



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

Medellín, septiembre 8 de 2023

Radicado: 05360-31-05-002-2022-00146-01
Demandante: JAIME ORLANDO GIL GALEANO
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR SA.
Asunto: CONSULTA.
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO ENTRE REGÍMENES

La Sala Sexta de decisión, presidida por la magistrada ponente **LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE**, e integrada por los magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ** y **JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ** dado el impedimento presentado por la Dra. MARIA PATRICIA YEPES GARCIA, 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.

En los términos y para los efectos del poder conferido¹, para que continúe con la representación judicial de COLPENSIONES, se le reconoce personería jurídica como apoderada principal a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S identificada con Nit 900.822.176-1 y como apoderada sustituta a la Dra. PAOLA GAVIRIA QUINTERO portadora de la T.P 221.371 del C.S de la J.

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

¹ 02SegundaInstancia. Archivo 4 del expediente digital.

1. ANTECEDENTES.

De la demanda presentada.²

Narró el demandante que estuvo afiliado al extinto ISS, sin embargo, el 30 de agosto de 1997 suscribió formulario de afiliación donde se perfeccionó el traslado de régimen a través de PORVENIR S.A motivado por la promesa de poderse pensionar a cualquier edad y con una mesada superior.

Además de lo anterior, afirmó que PORVENIR nunca le suministró información adecuada, clara y comprensible, contentiva de las ventajas, desventajas e implicaciones del cambio de régimen que estaba efectuando, desconociendo totalmente sus características propias y las diferencias respecto al RPM.

Finalmente indicó que tanto a PORVENIR como a COLPENSIONES les solicitó el traslado de régimen y dichas peticiones fueron despachadas desfavorablemente.

Como consecuencia de lo anterior, pretende sea declarada la ineficacia de la afiliación surtida a través de PORVENIR S.A, teniendo válida la afiliación del actor ante COLPENSIONES sin solución de continuidad; aunado a ello, pretende sea condenado el fondo privado a trasladar todos los aportes efectuados por el demandante y que reposan en su cuenta de ahorro individual, con los rendimientos y sin ningún tipo de descuento por cuotas de administración ni comisiones, rubros que deberá recibir COLPENSIONES a efectos de actualizar la historia laboral del señor JAIME ORLANDO GIL GALEANO.

De la respuesta a la demanda.

Por parte de Colpensiones. ³

Al referirse a los hechos descritos por la activa, aceptó su fecha de nacimiento, la afiliación realizada en el RPM y la solicitud de traslado elevada ante dicha entidad,

² 01PrimeraInstancia. Archivo 3 pág. 6-17 del expediente digital.

³ 01PrimeraInstancia. Archivo 11 del expediente digital.

los demás fundamentos fácticos por no constarle, estarán sujetos al debate probatorio.

En adición, se opuso a lo pretendido por carencia de fundamentación fáctica y legal que sirvan de respaldo; por lo tanto, solicita sentencia absolutoria en favor de su representada.

Se sirvió como medios defensivos de la: inexistencia de la obligación respecto al traslado, prescripción, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, falta de legitimación en la causa para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, imposibilidad de condena en costas, compensación y devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados.

Por parte de Porvenir S.A.⁴

Manifestó que la afiliación del demandante, surtida el 30 de agosto de 1997 fue luego de haber recibido información clara, precisa, veraz y suficiente acerca de las condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen privado al cual migraba.

Bajo la premisa de estar ante un acto jurídico válido y exento de vicios mantuvo oposición respecto de la totalidad de lo pretendido y por ello procedió a formular las excepciones que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

De la sentencia de primera instancia.⁵

En sentencia de primera instancia el día 1 de diciembre de 2022 el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí declaró la ineficacia de la afiliación

⁴ 01PrimeraInstancia. Archivo 16 del expediente digital

⁵ 01PrimeraInstancia. Archivos 26-27 del expediente digital.

realizada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; adicionalmente ordenó a la AFP PORVENIR trasladar en favor de COLPENSIONES los dineros de la cuenta de ahorro individual con los respectivos rendimientos financieros, además de las cuotas de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con todos los frutos e intereses sin deducción alguna y con cargo a su propio patrimonio.

