



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA LABORAL

Medellín, octubre 6 de 2023

Radicado: 05 001 31 05 024 2021 00337 01
Demandante: MÓNICA DEL SOCORRO GARCÉS PARRA.
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 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.

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

Sostuvo que se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el sector privado teniendo como empleador BANCO DE BOGOTÁ, cotizando al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, desde su

¹ 01PrimeraInstancia. Archivo 02 del expediente digital.

afiliación inicial el 1 de diciembre de 1986, hasta el momento del traslado, contando en ese momento con una densidad de aportes de 257.9 semanas de las cotizaciones en el ISS. Manifiesta que estando afiliada al ISS suscribió formulario de traslado al RAIS, previa asesoría y formulario de traslado que le suministro un promotor del fondo de pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., del cual no le fue entregada una copia, sin que al momento de la afiliación y traslado le fuera entregada una proyección de su situación pensional y en la cual la Administradora que la estaban recibiendo en el traslado, fundara las ventajas del RAIS en su caso; por el contrario omitieron proporcionarle la información completa y clara de su situación pensional en los escenarios de ambos regímenes, pues la información dada siempre estuvo encaminada a convencerla de que con su traslado de régimen podría pensionarse a una menor edad y con una mesada superior a la que le reconocería en su momento el ISS.

Conforme a la ley 797 de 2003, con la densidad de semanas cotizadas alcanzaría la tasa de reemplazo máxima aproximada de 70 % que hipotéticamente tomando como IBL su último salario de aproximado de \$3'000.000,00, como se acredita en la historia laboral, daría como resultado una mesada pensional aproximada de \$2'100.000,00; con lo cual se vislumbra el grave perjuicio causado con el traslado que por la falta de un consentimiento informado.

De la respuesta a la demanda.

Por parte de Colpensiones ²

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Manifestó que es cierto que la señora MONICA DEL SOCORRO GARCES PARRA estuvo afiliada a COLPENSIONES y se trasladó a una AFP privada; respecto de las situaciones al momento de traslado de régimen, esto es, sus posteriores traslados entre AFPS privadas escapan del conocimiento de la Entidad. Por lo anterior, deberá ser

² 01PrimeraInstancia. Archivo 08 del expediente digital.

objeto de debate probatorio. Es cierto que la demandante solicitó traslado de régimen a través de formulario de afiliación al sistema el día 17/09/2021 bajo el radicado 2021_10840445, y el mismo tuvo una respuesta negativa bajo el radicado 2021_10840445-28389542 por encontrarse que la demandante no cumplía los requisitos de ley, es decir, se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse

Por parte de PORVENIR ³

Arrimó respuesta a los hechos enunciados presentando oposición a las pretensiones de la demanda, señalando que la actora presentó solicitud de afiliación el día 01 de junio de 1994, la cual se hizo efectiva a partir del 01 de julio de 1994. Por lo anterior, se precisa que las afiliaciones se encuentran precedidas de una asesoría clara, completa y suficiente, con el fin de que los potenciales afiliados tomen las decisiones que más le convengan a su futuro pensional, por lo anterior, la información que se les brindan a estos, no solo contiene las ventajas o beneficios que implican el traslado de régimen pensional, sino además las desventajas de tomar dicha decisión. Sostuvo que PORVENIR informó a la actora, dentro de las oportunidades legales pertinentes, de la posibilidad de trasladarse de régimen, inclusive, el día 11 de octubre de 2013, enviando comunicado con radicado 4207413005116400, en el cual se le ponía de presente a la demandante que estaba próxima a cumplir los 47 años de edad y por ende, dentro de poco haría parte de los afiliados que se encontraban a 10 años o menos para su edad de pensión, por lo que se le invitaba a recibir una asesoría pensional personalizada y que así la demandante pudiera tomar la decisión más conveniente sobre su futuro pensional.

³ 01PrimeraInstancia. Archivo 10 del expediente digital

De la sentencia de primera instancia.⁴

En sentencia de primera instancia el día 4 de mayo de 2023 JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN accedió a las pretensiones de la demanda, declarando:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MÓNICA DEL SOCORRO GARCÉS PARRA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado en el año 1994 a PORVENIR S.A. por las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a que en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, traslade a COLPENSIONES todos los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, descontados durante la permanencia de la demandante en dicho fondo, con cargo a sus propios recursos. debidamente indexados a la fecha de pago. 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.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la sociedad PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en derecho a favor de la demandante, la suma de 2 SMLMV.

⁴ 01PrimeraInstancia.Archivos 21-22 del expediente digital.

QUINTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la ley 1149 de 2007.

2. DEL RECURSO DE APELACION

Inconforme con la sentencia, la apoderada de PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación, mediante el cual se opone a la declaratoria de ineficacia de traslado, en la medida en que PORVENIR ofreció una asesoría oportuna, adecuada y suficiente al momento de la afiliación. Se opone a la orden de devolver los gastos de administración, los seguros y los seguros provisionales, en la medida en que esos son descuentos que se efectúan de cara a la ley. Se opone a la orden de traslado de rendimientos financieros, así como la indexación de los recursos por ser estos incompatibles y ser una doble condena. Del mismo modo, se opone a la condena en costas procesales por considerar que respecto de la actuación PORVENIR hubo ausencia de mala fe de esta entidad.

