

TEMA: SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - La Ley 100 de 1993 incorporó 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 otro. / **INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN** - Los trabajadores tienen la opción de elegir “libre y voluntariamente” aquel de los regímenes que mejor les convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación. /

HECHOS: Pretende la demandante la declaratoria de nulidad del traslado que realizó a Porvenir, considerándole para todos los efectos legales, que ha permanecido afiliada en el régimen de prima media de forma ininterrumpida; en consecuencia, se disponga a cargo de Porvenir y en favor de Colpensiones, la devolución de los dineros recibidos con ocasión de su afiliación en el RAIS, que incluyan cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos, todo debidamente indexado. El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Medellín, concedió las pretensiones de la demanda. La Sala deberá verificar si en aquél acto de traslado existió una indebida asesoría a la demandante por parte de la administradora de pensiones privada.

TESIS: 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 otro. (...) El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, lo siguiente: Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características: e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos. (...) 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 1994. (...) El 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. (...) 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 de afirmarse que la asesoría brindada al momento de trasladarse fue clara, veraz y oportuna, siempre se realizó un constante cuestionamiento sobre la escasa o nula información brindada por la administradora de pensiones privada. (...) 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.

MP. DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

FECHA: 04/10/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

ACLARACIÓN DE VOTO: LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL

Medellín, octubre 4 de 2024

Radicado: 05001-31-05-027-2023-00206-01
Demandante: SOL BEATRIZ ZULUAGA GALEANO
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA-CONSULTA.
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO ENTRE REGÍMENES

La Sala Quinta de decisión, presidida por el magistrado ponente **DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN**, e integrada por las magistradas **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE** y **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**, 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.

Para que continúe con la representación judicial de PORVENIR S.A¹ reasume el poder el Dr. JAVIER SÁNCHEZ GIRALDO portador de la T.P 285.297 del C.S de la J.

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

1. ANTECEDENTES.

De la demanda presentada.²

¹ 02SegundaInstancia. Archivo 4 del expediente digital.

² 01PrimerInstancia. Archivo 3 del expediente digital.

Pretende la demandante la declaratoria de nulidad del traslado que realizo a Porvenir, considerándole para todos los efectos legales, que ha permanecido afiliada en el régimen de prima media de forma ininterrumpida; en consecuencia, se disponga a cargo de Porvenir y en favor de Colpensiones, la devolución de los dineros recibidos con ocasión de su afiliación en el RAIS, que incluyan cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos, todo debidamente indexado.

Como hechos relevantes y que sirven de sustento a lo pedido, indicó que realizó cotizaciones al otrora ISS desde el 11 de diciembre de 1991 pero el 30 de septiembre de 1999 suscribió formulario de vinculación ante PORVENIR pues luego de escuchar las bondades de pertenecer a dicha AFP, decidió trasladarse; sin embargo, afirmó no haber sido asesorada de forma suficiente, considerando que su traslado constituyó una decisión apresurada y basada en información falsa y errónea.

De la respuesta a la demanda.

Por parte de PORVENIR.³

Al referirse a los hechos de la demanda, admitió la fecha en que se produjo el traslado de régimen pensional aduciendo que el formulario de vinculación se llevó a cabo de forma libre, voluntaria y sin presiones luego de haberle brindado asesoría sobre las características del RAIS, sus modalidades pensionales y aspectos diferenciadores.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones formulando de fondo las excepciones que denomino: deber de información a cargo de las AFP, efectos de la ineficacia de un acto jurídico, restituciones mutuas, enriquecimiento sin causa si no se dan las restituciones mutuas, improcedencia de devolución de gastos de administración y prima del seguro previsional, buena fe, ausencia de requisitos

³ 01PrimerInstancia. Archivo 7 del expediente digital.

legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y prescripción.

Por parte de COLPENSIONES.⁴

Indicó ser cierta la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación inicial en el RPM y la reclamación administrativa elevada, en lo atinente al traslado de régimen efectuado y a la asesoría brindada, son situaciones que no le constan, por lo tanto, estarán sometidas al debate probatorio.

Formuló como medios defensivos la inexistencia de la ineficacia en el traslado de régimen, indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica sin ninguna ponderación y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, se otorga un alcance que no corresponde al contenido de los Decretos 663 de 1993 y 692 de 1994 en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación, el retorno en cualquier tiempo al RPM faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones – art 48 de la constitución política adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005, prescripción, compensación, desconocimiento del precedente emitido por la corte suprema de justicia y corte constitucional, buena fe de Colpensiones, devolución de aportes debidamente indexados, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen (terceros de buena fe) e imposibilidad de condena en costas.

