

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL - Nace como fruto del análisis de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto esta determinó que muchas personas en el país se trasladaron de un régimen a otro sin que haya existido una suficiente información por parte de la administradora de pensiones, provocando pérdida de sus derechos pensionales más beneficiosos. /

HECHOS: Pretende el demandante que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS, su retorno y activación al RPMPD administrado por Colpensiones y, en consecuencia, se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones todos los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del actor y los rendimientos financieros.(...) el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico.

TESIS: La corte suprema de justicia ha indicado frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688- 2019 que: Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido". En esta providencia, también se dijo: "(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado. Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones. Respecto a la firma del formulario la corte ha manifestado en sentencia CSJ SL1688-2019 que: "(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."(...) Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, que hubiera suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el a quo, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual.

M.P. LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

FECHA: 22/01/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



República de Colombia



Sala Quinta de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 05001 31 05 **010 2020 00364** 01
DEMANDANTE: BERTULIO MARÍA TABARES ARBOLEDA
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Medellín, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los Magistrados **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2022, por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Medellín.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS, su retorno y activación al RPMPD administrado por Colpensiones y, en consecuencia, se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones todos los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del actor y los rendimientos financieros. Se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 15 de agosto de 2020, los intereses moratorios o la indexación y las costas del proceso (págs. 8 a 9 arch. 02, C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 15 de agosto de 1958, en la actualidad tiene 62 años de edad y más de 1481 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales 519 fueron cotizadas a Colpensiones entre el 28 de julio de 1977 y el 21 diciembre de 1990 y, 962

semanas a Porvenir desde el 17 de agosto de 2001; que a la entrada en vigencia del SGP fue visitado por un promotor de Porvenir, quien sin brindarle una asesoría completa, amplia y suficiente, lo convenció de trasladarse al RAIS, pero que nunca le explicaron que la pensión se obtenía por capital, los requisitos para una pensión anticipada, la garantía de pensión mínima y cuándo operaba, así como tampoco los factores que influyen para establecer el monto de la pensión como expectativa de vida propia y de los beneficiarios; que solicitó el 10 de septiembre de 2020 a Colpensiones su retorno al RPMPD y el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue negada mediante comunicación del 14 de septiembre de 2020 (pág. 6 a 7 arch. 02, C01).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió mediante auto del 29 de abril de 2019 y se ordenó la notificación y traslado a las demandadas (arch. 03 C01) quienes dieron respuesta, en término oportuno.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, indicó que no tiene responsabilidad alguna con las consecuencias derivadas del traslado, pues no incumplió con ninguna obligación legal, por cuanto la afiliación y el posterior traslado del demandante se realizó en forma correcta, tal cual como lo indica el artículo 2º de la Ley 797 de 2003; propuso excepciones de mérito que denominó inexistencia de la ineficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de pagar pensión de vejez e intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, inversión de la carga dinámica de la prueba, errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ausencia del cumplimiento de las obligaciones legales del demandante según el decreto 2241 de 2010 y en virtud de las obligaciones recíprocas del contrato de afiliación, desconocimiento del precedente judicial en los fallos de ineficacias del traslado de régimen pensional, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, y de la AFP ante Colpensiones, devolución de la totalidad de los aportes debidamente indexados, buena fe, prescripción, compensación e imposibilidad de condena en costas (arch. 11 *idem*).

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el acto de traslado del demandante a la AFP Horizonte en el año 2001, es un acto válido y exento de vicios pues dicho formulario fue suscrito por el actor

de manera libre y voluntaria; formuló las excepciones de mérito denominadas prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (arch. 14 *idem*).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** y la **Procuraduría General de la Nación**, a pesar de haber sido legalmente notificada acerca de la existencia del presente proceso, guardaron silencio (arch. 04 y 05 *idem*).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10º Laboral del Circuito de Medellín, en audiencia concentrada celebrada el 15 de noviembre de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir, y que siempre estuvo válidamente afiliado al RPMPD; en consecuencia, condenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, con sus respectivos rendimientos financieros, frutos e intereses y los bonos pensionales si se hubieren redimido; con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, lo descontado para el FGPM, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros. Todos los conceptos discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Ordenó a Colpensiones recibir tales dineros y reactivar la vinculación del demandante en el RPMPD sin solución de continuidad; la condenó a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante a partir del 15 de agosto de 2020, reconociendo un retroactivo pensional por valor de \$39.471.966 liquidado hasta el 31 de octubre de 2022 sobre 13 mesadas por año, suma que deberá ser indexada al momento del pago efectivo de la obligación; le autorizó a realizar los descuentos en Salud y ordenó a continuar pagando una mesada pensional a partir del 1º de noviembre de 2022 por valor de \$1.438.844, sin perjuicio de los incrementos anuales que disponga el Gobierno Nacional. Declaró probada la excepción de improcedencia de reconocer y pagar intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 y no probada la de prescripción, las demás excepciones las declaró implícitamente resueltas, e impuso costas a cargo de la AFP y a favor del demandante, no así a Colpensiones.

En síntesis, consideró que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de obligatoria observancia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP desde la creación de la Ley 100 de 1993 y ha evolucionado con el paso del tiempo; que si bien la escogencia de régimen es libre y voluntaria, la firma del formulario de afiliación y los comunicados de prensa son insuficientes para dar por demostrado el cumplimiento del deber de un consentimiento informado, pues debían darse a conocer las características de los dos regímenes, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias que podía acarrear el traslado, invirtiéndose la carga de la prueba a favor del afiliado. Indicó que la ineficacia conlleva a que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del acto jurídico ineficaz, por lo que la AFP debe devolver las sumas recibidas, cotizaciones, rendimientos, aportes al FGPM y las cuotas de administración, con destino a Colpensiones; y que, el demandante cumplió los 62 años edad en el año 2020 y cotizó un total de 1481 semanas hasta el mes de julio de 2020, cumpliendo los requisitos necesarios del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, sobre 13 mesadas al año, obteniendo un IBL de \$1.946.143 al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 69.89% para una mesada pensional por valor de \$1.340.698 sin que opere el fenómeno jurídico de la prescripción (arch. 20 C01).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones manifiesta que el traslado del demandante fue eficaz y válido, que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen, y más cuando su pretensión de retornar al RPMPD es netamente económica. Respecto al reconocimiento de la pensión de vejez solicita se revoque dicha decisión por cuanto para el caso, la demanda carece de fundamentación fáctica que sustente dichas pretensiones, ya que ese reconocimiento no es la consecuencia lógica de un traslado de régimen, y aquella estuvo encaminada única y exclusivamente a la declaratoria de ineficacia del traslado, por lo que, hasta tanto no se materialice el traslado, se reactive la afiliación, se reciban saldos y sean imputados en la historia laboral del demandante, no se puede hablar de un derecho pensional.

Porvenir SA por su parte indica que no es procedente la devolución de las sumas adicionales debidamente indexadas, pues dichos valores se

encuentran superados con el valor de los rendimientos financieros reconocidos por el juez de instancia, que entender lo contrario sería generar un doble pago por un mismo concepto.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 2 de mayo de 2023 se admitieron los recursos impetrados, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 2 C02).

La parte demandante solicita se confirme la decisión de instancia, en la medida que la AFP del RAIS no le suministró una asesoría clara, completa y eficiente, la cual le permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones de su traslado. De igual forma pretende se confirme el reconocimiento pensional pues para el año 2020 reunía la edad y las semanas necesarios para su causación y disfrute (arch. 5 C02).