Además de lo anterior, ordenó a COLPENSIONES validar la afiliación del demandante y recibir los recursos descritos. Gravó en costas a Porvenir S.A

Como sustento para esta decisión, manifestó que, conforme a la inversión de la carga de la prueba, el fondo privado demandado no logró probar que cumplió con el deber de información que le correspondía, pues no acreditó que la asesoría brindada al demandante al momento de ofrecer el traslado, haya sido clara, completa y comprensible sobre las implicaciones del acto que estaba celebrando.

Sin oposición de las partes frente a la sentencia proferida, lo que convoca a la sala es el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES.

2. ALEGATOS

Concedido el término que establece el artículo 13 la Ley 2213 de 2022, la apoderada de COLPENSIONES⁶ alegó conclusivamente manifestando que dicha entidad no tuvo incidencia en el acto jurídico hoy demandado; por lo tanto, considera no pueden salir afectados con la sentencia proferida, poniendo de presente que el interés general debe prevalecer sobre el particular, de ahí que deba protegerse la sostenibilidad financiera del sistema, debiendo entonces realizarse un test de proporcionalidad, en la medida que la providencia consultada

⁶ 02SegundaInstancia. Archivo 5 del expediente digital.

genera consecuencias patrimoniales para su representada afectando a sus afiliados y pensionados. Finalmente expuso que, en caso de confirmar la decisión solicita que los recursos objeto de devolución se realicen de forma indexada con el fin de evitar un detrimento dada la pérdida del poder adquisitivo.

PORVENIR⁷ por su parte, manifestó que la administradora solo cuenta con los formularios de afiliación para probar la manifestación de voluntad de trasladarse, lo cual era lo único exigible para la época en que se materializó el traslado, considerando que exigir en la actualidad pruebas diferentes resulta violatorio al debido proceso.

Además de lo anterior, indicó la improcedencia de la devolución de rubros que no están consagrados en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 tales como seguros previsionales y gastos de administración, pues ello haría incurrir a Colpensiones en un enriquecimiento sin causa y en todo caso, estos últimos deben ser considerados como restitución mutua dada la gestión que se llevó a cabo por parte del fondo y que diera lugar a los rendimientos financieros en favor del afiliado.

Solicitando en consecuencia la revocatoria de la sentencia consultada, en caso de confirmarse la decisión, solicita no se ordene la indexación de las sumas objeto de devolución, en la medida que, con los rendimientos financieros obtenidos, se supera con creces lo que hubiera podido obtener de permanecer en el RPM.

Si bien la parte actora también arrió escrito⁸, no se hará alusión al mismo por cuanto el memorial se advierte extemporáneo.

⁷ 02SegundaInstancia. Archivo 6 del expediente digital.

⁸ 02SegundaInstancia. Archivo 7 del expediente digital.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, en el presente evento se encuentran por fuera de discusión los siguientes hechos:

- 1) Que el señor **JAIME ORLANDO GIL GALEANO** desde el 1 de julio de 1981 inició aportes al extinto ISS logrando acreditar en el RPM un total de 831.71 semanas⁹.
- 2) Que el demandante presentó solicitud de afiliación¹⁰ ante PORVENIR el 30 de agosto de 1997.
- 3) Que en misiva del 28 de septiembre de 2021¹¹ Porvenir le realiza proyección de su mesada pensional en el RAIS.
- 4) Que se elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES¹² el 22 de marzo de 2022, solicitando el traslado de régimen, petición que fue negada por encontrarse a menos de 10 años para arribar a la edad pensional y su situación no se enmarca entre las causales para anular la afiliación.

Estudiado el expediente en el grado jurisdiccional de Consulta concedido en favor de Colpensiones, se debe señalar que, al perseguirse dentro de la demanda la nulidad de traslado pensional que interpreta la Sala que se trata de la ineficacia del mismo, implica realizar un análisis de las condiciones que rodearon el traslado de régimen pensional del **RPM al RAIS** y verificar si en aquél acto de traslado existió una indebida asesoría al 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 debe declarar la ineficacia del acto de traslado y como consecuencia de ello la declaración que su afiliación fue sin solución de

⁹ 01PrimeraInstancia. Archivo 11 pág. 47-52 del expediente digital.

¹⁰ 01PrimeraInstancia. Archivo 3 pág. 60 y archivo 11 pág. 71 del expediente digital.

¹¹ 01PrimeraInstancia. Archivo 3 pág. 23-27 del expediente digital.

¹² 01PrimeraInstanci. Archivo 3 pág. 68-71 del expediente digital

continuidad en el régimen pensional de procedencia, que en este caso corresponde al 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 de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual las personas se pueden afiliar en condición de libertad dependiendo de la conveniencia que en su caso personal tenga uno u otro¹³.

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 2° 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:

¹³ Decreto 692 de 1994. Artículo 3. ***“Selección de Régimen pensional.*** A partir del 1° 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.”

*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.**”*

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 el afiliado de 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 1994¹⁴.

Del mismo modo el literal b) del artículo 13¹⁵ y 271¹⁶ 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 que el acto no produzca efectos, esto es, el acto se reputa ineficaz.

¹⁴ 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.”

¹⁵ “**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.”

¹⁶ “**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.”

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 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 el que lejos de ser disminuido, por el contrario, en cada pronunciamiento que emite la Corporación se aumenta el grado de protección 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 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 del demandante¹⁷.

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 ineficaz¹⁸.

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.

¹⁷ Ver sentencias Radicación 33083 y 31314 de 2011.

¹⁸ Ver sentencias SL 12136 de 2014, SL- 9519 de 2015, SL 19447 de 2017, SL 17595 de 2017, SL-2372 de 2018.

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:

- **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 insuficiente¹⁹.
- **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 tema²⁰.

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.

¹⁹ Ver sentencia SL-19447 de 2017.

²⁰ Ver sentencias SL-1452 de 2019, SL 1688 de 2019.

- **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 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 demostrarlo²¹.

- **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 régimen²².
- **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

²¹ Ver sentencias SL 4803 de 2021, SL1688-2019.

²² Ver sentencias SL-3349 de 2021, SI 1008 de 2021.

busca restablecer las cosas, al estado que se encontraban antes de la celebración del acto jurídico²³.

- LA INEFICIA 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, 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 afiliación²⁴.
- 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

²³ 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.

²⁴ 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.

el demandante dirija su acción pretendiendo la indemnización total de perjuicios a cargo las AFPS involucradas²⁵.

- 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 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 causado²⁶.

La orden de reintegro de valores recibido incluye los gastos o comisiones de administración²⁷, 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

²⁵ 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.

²⁶ Ver sentencias SL1688 de 2019, 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, SL-2877 de 2020, SL- 3871 de 2021, SL 4803 de 2021.

²⁷ Ver sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020, SL373-2021

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.

3. DEL CASO EN CONCRETO

De acuerdo con el análisis que se viene realizando, teniendo presente el Grado Jurisdiccional de Consulta 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 al 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.

Concluyendo la A-quo en su sentencia que resultó probatoriamente insuficiente el acervo que arrió PORVENIR para demostrar que efectivamente ilustró al demandante acerca de las ventajas y desventajas que acarrearía su traslado de régimen, carga que se invirtió en beneficio del demandante.

Ahora, destaca la Sala del interrogatorio de parte agotado en la audiencia de trámite y juzgamiento²⁸ los siguientes puntos relevantes, que tienen incidencia dentro del problema jurídico planteado así:

1. Indicó que en 1997 un excompañero del trabajo se vinculó laboralmente con Porvenir y éste mediante una charla grupal les expuso sobre los beneficios que obtendrían de trasladarse a Porvenir, tales como pensión antes de tiempo y con una mesada mayor, que generarían rendimientos y bajo la advertencia que el ISS se iba a acabar.