De la sentencia de primera instancia.⁵

⁴ 01PrimeralInstancia. Archivo 12 del expediente digital

⁵ 01PrimeralInstancia.Archivos 21-22 del expediente digital.

El día 24 de enero de 2024 el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Medellín profirió sentencia en la que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado en el año 1999 por SOL BEATRIZ ZULUAGA GALEANO, identificada con C.C. 43.726.557, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., por las consideraciones expuestas en esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a SOL BEATRIZ ZULUAGA GALEANO, del régimen de ahorro individual con solidaridad, al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. De conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta sentencia. TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a que en el término de un (1) mes, contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a DEVOLVER 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, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, conforme lo dicho en la parte motiva de esta providencia. 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. Deberá normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP, conforme lo analizado en esta decisión. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE, a reactivar en forma inmediata la afiliación de SOL BEATRIZ ZULUAGA GALEANO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra, sin solución de continuidad y recibir todos los dineros que le sean trasladados por PORVENIR S.A., realizando la respectiva actualización de la historia laboral. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte

demandada, al establecerse la existencia del derecho reclamado. SEXTO: Costas a cargo de la demandada PORVENIR S.A., como se indica en la parte considerativa. Se fijan las agencias en derecho en la suma de 2 SMLMV. SÉPTIMO: 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 EICE, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. OCTAVO: REMITIR por Secretaría, previo a la remisión del expediente al Tribunal Superior de Medellín, copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021.”

Consideró el A quo en su sentencia que en el presente caso le correspondía a Porvenir probar que le brindó a la afiliada la información suficiente en los términos señalados en la jurisprudencia aplicable, situación que no ocurrió, pues el formulario de vinculación resulta irrelevante para demostrar haber brindado la asesoría necesaria al momento del traslado y así concebir un consentimiento informado por parte de la demandante.

2. DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Del recurso de apelación presentado por Porvenir.⁶

Argumentó que la indexación ordenada sería una doble condena en contra de su representada en la medida que, la compensación por la depreciación ya estaría cubierta con la devolución de los rendimientos financieros.

Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas pues Porvenir se sometió a un proceso que no podía evitar pues se encontraban inmersos en la prohibición legal de realizar un traslado de régimen.

⁶ 01PrimeraInstancia. Archivo 21 min 1:31:36 del expediente digital.

3. ALEGATOS

Concedido el término que establece el artículo 13 la Ley 2213 de 2022, PORVENIR⁷ hizo uso de esta etapa procesal solicitando sea revocada la sentencia, para ello dando aplicación a lo considerado por la Corte Constitucional en sentencia SU 107 de 2024 respecto a la distribución de la carga de la prueba y a los rubros que realmente pueden ser objeto de devolución en favor de Colpensiones; y, en todo caso, insistiendo en los argumentos que expuso en la alzada.

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) Que la señora **SOL BEATRIZ ZULUAGA GALEANO** estuvo afiliada al extinto ISS realizando cotizaciones desde el 11 de diciembre de 1991⁸ logrando acreditar en el RPM un total de 303,86 semanas de cotización.
- 2) Que presentó solicitud de traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A el 30 de septiembre de 1999⁹ donde actualmente se encuentra activa su cuenta de ahorro individual.
- 3) Que en misiva del 15 de noviembre de 2022¹⁰, PORVENIR le realizó proyección de su mesada pensional.
- 4) Que obra prueba de la reclamación administrativa ante COLPENSIONES del 23 de mayo de 2023 solicitando la anulación del formulario de vinculación al RAIS.¹¹

⁷ 02SegundaInstancia. Archivo 4 del expediente digital.

⁸ 01PrimerInstancia. Archivo 12 pág. 26-31 del expediente digital.

⁹ 01PrimerInstancia. Archivo 3 pág. 26 y archivo 7 pág. 116-117 del expediente digital.

¹⁰ 01PrimerInstancia. Archivo 3 pág. 13-16 y archivo 7 pág. 118-121 del expediente digital.

¹¹ 01PrimerInstancia. Archivo 3 pág. 23-25 y archivo 16 del expediente digital.

Estudiando el expediente producto del recurso de apelación presentado por la demandada PORVENIR en contra de la sentencia de primera instancia y en el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de COLPENSIONES, se debe señalar que al perseguirse dentro de la demanda la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS, el estudio se realizará bajo los presupuestos de la ineficacia de traslado pensional, que 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 de la afiliada 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 otro¹².

En relación con la permanencia mínima del afiliado en el régimen pensional seleccionado dispuso el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“ARTÍCULO 13. Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

*e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, **estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años**, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado **no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.**”*

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.

