

TEMA: / INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN – se produce por la falta al deber de información y buen consejo que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia. /

HECHOS: La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia del traslado efectuado a Colfondos, en consecuencia, se ordene a Porvenir SA trasladar a Colpensiones los aportes efectuados al RAIS, junto con los rendimientos financieros sin deducción alguna por concepto de seguros, cuotas de administración, y que a su vez se ordene a Colpensiones recibir los dineros trasladados y lo tenga como afiliado al RPMPD sin solución de continuidad. En primera instancia se declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a Colfondos SA y, por ende, la movilidad a Porvenir SA; en consecuencia, se ordenó a Porvenir SA trasladar en forma inmediata a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, se ordenó a Colfondos SA trasladar a Colpensiones las cuotas de administración debidamente indexadas y las primas de seguros de Fogafín y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos; dispuso que Colpensiones reactive la afiliación del demandante y reciba las sumas indicadas para continuar como su administradora de pensiones. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos.

TESIS: (...) 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. (...) (...) 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 desvirtuarlo 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.” (...) (...) 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.” (...) 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. (...) Finalmente, se modifica y adiciona el numeral segundo, en cuanto a que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, deberá devolver la totalidad de aportes pensionales efectuados por la demandante a esa AFP, así como los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hay, con destino a Colpensiones; y, esa AFP junto con Colfondos SA Pensiones y Cesantías, deberán devolver debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los valores descontados de los aportes pensionales efectuados con ocasión de la vinculación del demandante, y confirma en lo demás la sentencia de primera instancia.

M.P: LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

FECHA: 16/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



República de Colombia



Sala Quinta de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL – **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 05 001 31 05 **018 2021 0009901**
DEMANDANTE: JUAN DAVID MESA FRANCO
DEMANDADA: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y
CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Medellín, dieciséis (16) de abril 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 surtir el grado de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 1° de febrero de 2023, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Medellín.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia del traslado efectuado a Colfondos el 13 de octubre de 1995; en consecuencia, se ordene a Porvenir SA trasladar a Colpensiones los aportes efectuados al RAIS, junto con los rendimientos financieros sin deducción alguna por concepto de seguros, cuotas de administración, y que a su vez de ordene a Colpensiones recibir los dineros trasladados y lo tenga como afiliado al RPMPD sin solución de continuidad desde el 3 de septiembre de 1982 (pág. 3, 4 C01).

Como fundamentos fácticos relevantes, expuso que nació el 12 de abril de 1964; cotizó en el extinto ISS desde el 3 de abril de 1982; se trasladó al RAIS administrado por Colfondos SA el 13 de octubre de 1995, dado que le

informaron que en dicho régimen tendría una pensión más alta e incluso anticipada, sin mayor información adicional, ni la advertencia de las ventajas o desventajas de uno y otro régimen pensional; en febrero de 2011 se trasladó a Porvenir SA; desde el año 2020 empezó a indagar acerca de su situación pensional ante ambas AFP, sin obtener respuesta por parte de Porvenir SA, mientras que Colfondos le aportó la documental que allegó con la demanda; el 16 de diciembre de 2020 solicitó su afiliación a Colpensiones, pero la petición fue negada con el argumento de que está inmerso en una prohibición de traslado por faltarle menor de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, sin aportarle proyección pensional alguna.

Informó que acudió a los servicios de un actuario quien le informó que en el RAIS no tiene suficiente capital para pensionarse con 1 SMLM, mientras que si se encontrara en el RPMPD su pensión al cumplir la edad correspondiente sería de \$3.831.688, lo que afecta notablemente las condiciones económicas y proyectos de retiro en condiciones dignas de él y de su familia, aunado a que no resulta ser cierto lo que le informaron desde el momento en que se trasladó al RAIS (págs. 4-6 arch. 2 C01).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación la demanda fue admitida mediante auto del 26 de marzo de 2021 ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (arch. 6 C01) quienes contestaron dentro del término legal oportuno.

Colpensiones se opuso a todas las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las denominadas carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, falta de causa para demandar, inexistencia de la obligación de aceptar la vinculación al RPMPD y de reconocer o pagar la pensión de vejez, retroactivo y/o intereses de mora, improcedencia de la indexación de las condenas, buena fe, prescripción y compensación (págs.. 1-18 archs. 14, 22 C01).

Porvenir SA, contestó con oposición y excepcionó la prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe (págs.. 1-27 archs. 17, 22 C01).

Colfondos SA, contestó con oposición y excepcionó la inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor a Colfondos SA, prescripción, compensación y pago (págs.. 1-14 archs. 20, 22 C01).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio a pesar de habersele comunicado la existencia del presente proceso (archs. 13, 21 C01).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Medellín, en audiencia concentrada de 2 procesos, celebrada el 1º de febrero de 2023 profirió sentencia en la que declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a Colfondos SA y por ende, la movilidad a Porvenir SA; en consecuencia ordenó a Porvenir SA trasladar en forma inmediata a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, rendimientos, cuotas de administración debidamente indexadas, primas de reaseguros de Fogafin, primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que el demandante realizó aportes en el RAIS; ordenó a Colfondos SA trasladar a Colpensiones las cuotas de administración debidamente indexadas y las primas de seguros de Fogafin y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos; dispuso que Colpensiones reactive la afiliación del demandante y reciba las sumas indicadas para continuar como su administradora de pensiones; declaró no probada la excepción de prescripción; e impuso costas a cargo de Colfondos SA y Porvenir SA.