²⁸ 01PrimeraInstancia.Archivo 27 min 8:48 del expediente digital.

2. Que no ha solicitado pensión anticipada por cuanto cuando indagó con otro asesor de Porvenir sobre la cuantía de su mesada éste le informó que saldría con 1 smlmv y por ello decidió esperar a cumplir los 62 años.
3. Que cuando cumplió 52 años Porvenir no le notificó de la posibilidad de retornar a Colpensiones y cuando se acercó a solicitar el traslado no le aceptaron la solicitud.
4. Habiéndosele realizado proyección de su mesada pensional en ambos regímenes, la que reconocería Porvenir esta por debajo de la que percibiría en Colpensiones y es esta su motivación para retornar.

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

Sobre este punto, destaca la Sala que no se probó por parte de PORVENIR que hayan realizado una asesoría en debida forma al señor **JAIME ORLANDO GIL GALEANO** con suficiente conocimiento, claridad y veracidad de las implicaciones de su traslado pensional, como quiera que esta parte es quien tiene la carga de la prueba en este tipo de procesos, por encontrarse en una mejor posición probatoria y su defensa carece de soporte probatorio en este sentido.

No puede desligarse la pasiva de su carga probatoria al afirmar que la parte actora suscribió un formulario de afiliación, pues de acuerdo a las subreglas emanadas de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no tiene ningún tipo de incidencia tal acción, toda vez que la falta al deber de información no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario, ya que la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al

consentimiento, no supe el deber material de instruir de manera efectiva 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.

En igual sentido, tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni con 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 parte actora, 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.

Dicho esto, ante las irregularidades generadas en el traslado de régimen llevan a esta Sala a **CONFIRMAR** la decisión emitida por la 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 **JAIME ORLANDO GIL GALEANO**.

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 pueden excluirse rubros percibidos por las administradoras privadas producto de la afiliación realizada por el demandante, pues sería restarle valor a la declaratoria de ineficacia.

Así las cosas, se **MODIFICARÁ** el numeral SEGUNDO de la sentencia ya referenciada, frente a la orden dada a la AFP PORVENIR, en el sentido de indicar que, respecto a las cuotas de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima **deberán ser indexados en su totalidad con cargo incluso a sus propios recursos**.

Las costas de primera instancia, tal como fueron determinadas por la A-quo. En esta instancia no se causaron.

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 Segundo Laboral del Circuito de Itagüí de fecha 1 de diciembre de 2022 en cuanto a los numerales Primero, Tercero, Cuarto y Quinto y se **MODIFICA** el numeral SEGUNDO el cual quedará así:

- **SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A.** que en un término no superior a 30 días desde la ejecutoria de esta providencia, debe trasladar a COLPENSIONES en caso de que no lo hayan realizado, la totalidad del capital ahorrado por el demandante junto con los respectivos rendimientos financieros, así como bonos pensionales si se hubieren generado, además de los gastos de administración y comisiones, primas para seguro previsional y las sumas descontadas para el fondo de garantía de pensión mínima en proporción al tiempo de vigencia de la afiliación a esa administradora de pensiones; estos últimos con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados
- Al momento de cumplir esta orden los conceptos trasladados deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle

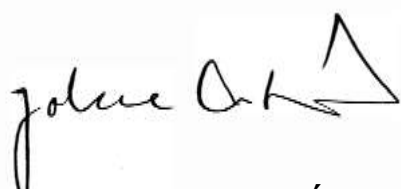
pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

Segundo: Las costas de primera instancia, tal como fueron determinadas por la A-quo. En esta instancia no se causaron.

Lo resuelto se notifica por Edicto.

Los Magistrados,


LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE


JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

Sin firma por ausencia justificada
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: 05360-31-05-002-2022-00146-01

Demandante: JAIME ORLANDO GIL GALEANO

Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR SA

Asunto: CONSULTA.

Decisión: CONFIRMA Y ADICIONA

Magistrada ponente LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado hoy 28 de septiembre 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