

TEMA: TRASLADO DE FONDO - existen dos regímenes pensionales, uno público o régimen de prima media, y otro privado o régimen de ahorro individual, y el afiliado se puede trasladar de uno a otro previo cumplimiento de los requisitos de ley./

HECHOS: Pretende la demandante que se declare la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad - RAIS, a través de las AFP Porvenir y Colfondos, ocurrida el 1º de noviembre de 1995 [sic]; en consecuencia, se ordene el traslado del saldo de su cuenta de ahorro individual a Colpensiones con todos sus frutos e intereses; así mismo se ordene a la última entidad, reactivar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida (...) el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado de la 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 las administradoras del RAIS, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico.

TESIS: 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". (...) Frente al particular, la pluricitada 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."(...) 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 Porvenir 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 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, así

como del traslado posterior verificado, por lo que se confirmará la decisión de declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO de régimen pensional realizado por el demandante el 20 de octubre de 1995 con su afiliación a la AFP Porvenir SA.(...) 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», por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia.

MP. LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

FECHA: 06/10/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA



República de Colombia



Sala Cuarta de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 05001 31 05 **011 2018 00336 01**
DEMANDANTE: OLGA LUCÍA AMAYA FLÓREZ
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y
CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA y SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR SA

Medellín, seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por las Magistradas LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL, MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir SA y Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 23 de enero de 2023, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Medellín.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad - RAIS, a través de las AFP Porvenir y Colfondos, ocurrida el 1º de noviembre de 1995 [sic]; en consecuencia, se ordene el traslado del saldo de su cuenta de ahorro individual a Colpensiones con todos sus frutos e intereses; así mismo se ordene a la última entidad,

reactivar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida (págs. 18, 19. arch. 3 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 25 de diciembre de 1962, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 55 años de edad; cotizó en el RPMPD a través del Municipio de Rionegro (Antioquia) en el periodo comprendido entre el 25 de abril de 1994 al 3 de mayo de 1994, y con el ISS hoy Colpensiones, a partir del 4 de mayo de 1994 y hasta el 31 de octubre de 1995; que el 1º de noviembre de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Porvenir SA, luego el 1º de junio de 2000 se afilió a AFP Santander hoy AFP Protección SA, el 1º de mayo de 2002 retornó a AFP Porvenir SA y el 1º de febrero de 2004 se trasladó finalmente a la AFP Colfondos SA, entidad que actualmente recibe sus aportes a pensiones; que su traslado de régimen pensional se dio sin que contara con suficiente información; y que más tarde, consciente de las diferencias entre uno y otro régimen pensional, solicitó a Colpensiones el 7 de diciembre y el 24 de noviembre de 2017 a Colfondos, el traslado a la primera siendo negadas ambas solicitudes por encontrarse a menos de diez años de cumplir con la edad requerida para pensionarse.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió mediante auto del 31 de julio de 2018 y se ordenó la notificación y traslado a las demandadas (págs. 81 y 82 arch. 3 C01). Posteriormente, mediante auto del 7 de diciembre de 2021 el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín dispuso de manera oficiosa, vincular como litisconsorte necesaria por pasiva a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. en atención a que de acuerdo con certificado SIAFP la demandante *estuvo también afiliada a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Santander S.A. -ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías- hoy -Protección S.A.*; las AFP dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; propuso excepciones de mérito que denominó, inexistencia de ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, imposibilidad de condena en costas, y buena fe de Colpensiones (págs. 168-170 arch. 3 C.01).

Porvenir SA se opuso a todas y cada una de las pretensiones dirigidas en contra de la entidad; propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, y enriquecimiento sin causa (págs. 138- 140 arch.3 C.01).

Colfondos SA inicialmente se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda formulando las excepciones de mérito que denominó, prescripción, falta de causa para demandar, buena fe de la entidad, prescripción, compensación e inexistencia de la causal de traslado impetrada (págs. 118 arch. 3 C.01). Sin embargo, a través de su apoderada judicial mediante memorial del 13 de diciembre de 2019 manifestó al juzgado allanarse a todas las pretensiones.

