judicial por el término de 1 día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 ibídem. La notificación se entenderá surtida al término de fijación del Edicto

RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO