



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

Medellín, octubre 6 de 2023

Radicado: 05 001 31 05 008 2022 00016 01
Demandante: GUIOMAR PÉREZ VILLALOBOS
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR SA., UGPP
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 las magistradas **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ** y **ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ**, 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, se le reconoce personería jurídica para que continúe con la representación judicial de COLPENSIONES como apoderada principal a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S identificada con Nit 900822176-1 y como apoderado sustituto a la Dra. Nathaly Andrea Valencia Hinestrosa, quien se identifica con Cedula de ciudadanía No. 1.035.855.869 y Tarjeta Profesional No. 274.197 del C. S. de la J.

Del mismo modo, de conformidad con los términos y para los efectos del poder conferido², se le reconoce personería jurídica para que continúe con la

¹ 02 Segunda Instancia. Archivo 04 del expediente digital.

² 02 Segunda Instancia. Archivo 05 del expediente digital.

representación judicial de PORVENIR SA como apoderada principal a la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.,y como apoderado sustituto al Dr Octavio Andrés Castillo Ocampo, quien se identifica con Cedula de ciudadanía No. 1.017.267.151 y Tarjeta Profesional No. 380.131del 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. ANTECEDENTES.

De la demanda presentada.³

Sostuvo la señora Guiomar Pérez Villalobos que nació el 24 de febrero de 1.962. Diligenció formulario de afiliación a Porvenir en diciembre de 1.999, afiliándose así del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Que no se afilió al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, pues no se le dio asesoría sobre esa posibilidad, por parte del asesor de Porvenir. Si bien suscribió dicho formulario, lo hizo partiendo de una información incompleta y que carece de toda veracidad, razón por la cual el fondo omitió el deber que le asistía, como entidad financiera que es, de brindar una asesoría integral, completa y profesional, ligado ello a que tiene el deber del buen consejo y así mostrarle al afiliado beneficios, inconvenientes, ventajas, desventajas, perjuicios y efectos de la toma de su decisión. Dicha información debe ser clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de la afiliación. Tampoco se le ilustró acerca del límite de diez años, lo que le impedía acceder al RPM una vez cumpliera 52 años, no se le hicieron proyecciones comparativas ni asesorías personalizadas, no se le instruyó con detalle acerca del bono pensional y sus condiciones; o lo que es lo mismo, se le indujo y mantuvo en error a mi poderdante y no se le suministró la información suficiente y cierta, incluyendo las consecuencias que traía su decisión.

³ 01PrimeraInstancia. Archivo 01 del expediente digital.

En razón de lo anterior pretende la parte actora con su demanda es que se declare la ineficacia del traslado pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- y como consecuencia de ello, se ordene su regreso sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM-.

De la respuesta a la demanda.

Por parte de COLPENSIONES ⁴

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Manifestó que no le consta ninguno de los hechos en mención, toda vez que lo afirmado corresponde a situaciones fuera del control y conocimiento de Colpensiones.

Por parte de UGPP⁵

Arrimó respuesta a los hechos enunciados presentando oposición a las pretensiones de la demanda, señalando que no le consta que el demandante, haya diligenciado formulario de afiliación a Porvenir en diciembre de 1.999, afiliándose así del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por parte de PORVENIR⁶

En respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones y frente a los hechos expuso que la demandante suscribió formulario de afiliación a PORVENIR el 28 noviembre de 1999 y su afiliación se hizo efectiva el 01 diciembre de 1999, de acuerdo con el reporte del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión (SIAFP). En el momento de la afiliación, así como durante la vigencia de la misma, se le ofreció una continua asesoría e información en relación con las

⁴ 01PrimeraInstancia. Archivo 11.1 del expediente digital.

⁵ 01PrimeraInstancia. Archivo 21.1 del expediente digital

⁶ 01PrimeraInstancia. Archivo 22 del expediente digital

condiciones del régimen y, mantiene informados a sus afiliados, de las distintas alternativas de ahorro, los cambios normativos, así como toda la información de relevancia en materia de seguridad social, a través de distintos canales (extractos trimestrales, medios de comunicación, página de internet, asesores comerciales). Así mismo, la parte demandante contó con la totalidad de canales de información, puntos físicos, telefónicos y electrónicos para efectos de solicitar información. Que la obligación de otorgar información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación nace en el ordenamiento jurídico únicamente a partir de la entrada en vigor del Decreto 2241 de 2010. Que, para la fecha del traslado, no existía obligación de emitir proyección pensional y ello en razón a que, cualquier simulación que se hiciera se daría con base en datos presuntos.

De la sentencia de primera instancia.⁷

En sentencia de primera instancia el día 23 de marzo de 2023 el JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN accedió a las pretensiones de la demanda, declarando:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto jurídico de traslado que la demandante GUIOMAR PÉREZ VILLALOBOS identificada con cédula de ciudadanía número 21.243.696, hizo de la entonces CAJANAL a la AFP PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que, en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado en la actualidad por COLPENSIONES, devuelva a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidas las cuotas de administración, las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, lo que hará dentro de 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

⁷ 01PrimeraInstancia.Archivos 27-28 del expediente digital.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, para que permita la afiliación de la actora al Régimen de Prima Media con Prestación definida, conservando los beneficios que la cobijaban al momento de su traslado de régimen.

CUARTO: Las excepciones quedan resueltas implícitamente con la presente decisión.

QUINTO: CONDENAR en costas a las a la AFP PORVENIR S.A., las cuales se tasarán, por secretaria. Las AGENCIAS EN DERECHO se fijan en la suma de \$1.160.000, valor que correrá a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y a favor de la parte demandante.

2. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA EN FAVOR DE COLPENSIONES

Al no interponer recurso de apelación esta entidad, se concedió el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

3. ALEGATOS

Concedido el término que establece el artículo 13 la Ley 2213 de 2022, las accionadas presentaron alegatos de conclusión.

COLPENSIONES, mediante el documento que obra en el Archivo 08 carpeta 02 instancia, solicita se adicione la sentencia, en el sentido de CONDENAR a la sociedad PORVENIR S.A. a realizar la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados al momento del pago, conforme a la sentencia SL 1689 de 2019. Y en igual sentido, el porcentaje de garantía de pensión mínima debe ser devuelto a Colpensiones, teniendo en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a la sociedad Porvenir S.A.

La UGPP en escrito que reposa en el Archivo 07 carpeta 02 instancia, solicita se confirme la decisión tomada en primera instancia por cuanto la UGPP no es la llamada a reconocer y pagar las pretensiones que el demandante reclama, en tanto no está legitimada en la causa por pasiva, toda vez que las pretensiones incoadas en el libelo demandatorio no podrían prosperar frente a ella.

Por último PORVENIR en documento de archivo 02 de la carpeta de segunda instancia solicita se modifique el traslado de valores en los términos fijados por el numeral “SEGUNDO” de la sentencia, en el sentido en que no se ordene el traslado de los descuentos legales realizados a los aportes de la demandante y, consecuentemente o de manera subsidiaria, el que sea confirmada la sentencia y no se adicione a la orden del numeral señalada, una indexación sobre el valor de los descuentos ordenados, el adicionar la indexación sobre el traslado de los descuentos ordenados, estaría imponiendo una condena doble en contra de mi representada y en un enriquecimiento sin justa causa sobre COLPENSIONES, sumado a que se estaría yendo en contra del principio de congruencia y seguridad jurídica.

4. 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. Se aportó copia de la cédula de ciudadanía, que da cuenta que la actora nació el 24 de febrero de 1962. (Página 12, archivo 01)
2. Se suscribió formulario afiliación con PORVENIR SA PENSIONES Y CESANTÍA con fecha de diligenciamiento de Octubre de 1999. (Página 25, archivo 22).
3. Se adosó copia de certificación de PORVENIR que da cuenta de la afiliación desde el 1 de diciembre de 1999 (Página 22, archivo 22).

4. Se aportó copia de la historia laboral en PORVENIR que da cuenta de 1.931 semanas cotizadas a 7 de diciembre de 2021. (Página 15 y ss, archivo 1—página 26 y ss archivo 22)
5. La actora presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 21 de diciembre de 2021 y la misma fue negada (Página 13, archivo 01).
6. PORVENIR allegó al expediente copia el informe SIAP, donde figuran los traslados de la Actora en el SGP. De COLPENSIONES hacia PORVENIR SA en diciembre de 1999. Entidad de esta última en la que permanece afiliada (Página 23, archivo 22).

Estudiado el expediente asumiendo competencia en grado jurisdiccional de Consulta concedido en favor de COLPENSIONES conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS, 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 verificar 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 debe declarar la ineficacia del acto de traslado y como consecuencia de ello la declaración que su afiliación fue sin solución de 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 otro⁸.

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:

*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.**”*

⁸ 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.”

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 1994⁹.

Del mismo modo el literal b) del artículo 13¹⁰ y 271¹¹ 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.

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,

⁹ 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.”

¹⁰ “**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.”

¹¹ “**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.”

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 demandante¹².

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 ineficaz¹³.

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

¹² Ver sentencias Radicación 33083 y 31314 de 2011.

¹³ Ver sentencias SL 12136 de 2014, SL- 9519 de 2015, SL 19447 de 2017, SL 17595 de 2017, SL-2372 de 2018.

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 insuficiente¹⁴.
- **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 tema¹⁵.

Etapas acumulativas	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

¹⁴ Ver sentencia SL-19447 de 2017.
¹⁵ Ver sentencias SL-1452 de 2019, SL 1688 de 2019.

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 demostrarlo¹⁶.