Protección SA se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; propuso las excepciones de mérito que denominó, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslados de aportes a Colfondos, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS (págs. 13-19 arch. 7 C.01).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente comunicada acerca de la existencia del presente proceso, guardó silencio (arch. 9 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Medellín, en audiencia celebrada el 23 de enero de 2023, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia de la vinculación al RAIS de la demandante, a través de Porvenir SA, Protección SA y Colfondos SA; en consecuencia, le ordenó a esta última, trasladar a Colpensiones las cotizaciones de la demandante, así como a Porvenir y Protección devolver los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes,

el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, y, la prima de reaseguro de Fogafin y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causado en el tiempo en que la actora estuvo vinculada a dichas administradoras, sin aplicar equivalencia alguna y con los conceptos debidamente discriminados por las AFP en sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información importante que los justifique. Adicionalmente, condenó a las AFP Porvenir, Colfondos y Protección a indexar los dineros a devolver por gastos de administración. A Colpensiones le ordenó recibir los anteriores valores y reactivar la vinculación de la señora Olga Lucía Amaya Flórez en el RPMPD, sin solución de continuidad, declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas; e impuso costas a cargo de las demandadas.

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; 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 de la afiliada.

Indicó que la ineficacia conlleva a que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del acto jurídico ineficaz, por ende, la AFP debe devolver las sumas recibidas, cotizaciones, rendimientos, frutos, e intereses, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, porque el actuar de la administradora fue indebido. Finalmente, indicó que la acción es imprescriptible, por cuanto comporta el derecho pensional de la afiliada, e impuso costas a cargo de las demandadas, salvo en contra de Colfondos por haberse allanado a las pretensiones. Para la imposición de la condena en costas expresó el juzgador que la misma es procedente conforme lo establecido en el art. 365 del CGP, sin que importen las actuaciones efectuadas por las partes antes del proceso, sino que se debe tener en cuenta lo que sucedió en el trámite del expediente en el caso de haberse opuesto y formulado excepciones.

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir solicita que se revoque el numeral cuarto de la sentencia, relativo a la indexación, porque constituye una doble sanción que se le ordene a su representada reintegrar a Colpensiones valores distintos a los previstos en la ley, y además, que lo haga de manera indexada cuando de forma palmaria se observa que los rendimientos financieros obtenidos por la gestión de Porvenir supera con creces la pérdida del poder adquisitivo de los dineros de la afiliada representados en sus aportes pensionales.

Colpensiones solicita se revoque la condena en costas impuestas en primera instancia, teniendo en cuenta que la entidad ha sido un tercero ajeno a la relación contractual existente entre la demandante y las AFP codemandadas, puesto que no tuvo participación o incidencia alguna en el momento en que se efectuó el traslado.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 4 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 demandante y Colpensiones, presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en su demanda, la contestación y el recurso; Porvenir SA formuló alegatos, sin embargo solicitó se revoque la totalidad de la sentencia (archs. 3-5 C02), frente a lo cual, ha de advertir la Sala, que no se admitirán por parte de los recurrentes, argumentaciones adicionales que no expusieron dentro de la audiencia de que trata el art. 12 de la Ley 1149 de 2007, al tenor de lo dispuesto en el art. 66 del CPTSS.

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 las apelaciones 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 de la 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 las administradoras del RAIS, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria. Finalmente se verificará lo atinente a la condena en costas impuesta a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **ij** la demandante nació el 25 de diciembre de 1962 (pág. 80 arch. 3 C.01); **ii** se afilió al extinto ISS donde

efectuó cotizaciones de forma discontinua entre el 4 de noviembre de 1987 y el 31 de octubre de 1995 acumulando un total de 80.29 semanas (págs. 32-33 arch. 3 C.01); **iii)** el 20 de octubre 1995 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA (págs. 114 arch. 3); **iv)** el 5 de abril de 2000 se trasladó a Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección SA el cual tuvo como fecha de inicio de efectividad del 1º de junio de 2000 (págs. 37 y 39 arch. 7, C.01); **v)** el 30 de abril de 2002 retornó a Porvenir SA con fecha de inicio de efectividad el 1º de junio de 2002 (págs. 143 y 145 arch. 3 C.01); el 26 de enero de 2004 se trasladó a Colfondos SA con fecha de efectividad del 1º de marzo de 2004 (págs. 120 y 121 arch. 3 C.01); administradora a la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1122,57 semanas cotizadas conforme la historia laboral consolidada allegada al plenario por Colfondos (págs. 123-126 arch. 3 C.01).