Motivó lo decidido en que, conforme a la línea jurisprudencial que ha establecido 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; indicó 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 verdaderamente informado y cualificado, pues debían darse a conocer las características de los dos

regímenes pensionales, en cuanto a sus condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias que podía acarrear el traslado, invirtiéndose la carga de la prueba a favor del afiliado. En esa medida, afirmó que la ineficacia conlleva a que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del acto jurídico ineficaz, por lo que las AFP deben devolver las sumas indicadas a Colpensiones (archs. 27, 28 C01).

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante providencia del 10 de noviembre de 2023 se admitió el grado jurisdiccional de consulta 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, pero solo presentaron alegaciones Colfondos SA y Porvenir SA, reiterando los argumentos expuestos en las contestaciones a la demanda (archs. 2-4 C02).

V. 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.

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y de conformidad con lo previsto en el art. 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.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 12 de abril de 1964 (págs. 13 arch. 2, exp. admontivo subcarp. 15 C01); **ii)** se afilió al extinto ISS donde efectuó cotizaciones entre el 3 de septiembre de 1982 y el 31 de octubre de 1995 para un total de 132.43 semanas (exp. admontivo subcarp. 15, 16 C01); **iii)** el 13 de octubre de 1995 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos, con fecha de efectividad desde el 1º de noviembre de esa anualidad (pág. 23 arch. 2, págs. 15-17 arch. 20 C01); luego se afilió el 29 de agosto de 2000 a la AFP Colpatria hoy Porvenir SA con efectividad al 1º de octubre siguiente (págs. 32, 47-52 arch. 17 C01), administradora a la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 783 semanas cotizadas conforme la historia laboral consolidada, la certificación, el extracto de pensión obligatoria y el informe de movimientos con rendimientos, expedidos por dicha AFP el 27 de octubre de 2016, el 10 de noviembre de 2020, el 10 de febrero y el 29 de mayo de 2021 (págs. 25-31 arch. 2, pág. 28-31, 33-46 arch. 17 *ibídem*).

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 la actora 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 de la actora 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 la 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 desvirtuarlo 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 Colfondos SA el 13 de octubre de 1995, luego se movilizó a Colpatria, hoy Porvenir SA, el 29 de agosto de 2000 y si bien en los formularios de vinculación n.º 520712 y 0475467 (págs.. 23 arch. 2, pág. 32 arch. 17, pág. 15 arch. 20 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 otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos SA, 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 la *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 13 de octubre de 1995 con su afiliación a la AFP Colfondos SA, con fecha de efectividad desde el 1º de noviembre de esa anualidad (págs. 10 arch. 4, págs. 36, 46 arch. 6 C01).

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, quedando sin efecto también los traslados posteriores, y la administradora de fondo de pensiones respectiva debe devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hay; así mismo, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, las primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración; todo lo anterior, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, discriminando los respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ 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 **modificará** y **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia consultada, para ordenar a la AFP Porvenir SA, la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por la *a quo*, junto con el bono pensional (en caso de existir), y que tanto aquella como la AFP Colfondos SA, deben devolver debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones, con la discriminación y detalle de todos los valores a devolver, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión. Se precisa que a pesar de que la devolución de las *“primas de reaseguros de Fogafin”* no fue objeto de reparo alguno por parte de los mencionados fondos, dicha la garantía que fue prevista en el art. 99 de la Ley 100 de 1993 se constituía con cargo a los propios recursos de las AFP y no con cargo a los aportes efectuados, y tal obligación fue eliminada a través del art. 163 de la Ley 1450 de 2011, sin que el precedente refiera la devolución de dicho concepto, pues no constituía un descuento de las cotizaciones efectuadas a favor de los afiliados, por lo que se excluirá de los conceptos objeto de devolución.

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.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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,

¹ CSJ SL1688-2019.

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 1º de febrero de 2023, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Medellín, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberá devolver la totalidad de aportes pensionales efectuados por la demandante a esa AFP, así como los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hay, con destino a Colpensiones; y, esa AFP junto con **Colfondos SA Pensiones y Cesantías**, deberán devolver debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los valores descontados de los aportes pensionales efectuados con ocasión de la vinculación del demandante, por concepto de primas de seguros previsionales, gastos de administración o comisiones, y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, todo ello, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, según lo expuesto en las consideraciones anteriores.

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

TERCERO: Sin costas en la consulta.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendándose 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/EsoDa89WB1pDvk-PR3pymc8BGR5wNyMZX8rZWm7t7NPNPw?e=Az7zue

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala 017 Laboral

Tribunal Superior De Medellin - 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: **7d926987300f17aed26c060f0d9daa7621060c0f224b67ce046949a0af253820**

Documento generado en 16/04/2024 02:21:48 p. m.

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>