2.1 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 favor de COLPENSIONES.

3. ALEGATOS

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

PORVENIR lo hizo mediante el documento que obra en el Archivo 04 carpeta 02 instancia, memorando los puntos materia de la apelación: 1. Declaratoria de ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS. 2. La condena consistente en devolver a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los

rendimientos financieros, los bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. 3. La indexación ordenada y 4. La condena es costas.

COLPENSIONES, en escrito que reposa en el Archivo 05 carpeta 02 instancia, solicitó que en caso de que se ratifique la ineficacia del traslado la AFP PORVENIR debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, es decir, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya sea por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deben ser asumidos por la administradora a cargo de su propio patrimonio. Es por ello que, de declararse la ineficacia, se debe ordenar a la AFP del “RAIS” que la devolución de los aportes comprenda la totalidad del aporte realizado en favor de la parte demandante, incluidos los destinados al pago administración de la cuenta, al pago de primas de seguros previsionales para invalidez, muerte y a financiar el fondo de solidaridad pensional, debidamente indexados.

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 de la actora, que da cuenta de que nació el 3 de febrero de 1967. (Página 23, archivos 02 demanda anexos).

2. Se aportó copia de la historia laboral en PORVENIR que da cuenta de 1236 semanas cotizadas al 19 de septiembre del año 2021. (Página 14 y siguientes del archivo 02 demanda anexos)
3. La actora presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 17 de septiembre del año 2021, la cual fue negada por la entidad. (Página 17. Archivo 02 demanda anexos).
4. COLPENSIONES adjuntó copia la historia laboral en la entidad que da cuenta de la fecha de afiliación al régimen de Prima media del primero de diciembre de 1985. (Página 28 del archivo 08 contestación demanda COLPENSIONES)
5. PORVENIR allegó copia de la historia laboral de la actora, con 1262 semanas, con fecha de generación 29 de marzo del año 2022. (Página 31 y siguientes, Archivo 10 contestación demanda PORVENIR).
6. Se suscribió formulario afiliación con PORVENIR SA el 8 de abril de 1994 (Página 39. Archivo 10 contestación demanda PORVENIR).

Estudiado el expediente en virtud del recurso de apelación que promovió PORVENIR respecto de la prosperidad de las pretensiones y las condenas impuestas, así como 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 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 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:

⁵ 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 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

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.”

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, 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 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

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.

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:

- 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 perjudicarle

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

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 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 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

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

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

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 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 afiliación¹⁶.
- **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

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.

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.

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 dispuesto por parte del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, la posibilidad de que el 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 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

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.

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

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.

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 56 años de edad y de profesión licenciada en educación, profesional en mercadeo.
- Actualmente empleada y vinculada como contratista del SENA
- PORVENIR no le dio la información cuando ingresó sobre las condiciones pensionales, que para ese momento trabajaba en el Banco de Bogotá y allí le pasaron ese formato para que lo firmara, pero nadie le dio una charla, ni una asesoría sobre ese traslado. Que ella creyó que era un formato más

que hacía parte de la contratación con su empleador, sin que nadie le diera información.

- Nunca ha tenido contacto con un asesor 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 la administradora de pensiones privada.

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 suple 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 **MÓNICA DEL SOCORRO GARCÉS PARRA**.

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 modificará la orden impartida por el A quo con la finalidad de darle claridad a este aspecto.

Por consiguiente se MODIFICARÁ el numeral SEGUNDO de la sentencia ya referenciada, frente a la orden dada a la AFP PORVENIR 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. Del mismo modo por ser procedente se eliminará la orden de devolución de los bonos pensionales redimidos, por ser incompatible con el traslado de los recursos hacia el RPM.**

COSTAS

Se opone PORVENIR a la condena en costas procesales por considerar que la actuación de Porvenir fue exenta de mala fe, punto de inconformidad que será desatendido en la medida en que ese argumento no es de recibo para la absolución de las costas procesales, la cual, de acuerdo con el artículo 365 del Código General del Proceso, se imponen siempre a cargo de la parte vencida. En el proceso, valga recordar, que PORVENIR desde que se notificó de la presente demanda, se opuso a las pretensiones de la misma, propuso excepciones, solicitó la práctica de pruebas, presentó alegaciones y recurso en contra de la sentencia, actos procesales que inequívocamente denotan su posición combativa respecto de las pretensiones de la demanda. Razón por la cual no le asiste razón a la

entidad para solicitar que se revocada la condena que ordena su imposición. Ahora, frente a las costas procesales en la presente instancia, del mismo modo, por no haber salido avante el recurso de apelación interpuesto se condena a PORVENIR al reconocimiento de costas procesales en favor de la parte demandante en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

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 24 Laboral del Circuito de Medellín de fecha 4 de mayo 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 **MÓNICA DEL SOCORRO GARCÉS PARRA**, 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 se causan en favor de la parte demandante a cargo de PORVENIR SA en la suma de 1 SMLMV.

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 05 024 2021 00337 01
Demandante: MÓNICA DEL SOCORRO GARCÉS PARRA.
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR SA.
Asunto: APELACION Y CONSULTA
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO ENTRE REGÍMENES
Decisión: CONFIRMA Y MODIFICA
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