¹² 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.”

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 1994¹³.

¹³ 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.*”

Del mismo modo el literal B del artículo 13¹⁴ y 271¹⁵ de la Ley 100 de 1993 prescribe el derecho de todo afiliado al SGP para que la elección de régimen pensional sea libre y voluntaria, la cual sólo se predica cuando el acto fue suficientemente informado, consentimiento que cuando no es perfeccionado comporta indefectiblemente que el acto no produzca efectos, esto es, el acto se reputa ineficaz.

Ese deber de información se encuentra establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico Financiero), los artículos 4, 14, 15 y 17 del Decreto 656 de 1994, así como en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, 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

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.”

¹⁴ “**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.”

¹⁵ “**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.”

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 mantiene 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 demandante¹⁶.

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 ineficaz¹⁷.

Desde entonces y con el paso del tiempo esta línea jurisprudencial se ha mantenido pacífica y se han establecido subreglas para la subsunción judicial, en las que claramente denota la posición que asume el órgano de cierre de esta especialidad en cuanto al respeto a los cánones legales y el derecho a la selección libre y voluntaria que tienen los afiliados al SGP.

C. SUBREGLAS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

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 insuficiente¹⁸.
- **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

¹⁶ Ver sentencias Radicación 33083 y 31314 de 2011.

¹⁷ Ver sentencias SL 12136 de 2014, SL- 9519 de 2015, SL 19447 de 2017, SL 17595 de 2017, SL-2372 de 2018.

¹⁸ Ver sentencia SL-19447 de 2017.

deberes que implica la afiliación al sistema general de pensiones, identificando 3 etapas de acuerdo a la normativa vigente que regula y desarrolla este tema¹⁹.

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

- **INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA:** Dentro de los procesos de ineficacia de traslado, la persona alega en su demanda que no recibió la 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

¹⁹ Ver sentencias SL-1452 de 2019, SL 1688 de 2019.

sí brindaron una información suficiente, cuentan también con unas mejores condiciones para demostrarlo²⁰.

- **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 régimen²¹.
- **IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN TENDIENTE A DECLARAR LA INEFICACIA DE UN ACTO JURÍDICO:** Teniendo presente que los hechos y estados jurídicos no prescriben, a diferencia de los hechos y obligaciones que con consecuencia de esa declaración la Sala ha adoctrinado que estas acciones son imprescriptibles. Por tanto, al declararse la ineficacia de traslado pensional, las implicaciones que genera tal orden, tampoco tienen vocación de prescribir pues precisamente el pronunciamiento judicial busca restablecer las cosas, al estado que se encontraban antes de la celebración del acto jurídico²².
- **LA INEFICIA DEL ACTO DE TRASLADO SE DECLARA A PESAR DE NO TENER EL AFILIADO RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL:** También ha sostenido la SL de la CSJ que radica en la AFP el deber de brindar una información oportuna y adecuada a los afiliados, independientemente de si las personas son beneficiarias del régimen de transición o no, o si están próximas a adquirir el status pensional o si se están próximas a adquirir requisitos para pensionarse, esto debido a que la omisión del deber de información se predica frente a la validez o no del acto jurídico de traslado o incluso de la afiliación²³.

²⁰ Ver sentencias SL 4803 de 2021, SL1688-2019.

²¹ Ver sentencias SL-3349 de 2021, SI 1008 de 2021.

²² 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.

²³ 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.

- INEFICACIA DEL ACTO DE TRASLADO EN SITUACIÓN DE PENSIONADO DEL RAIS: Finalmente, para esa corporación judicial si se acreditaba la falta de información a la hora de materializar el acto de traslado de régimen pensional, no era relevante si se encontraba ante un afiliado o pensionado del RAIS pues la declaratoria judicial buscaba devolver las cosas al estado anterior. Empero tal postura fue replanteada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el año 2021 al considerar que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, el cual no es razonable revertir o retrotraer, pues ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a varias personas, entidades, actos, relaciones jurídicas y por tanto, derechos obligaciones e intereses de terceros en todo el sistema pensional. Por esta razón, y como ha venido siendo aceptado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín dichas pretensiones son improcedentes, por las implicaciones que acarrea tal declaración.

En su lugar, para este tipo de reclamaciones judiciales se dejó dispuso por parte del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, la posibilidad de que el demandante dirija su acción pretendiendo la indemnización total de perjuicios a cargo las AFPS involucradas²⁴.

- 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.

²⁴ 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.

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 lo dispone el artículo 1746 del Código Civil colombiano, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado²⁵.