Colpensiones por su parte solicita se modifique la sentencia, toda vez que, en relación a las pruebas allegadas dentro del proceso de la referencia, la parte demandante no logra acreditar los supuestos de hecho y de derecho para la declaratoria de Ineficacia de la Afiliación al RAIS en razón a que no cumple con lo preceptuado por el artículo 167 del CGP; ello con base en que, en materia probatoria, por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe; adicionalmente, solicitó se revoque la totalidad de la sentencia en la medida que no se probó ni declaró vicio alguno en el consentimiento por parte del demandante. Y, se revoque el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y el retroactivo ordenado, pues solo procede una vez Porvenir SA traslade los dineros de la cuenta de ahorro individual, pues solo allí se verifican las cotizaciones que fueron realizadas y que sean consecuentes a las semanas en el RPMPD (arch. 3 C02).

Porvenir reiteró los argumentos expuestos en la apelación y solicitó la revocatoria integral del fallo de primera instancia (arch. 04 C01).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver la apelación y a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y de conformidad con lo previsto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto

jurídico; y en ese caso, cuáles son las consecuencias de tal declaratoria. Finalmente se verificará lo atinente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, su procedencia, cuantía, causación y disfrute.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 15 de agosto de 1958 (pág. 19 arch. 02 C01); **ii)** se afilió al extinto ISS donde efectuó cotizaciones entre el 28 de julio de 1977 y el 21 de diciembre de 1990 para un total de 519.57 semanas (pág. 22 a 23 arch. 11 C01); **iii)** el 17 de agosto de 2001 se trasladó al RAIS administrado por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir, con fecha de efectividad desde el 1º de octubre de esa anualidad (pág. 85 y 87 arch. 14 C01), administradora a la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1481 semanas cotizadas conforme las historias laborales consolidadas y la certificación del 13 de mayo de 2021 (págs. 99 a 116 arch. 14, C01).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el art. 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inc. 1º del art. 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inc. 7.º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada

manifestación estuviera *'preimpresa'* en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy **Porvenir SA** el 17 de agosto de 2001 con fecha de efectividad desde el 1º de octubre de esa anualidad y si bien en el formulario de vinculación n.º 5816487 (pág. 87 arch. 14, C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, así como que fue asesorado de varios aspectos generales, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente, comprensible y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada sentencia CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la **AFP Porvenir**, que hubiera suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 17 de agosto de 2001 con su afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir SA, efectiva desde el 1º de octubre de esa anualidad.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, y la administradora de fondo de pensiones respectiva debe devolver con destino a Colpensiones, como bien lo dedujo el *a quo*, los aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales, primas de seguros previsionales y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ

sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente. Por lo expuesto, se **confirmará** la sentencia apelada y consultada en lo pertinente.

Respecto de la excepción de **prescripción**, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, «(...) pues, recuérdese, *«la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*¹, por lo que resulta acertada la decisión de la primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Pensión de Vejez.- Al demandante le es aplicable el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que establece como requisitos para tal fin: *i)* haber cumplido 60 años en el caso de los hombres, edad que se incrementó a partir del 1º de enero de 2014 a 62 años; y, *ii)* tener una densidad de 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, las cuales se incrementaron anualmente a partir del 1º de enero de 2005 en 50; y a partir del 1º de enero de 2006 en 25 hasta llegar a 1.300 semanas de cotización a partir del año 2015. En este caso, se advierte que el demandante arribó a los 62 años el **15 de agosto de 2020** (pág. 19 arch. 02 C01), momento en el que acumulaba 1481 semanas de cotización (pág. 112 a 113 arch. 14 C01), por lo tanto, se concluye que cumple con las exigencias de la norma mencionada, para la causación del derecho reclamado, desde la data en que arribó a la edad mínima pensional.

Respecto al disfrute de la pensión, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 establece que dicha prestación se reconocerá a solicitud de la parte interesada, reunidos los requisitos mínimos, previa desafiliación al régimen y teniendo en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo. Como se ha establecido en reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el acto de desafiliación al régimen puede inferirse

¹ CSJ SL1688-2019.

de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de cotizaciones y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional (CSJ SL 4611 de 2015; CSJ SL 18447 de 2016; CSJ SL 9036 de 2017 y CSJ SL 963 de 2018, entre muchas).

Del reporte de semanas cotizadas allegado al proceso por Porvenir SA, actualizado al 13 de abril de 2021 (pág. 99 a 116 arch 14 C01), constata la sala que el demandante presentó como fecha de última cotización al SGP el ciclo **julio/2020**, con un total de 1481 semanas de cotización en toda la vida laboral, cumplió los 62 años de edad el siguiente **15 de agosto de 2020** y solicitó el **10 de septiembre** de ese año a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez (pág. 46 arch 02 C01). Es decir, de dichos actos se puede inferir razonablemente que para el momento del cumplimiento de la edad, ya tenía la plena intención no solo de desafiliarse de manera definitiva del sistema sino de adquirir el derecho pensional, a la luz del inciso 2.º del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, reformado por el 4º de la Ley 797 de 2003, situación que conlleva a que el reconocimiento del retroactivo pensional lo fuera desde el cumplimiento del último requisito (edad) como bien lo dedujo el *a quo*, siendo necesario declarar su confirmación; teniendo en cuenta además, que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción, pues entre el cumplimiento de la edad (15/08/2020), la reclamación administrativa (10/09/2020) y la presentación de la demanda ordinaria laboral (24/11/2020) no ha transcurrido el término trienal previsto en el art. 151 CPTSS.

Liquidación mesada pensional. Efectuados los cálculos matemáticos para obtener la mesada pensional del demandante teniendo en cuenta para ello las reglas previstas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IBL con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado en toda la vida laboral (el que fue reconocido por el *a quo*) asciende a la suma de \$1.946.143,57, que al aplicarle el monto o tasa de reemplazo del 68.89%, conforme a lo previsto en el art. 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art 10º de la Ley 797 de 2003, arroja una mesada pensional por valor de **\$1.340.698**, según liquidación que se anexará a esta providencia, a partir del 15 de agosto de 2020, tal como se determinó en primera instancia.

Conforme a lo dispuesto en el inciso 2º del art. 283 del CGP, el retroactivo pensional que actualizado y liquidado entre el 15 de agosto de 2020 y el 31 de diciembre de 2023, mes anterior a la fecha de esta providencia, teniendo en cuenta los reajustes legales anuales y un total de 13 mesadas pensionales al año, incluida la adicional de diciembre, arroja la suma de **\$64.947.545**, suma que deberá ser debidamente indexada al momento del pago efectivo de la obligación como se estableció en la decisión objeto de estudio.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	# mesadas	Valor pensión	Total Retroactivo
2020	1,61%	5,5	\$ 1.340.698	\$ 7.373.839
2021	5,62%	13	\$ 1.362.283	\$ 17.709.682
2022	13,12%	13	\$ 1.438.844	\$ 18.704.966
2023		13	\$ 1.627.620	\$ 21.159.058
			TOTAL	\$ 64.947.545

Costas en la alzada a favor del demandante y a cargo de la demandada Porvenir, al no prosperar el recurso, se fija como agencias en derecho a su cargo el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente para esta anualidad, que deberá incluirse en la liquidación respectiva.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR para actualizar el numeral **cuarto** de la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2022, por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Medellín, en cuanto al valor del retroactivo pensional, que liquidado entre el 15 de agosto de 2020 y el 31 de diciembre de 2023, asciende a la suma de sesenta y cuatro millones novecientos cuarenta y siete mil quinientos cuarenta y cinco pesos (**\$64.947.545**), sin perjuicio de las mesadas pensionales que se sigan causando en favor del demandante, conforme a lo expuesto en las consideraciones anteriores.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

TERCERO: Costas en la alzada a cargo de la AFP Porvenir, como se indicó en las consideraciones.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada


DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des17sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EksSLMDzDnJBs-TXfWLI2hABgNHSKnQ_718ed3SDfnPA5A?e=1Ztz6r

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala 017 Laboral
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5291c0593cc6b3a91158154c26ffa60e94c530bca8e642190e7308f791da10c6**

Documento generado en 22/01/2024 02:44:35 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>