- 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 régimen¹⁷.
- IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION TENDIENTE A DECLARAR LA INEFICACIA DE UN ACTO JURIDICO: 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 jurídico¹⁸.

¹⁶ Ver sentencias SL 4803 de 2021, SL1688-2019.

¹⁷ Ver sentencias SL-3349 de 2021, SI 1008 de 2021.

¹⁸ 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.

- LA INEFICIA DEL ACTO DE TRASLADO SE DECLARA A PESAR DE NO TENER EL AFILIADO REGIMEN DE TRANSICION 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 afiliación¹⁹.
- INEFICACIA DEL ACTO DE TRASLADO EN SITUACION 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

¹⁹ 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 involucradas²⁰.

- 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 causado²¹.

La orden de reintegro de valores recibido incluye los gastos o comisiones de administración²², 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

²⁰ 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.

²¹ Ver sentencias SL1688 de 2019, 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, SL-2877 de 2020, SL- 3871 de 2021, SL 4803 de 2021.

²² 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.

5. DEL CASO EN CONCRETO

De acuerdo con el análisis que se viene realizando 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 juzgamiento los siguientes puntos relevantes, que tienen incidencia dentro del problema jurídico planteado así:

- Indicó que tiene 61 años, su profesión es enfermera, actualmente empleada.
- Cuando comenzó a laborar estaba afiliada a CAJANAL, que trabajando llegó un asesor de PORVENIR y le dijo que era obligatorio afiliarse a una entidad pensional y por esa razón lo hizo, sin recibir mayor información. Que nunca ha tenido asesoría de PORVENIR.

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 espontáneas; pues lejos está de afirmarse que la asesoría brindada al momento de trasladarse fue clara, veraz y oportuna; por el contrario, se pone de presente la nula información

brindada por las administradoras de pensiones privadas con las suscribió formulario de afiliación.

Sobre este punto, destaca la Sala que no se probó por parte de PORVENIR SA que haya realizado una asesoría en debida forma a la demandante 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 de la señora **GUIOMAR PEREZ VILLALOBOS**.

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.

Lo anterior atendiendo al principio de sostenibilidad financiera evitando con ello un detrimento patrimonial al fondo público, siendo Colpensiones quien reconocerá las eventuales prestaciones a que tenga derecho el accionante, por tanto, operará bajo la devolución de la totalidad de recursos captados, al igual que los rendimientos que estos generaron, **más la indexación sólo de los rubros correspondientes a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima**, los cuales se asumen con cargo a los recursos propios de cada administradora de pensiones durante el tiempo en que estuvo vigente la afiliación de la demandante, **por lo tanto se MODIFICARA la orden impartida por la A quo en el sentido de ordenar la indexación de estos rubros**.

Por consiguiente se MODIFICARÁ el numeral SEGUNDO de la sentencia ya referenciada, frente a la orden dada a la AFP PORVENIR SA para obligarla a que efectué dicho traslado dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, así como aclarar e indicar que además de reintegrar los recursos expuestos en ese numeral, deberá reintegrar cuotas o primas de los seguros previsionales generados por la afiliación demandante a dicho fondo, además del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración, aclarando que **estos conceptos deberán ser indexados en su totalidad con cargo a los recursos de PORVENIR SA.**

COSTAS

Las costas de primera instancia, tal como fueron determinadas por el A-quo. En esta instancia, por conocer del proceso en Consulta no se imponen costas.

6. DECISION

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 8° Laboral del Circuito de Medellín de fecha 23 de marzo de 2023. **MODIFICANDO** el numeral SEGUNDO el cual quedará así:

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, los recursos de la cuenta de ahorro individual de la señora **GUIOMAR PEREZ VILLALOBOS**, incluyendo para el efecto el capital, sus rendimientos

financieros, los gastos de administración, las primas para seguro previsional y los recursos girados al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos debidamente indexados con cargo a los recursos de la AFP PORVENIR S.A.

Al momento de cumplir la 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 y deberán normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP, conforme lo analizado en esta decisión.

En consecuencia se ORDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, proceder con el recibo de éstos dineros y reflejarlos como semanas en la historia laboral de la hoy demandante y a activar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida.

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

Lo resuelto se notifica a las partes por Edicto. Se ordena la devolución del expediente al Juzgado de origen.

Las Magistradas,


LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE



ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ

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: 05 001 31 05 008 2022 00016 01
Demandante: GUIOMAR PÉREZ VILLALOBOS
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR SA., UGPP
Asunto: CONSULTA
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO ENTRE REGÍMENES
Decisión: CONFIRMA
Magistrada ponente LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE.

Nota: Teniendo presente los inconvenientes en el ingreso de esta providencia en la página web de la rama judicial los días 8 y 9 de octubre de 2023, por garantía para las partes, se procede a publicar nuevamente la presente sentencia.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado hoy 10 de noviembre 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