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, la demandante quedó vinculada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Porvenir SA** el 20 de octubre de 1995, después se trasladó a **Santander Pensiones y Cesantías SA**, (hoy absorbida por Protección SA) el 5 de abril de 2000, luego el 30 de abril de 2002 retornó a **Porvenir SA**, posteriormente el 26 de enero de 2004 se trasladó a **Colfondos Pensiones y Cesantías SA**, y si bien en los formularios de vinculación n.º 00641088, 5080653, 01703884, 8359831 suscritos por el accionante (págs. 120, 142-143, arch. 3 C.01, pág. 39, arch. 7 ídem.) 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, esa sola afirmación no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada 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 supe 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 Porvenir 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 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, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 20 de octubre de 1995 con su afiliación a la AFP Porvenir SA-

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, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones 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, como lo ordenó el *a quo*, por lo que se **confirmará** la decisión **precisando** que, salvo los aportes, bonos pensionales y sus rendimientos, los demás conceptos cuya devolución fue ordenada, serán con cargo a los recursos de la AFP demandada, y debidamente indexados tal como fueron ordenados, por cuanto no son esas sumas las que generaron los rendimientos que se dispuso trasladar también, razón por la cual no podría tenersele como una doble condena o sanción por el mismo concepto, como lo aduce la AFP.

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 del juez de 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.

Finalmente en cuanto a la imposición de **costas procesales** a Colpensiones, ha de advertirse que si bien al tenor de lo dispuesto en el art. 365 del CGP este rubro queda a cargo de la parte vencida en juicio, la verdad es que para la Sala Colpensiones debe ser exonerada de ello, en la medida en que no

¹ CSJ SL1688-2019.

tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió, y es por ello que se considera que las costas debían disponerse únicamente a cargo de los fondos privados de pensiones, que con su omisión dan lugar al resultado del proceso, en la medida en que el acto jurídico de traslado de régimen pensional que se declaró ineficaz, no fue consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de la administradora del RPMPD, hoy Colpensiones, la que simplemente está llamada a soportar las consecuencias jurídicas de la omisión de la administradora del RAIS, siendo esa la única razón por la que se le vincula de manera necesaria al proceso, sin que por tanto, en estricto sentido, pueda ser tenida como vencida en el mismo, aun cuando razonablemente se oponga a lo pretendido, ajustándose su actuar al ordenamiento legal.

Por lo que sobre el particular, se **revocará parcialmente** el numeral **sexto** de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar, **abstenerse de imponer** costas a cargo de Colpensiones.

Costas en la alzada a cargo de Porvenir y a favor del demandante, se fijan como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para esta anualidad, que deberá incluirse en la liquidación respectiva.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta 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: PRECISAR los numerales **segundo, tercero y cuarto** de la sentencia proferida el 23 de enero de 2023, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Medellín, en cuanto a que tanto **Colfondos SA Pensiones y Cesantías**, como la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** y la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA**, deberán devolver en forma indexada y con cargo a sus propios recursos, lo descontado de los aportes por concepto de comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez, sobrevivencia y reaseguro de Fogafin, y el porcentaje destinado a los fondos de garantía de pensión mínima y

de solidaridad pensional, debidamente detallado, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **sexto** de la sentencia apelada y consultada, en cuanto a que la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, se encuentra **eximida** de pagar las costas procesales.

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

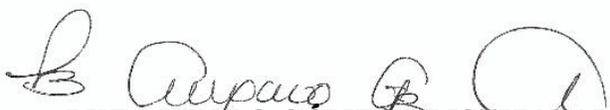
CUARTO: Costas en la alzada como se indicó en las consideraciones.

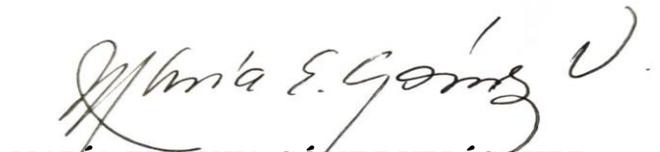
QUINTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada


MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ
Magistrada

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des17sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EkIarv-ZXAJIqT-Y87Q4XdsBfMtazAboyn3dDY-XjGvUjw?e=1sS5gi](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des17sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EkIarv-ZXAJIqT-Y87Q4XdsBfMtazAboyn3dDY-XjGvUjw?e=1sS5gi)

Luz Patricia Quintero Calle

Firmado Por:

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: **af4044a993f7a093a620ac471e0748fb184393d91bad0cf15bf04d9e4491405**

Documento generado en 13/10/2023 10:42:46 AM

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