La orden de reintegro de valores recibido incluye los gastos o comisiones de administración²⁶, así como los porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores dispuestos para los seguros previsionales³⁶ con cargo a sus propias utilidades.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, que consagra que los errores, infracciones u omisiones que 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.

Finalmente, en reciente pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional, en sentencia **SU 107 de 2024** moduló también los efectos consecuenciales de la declaratoria de ineficacia, planteamiento que acoge la Sala siempre y cuando haya sido objeto de reproche por alguna de las partes, a saber:

“en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la

²⁵ Ver sentencias SL1688 de 2019, 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, SL-2877 de 2020, SL- 3871 de 2021, SL 4803 de 2021.

²⁶ Ver sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020, SL373-2021

cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada”

5. DEL CASO EN CONCRETO

De acuerdo con el análisis que se viene realizando teniendo presente el recurso de apelación presentado por la demandada PORVENIR y en el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de COLPENSIONES, resulta necesario por parte de la Sala abordar el fundamento de la sentencia de primera instancia al darse por acreditado, que 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 juzgamiento²⁷ los siguientes puntos relevantes, que tienen incidencia dentro del problema jurídico planteado así:

1. Indicó que en el año 1999 mientras trabajaba en la unidad especializada de fiscalías, la visitó un asesor de Porvenir quien le comentó que el ISS se iba a acabar y por ende se quedaría sin régimen de pensiones y por ello era necesario que se pasara a un fondo privado.
2. Que el asesor si le informó los beneficios de trasladarse hacia Porvenir, tales como pensionarse a cualquier edad, una mesada alta y que en caso de que ella faltara, sus hijos podrían reclamar el dinero; asegurando que no se le ilustró sobre desventajas de realizar dicho traslado.
3. Que su motivación para trasladarse obedeció al temor de quedarse sin un fondo de pensiones y que además advirtió buenas promesas pensionales por parte de la AFP, por eso decidió afiliarse a PORVENIR.

²⁷ 01PrimerInstancia.Archivo 21 min 18:02 del expediente digital

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 de afirmarse que la asesoría brindada al momento de trasladarse fue clara, veraz y oportuna, siempre se realizó un constante cuestionamiento sobre la escasa o nula información brindada por la administradora de pensiones privada.

Sobre este punto, destaca la Sala que no se ahondó por parte de PORVENIR - fondo de pensiones que generó el traslado de régimen- que haya realizado una asesoría en debida forma a la señora **SOL BEATRIZ ZULUAGA GALEANO** con suficiente conocimiento, claridad y veracidad de las implicaciones de su traslado pensional, como quiera que esta parte es quien tiene la carga de la prueba en este tipo de procesos, por encontrarse en una mejor posición probatoria y su defensa carece de soporte probatorio en este sentido.

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

Sobre los efectos de la declaratoria de ineficacia, debe indicarse que la misma conlleva a que el acto jurídico cuestionado no produce efectos, por tanto, en concordancia con lo dispuesto en el reciente pronunciamiento de la C.Cons SU 107 de 2024, serán objeto de traslado los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual del demandante contentivos exclusivamente de aportes, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado.

Pese a lo anterior, atendiendo al principio de consonancia, se **MODIFICARÁ** la sentencia proferida en el numeral tercero, respecto de la orden impartida a PORVENIR excluyendo de la devolución ordenada la indexación de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, pues solo ello fue objeto de reparo por la demandada.

Las costas de primera instancia como lo dispuso el A quo, en la medida que PORVENIR realizó oposición al momento de contestar la demanda, salió vencida en juicio y tiene a su cargo el cumplimiento de órdenes impartidas en la sentencia, por lo tanto, no es posible revocar dicha condena. En esta instancia no se causaron.

Con lo anterior queda implícitamente resuelto el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECIDE**:

Primero: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia emitida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Medellín de fecha 24 de enero de 2024, teniendo en cuenta la siguiente modificación:

- Se **MODIFICA** en el numeral **TERCERO** el cual quedará así:

“TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a que en el término de un (1) mes, contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a DEVOLVER 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, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, conforme lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

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. Deberá normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP, conforme lo analizado en esta decisión.”

En todo lo demás, la decisión permanecerá incólume.

Segundo: Las costas de primera instancia como lo dispuso el A quo, en ésta no se causaron.

Lo resuelto se notifica por Edicto.

Los Magistrados,


DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Aclara voto)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado

Aunque acojo la decisión de la Sala, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría, concentrando el análisis en 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, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral de la Alta Corporación (entre muchas, 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 Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, (que la suscrita integraba) 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, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada