



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué
Sala Laboral

Ibagué, Tolima, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintidós
(2022)

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, integrada por los magistrados Rafael Moreno Vargas y Kennedy Trujillo Salas, con la presidencia de la magistrada sustanciadora Mónica Jimena Reyes Martínez, se reúne bajo los lineamientos del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta respecto de esta última frente a la sentencia del 14 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué, dentro del proceso ordinario laboral radicado bajo el número **73001-31-05-001-2019-00270-01**, adelantado por ARAFUA REYES contra PORVENIR S.A. y OTROS.

I) SENTENCIA OBJETO DE ESTUDIO

Por decisión del 14 de diciembre de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué accedió a las súplicas de la demanda. Declaró la ineficacia del traslado de Arafua Reyes al RAIS administrado por PORVENIR S.A. Declaró a la demandante como afiliada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, por lo que ordenó a la AFP PORVENIR trasladar el saldo total de la cuenta de ahorro individual, así como la información que reposa en su base de datos respecto del tiempo que fue afiliada, traslado de recursos que debe incluir lo descontado por cuotas de administración. Así mismo, dispuso que la AFP Porvenir debe adelantar los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de Administradores de Fondos de Pensiones SIAF, así como realizar la anulación a través del aplicativo MANTIS y devolver los aportes a COLPENSIONES, protocolizando con la entrega del archivo y el detalle de aportes realizado durante la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para permitir la aceptación y posterior

actualización de la historia laboral de manera diligente y sin inconvenientes para el afiliado al RPMP. Declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a cargo de Porvenir S.A.

Para fundamentar su decisión, el A quo consideró que conforme a la Ley 100 de 1993, los regímenes pensionales establecidos en esa norma son excluyentes, motivo por el cual se otorgó el derecho a los afiliados de escoger el régimen al que quería pertenecer, pudiendo cambiarse cada 5 años desde la selección inicial y hasta cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, conforme el literal e) del artículo 2º de la Ley 797/2003 modificadorio del artículo 13 de la Ley 100/1993.

Manifestó que si bien cuando la demandante solicitó su traslado ante Colpensiones pretermitió el término del traslado estipulado por la Ley, pues ya contaba con 59 años de edad, la AFP demandada no demostró haber actuado en legal forma y atendiendo el deber de información, pues no le suministró datos completos y transparentes para el tiempo de mutación y que le permitiera ejecutar la mejor elección dentro de las opciones de mercado, pasando por alto lo dispuesto en el artículo 97 del Estatuto financiero.

Refirió que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado, entre otras en sentencia SL1689/2019, 1. Que la carga de la prueba corre por cuenta de la administradora de pensiones, 2. Que la prueba de dicha diligencia es calificada, es decir, que no es suficiente con afirmar que el trabajador afiliado firmó el documento denominado formulario de afiliación en el que en letra menuda y de manera confusa se plasme la aceptación expresa e informada de las condiciones de traslado de régimen sino que la asesoría brindada debe ser absolutamente clara, comprensible y suficiente para el afiliado, 3. La información brindada al afiliado por los fondos de pensiones debe ser transparente y ofrecer las mejores condiciones de mercado, 4. Que los fondos de pensiones no pueden abusar de su posición dominante en la relación negocial, 5. La colisión de los principios de buena fe frente al de autonomía de la voluntad, debiendo primar la de buena fe, y 6. Que aun cuando el demandante solicite la nulidad del traslado, cuando se invoca el incumplimiento del deber de información, lo que en derecho corresponde es la aplicación de los artículos 271 y 272 de la Ley 100/1993, los cuales dejan sin efecto la afiliación respectiva.

Concluyó que la pasiva no aportó documental que corroborara el cumplimiento de su deber información, o que se le hubiera presentado a la actora un cálculo preliminar respecto del valor del bono pensional o el valor de los aportes que debía recaudar para obtener una pensión siquiera cercana a la ofrecida por el fondo de pensiones públicos, fallando así Porvenir S.A. al no brindar una información transparente que a la afiliada le garantizara la mejor decisión respecto de opciones del mercado.

Por lo anterior, consideró que la demandante desconocía los términos del derecho pensional que le pudiera asistir y por eso aseguró que Porvenir S.A. no cumplió con su deber de información, por tanto, existió un vicio del consentimiento, siendo pertinente declarar la ineficacia del traslado.

Tuvo a la demandante como afiliada de Colpensiones al recordar que el Artículo 4º del Decreto 2196/2009, ordenó trasladar a quienes en ese momento estaban cotizando a la Caja Nacional de Previsión, al extinto ISS hoy Colpensiones.

Finalmente, frente a la excepción de prescripción, trajo a colación la sentencia SL1689/2019 del SCL CSJ según la cual la acción para solicitar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

II) RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES

Solicitó que se revoque la decisión de primera instancia, dándose aplicación a los medios exceptivos, por las siguientes razones:

1. El fallo desconoce la carga de sagacidad de las condiciones del contrato que se celebró. El Decreto 2241 de 2010, régimen de protección al consumidor financiero, establece las obligaciones de los afiliados a los fondos de pensiones, dentro de los cuales se encuentra el deber de informarse de las condiciones del sistema, lo que no ocurrió en el presente caso.

2. Cita la sentencia SL1452/2019 y afirma que la sentencia dictada va en contravía del equilibrio financiero plasmado en el Acto Legislativo 01/2005 en el sentido de que personas que no han

contribuido con la rentabilidad de los fondos de pensiones, no pueden verse beneficiadas del riesgo asumido por otros, como se hizo en este caso.

3. Refiere la improcedencia legal del traslado de régimen de la demandante a la luz de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

APELACION PORVENIR S.A.

Solicitó que se revoque la decisión de primera instancia bajo los siguientes argumentos:

1. Insiste en que la demandante se encuentra sujeta a la prohibición del literal e) del artículo 13 de la Ley 100/1993, modificado por la Ley 797/2003, ya que a la fecha de la demanda contaba con la edad para pensionarse, y añade que la demandante contaba con un plazo de 5 días siguientes a la fecha de vinculación para retractarse del cambio de régimen según lo preceptuado el Decreto 1161/1994.
2. Sostiene que deberá tenerse en cuenta la prescripción de que trata el artículo 1750 del Código Civil teniendo en cuenta que se habla de una recisión de un contrato firmado para el año de traslado, y por lo tanto, es viable dar aplicación a lo allí mencionado, en cuanto señala un término prescriptivo de 4 años.

III) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PORVENIR

La AFP PORVENIR S.A solicita que se revoque la sentencia de primer grado al considerar que con la firma del formulario de afiliación la actora aceptó en forma libre, espontánea y sin presiones el cambio de régimen; además que no hizo uso de su derecho de retracto.

Igualmente, itera que la petente se encuentra dentro de la prohibición temporal establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, en tanto le faltan menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Así mismo, afirma que no cumplió con los presupuestos establecidos en la sentencia C-789 de 2002, C-1024 de

2004, T-168 de 2009, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, esto es, por no contar con 15 años de aportes o servicios a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones.

De otro lado, sostiene que no se podía declarar la nulidad de la vinculación al RAIS porque la demandante no vio afectado su consentimiento por error o dolo, además, porque se cumplió con el deber de información de acuerdo con las pruebas adosadas.

Indica que en el presente juicio operó la prescripción de la acción para demandar la nulidad conforme los artículos 1750 del C.C y 151 del CPT y de la SS, por eso no era factible acceder a los pedimentos de la gestora, consideración que soportó en la sentencia del 14 de julio de 2004, Rad. 22125, trayendo también a colación la sentencia de tutela N. 39718 del 15 de abril de 2015.

Demandante

Pide que se confirme el fallo apelado al considerar que se dio correcta aplicación al criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en Sentencias SL1452/2019, SL1688/2019 y SL1689/2019, por cuanto el fondo accionado incumplió con el deber legal de brindarle información relevante al momento de su afiliación, lo que daba lugar a declarar la ineficacia de la vinculación.

Refiere que la exigibilidad judicial del derecho a la pensión o a obtener su valor real es imprescriptible, según lo ha sostenido la SCL CSJ en Sentencia SL8544/2016, por tanto, puede reclamarse en cualquier tiempo, y que en el caso particular, los afiliados al Sistema General de Pensiones pueden solicitar en cualquier tiempo que se declare la ineficacia del traslado (SL1421/2019).

Alude a la Sentencia SL1452/2019 en la que la alta Corporación analizó (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

Concluye que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información (SL19447/2017) y que la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, dada su posición de desventaja (Art. 1604 Código Civil)

UGPP

Solicita ser exonerada de toda responsabilidad ya que la actora no cumple los requisitos establecidos en el artículo 1 del Decreto 169 de 2008 que señala las obligaciones de la UGPP respecto al reconocimiento de derechos pensionales de las administradoras de pensiones de servidores públicos liquidadas.

Resalta que la demandante para la época en que la UGPP asumió las prestaciones a cargo de CAJANAL, ya no se encontraba afiliada, no dejó causado su derecho con anterioridad a la cesación de actividades de CAJANAL y cuando se desafilió no cumplía con el requisito de tiempo de servicios para acceder al derecho pensional. Bajo este entendido, no está llamada a responder por las pretensiones de la demanda.

Aunado a lo anterior, solicita que de confirmarse la decisión se tenga en cuenta el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009 que prevé que los afiliados a CAJANAL EICE debían ser trasladados a Colpensiones, entidad competente para recibir a la actora.

COLPENSIONES

Aduce que dentro del Sistema de Seguridad Social en Pensiones opera el derecho a la libre escogencia de régimen pensional, con dos limitaciones precisas, (i) La primera, consistente en un período mínimo de permanencia de 5 años, (ii) La segunda, evitando el traslado de aquellos afiliados a los que le faltaren 10 años o menos para adquirir el derecho a la pensión de vejez, después de un año de vigencia de la Ley 797 de 2003, y refiere que la Sentencia de unificación SU130 de 2013, la Corte Constitucional advirtió que, de conformidad con lo previsto en los artículos 13, literal e) y 36, incisos 4º y 5º de la Ley 100 de 1993, tal y como fueron interpretados por dicha corporación en las Sentencias C-789 de 2002 y C1024 de 2004, únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, pueden trasladarse "*en cualquier tiempo*" del régimen de ahorro individual con solidaridad

al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición.

Alude al principio de la relatividad jurídica o de los contratos en virtud del cual COLPENSIONES es un tercero frente al negocio o vínculo contractual contraído entre la parte demandante y la Administradora de Fondos Pensionales de carácter privado, por lo que, tal acto jurídico solo tiene efectos inter partes y con ello, independientemente de la decisión adoptada por el juez, COLPENSIONES no puede ser favorecida ni perjudicada con la decisión adoptada. Además, añade que tal decisión implica una carga que afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional que preceptúa el artículo 48 de la Constitución Política.

Afirma que hay una indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional pues en los fallos relacionados con la nulidad o ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, se censura que la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, no proporcionó al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las implicaciones del traslado, desconociendo que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones ha tenido varias etapas: 1. Decreto 663/1993, 2. Ley 1328/2009 y Decreto 2241/2010, y 3. Ley 1748/2014, Decreto 2071/2015 y la Circular Externa N. 016/2016, de ahí que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; pues no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima.

Además, añade que de conformidad con el Decreto 2241 de 2010 que establece el Régimen de Protección al Consumidor Financiero, existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado, que alejaría de toda concepción lo pretendido por la parte actora.

Sostiene que 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, pues la inversión de la prueba exige la igualdad con parámetros de buena fe y lealtad procesal, y que en los eventos de la ineficacia, hasta el año 2016, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS.

Pide que en el evento de confirmarse la decisión, se ordene a la AFP reintegrar la totalidad de la cotización, es decir: i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v) Porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración discriminando el valor que se devuelve por cada concepto de conformidad con el artículo 283 del C.G.P que establece que las condenas deben ser en concreto cuando se ordena el pago de frutos, intereses mejoras, en este caso la devolución de ellos, razón por la cual no se puede ordenar una condena en abstracto.

IV) CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero señalar que ningún reparo existe acerca de la validez formal del trámite y concurrencia de los presupuestos procesales de manera que no se advierte circunstancias que puedan configurar causal de nulidad o que impidan la emisión de una sentencia de fondo que resuelve el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de Colpensiones.

De otro lado, se tiene que, conforme a los documentos adosados al proceso, está probado que la actora estuvo afiliada al sistema pensional en la extinta Cajanal desde el 28 de enero de 1981 hasta el 30 de noviembre de 2001¹, y suscribió formulario de afiliación con la AFP PORVENIR S.A. el 24 de septiembre de 2001², con vigencia a partir del 1º de noviembre del mismo año³, donde se encuentra actualmente. Así mismo, se encuentra probado que la accionante instó al traslado de

¹ Expediente digital. Expediente1raInstancia. 18 HISTORIA LABORAL PORVENIR. Pág. 27

² Expediente digital. Expediente1raInstancia. 18 HISTORIA LABORAL PORVENIR. Pág. 20

³ Expediente digital. Expediente1raInstancia. 18 HISTORIA LABORAL PORVENIR. Pág. 192

régimen pensional ante las demandadas, el cual fue negado por ambos fondos de pensiones⁴.

Problema Jurídico: La atención de la Sala orbita en determinar si el traslado de régimen efectuado por la demandante a la AFP del fondo privado es ineficaz como lo concluyó el juez de primera instancia.

Tesis: La tesis que sostendrá la Corporación es que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante es ineficaz al no haber recibido la información suficiente exigida por la ley y la jurisprudencia.

Supuestos normativos y fácticos

En el caso particular del traslado de régimen pensional la jurisprudencia de la especialidad ha elaborado una línea de pensamiento que determina la posibilidad de dejar sin efecto un traslado de administradora cuando no se ha brindado la información suficiente sobre las consecuencias particulares de la decisión de cambio, es decir que, la AFP tiene la obligación de informar concienzudamente a cada cliente las condiciones en que se realizará el traslado, así como las ventajas y desventajas que podría acarrear esa decisión, de acuerdo a cada caso concreto.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373 de 2021, la Corporación de cierre de la especialidad laboral recordó que:

“...En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen

⁴ Expediente digital. Expediente1raInstancia. 01 PODER ANEXOS DEMAND. Págs. 23-27 y 50-51.

de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019). (...) situación que claramente produce un sesgo en el afiliado por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alterno.

(...) si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante) 1, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto...”

Pues bien, la línea jurisprudencial planteada tiene sustento en la medida en que el Sistema General de Pensiones propende por la garantía a la población de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través de las prestaciones económicas contempladas en el estatuto de seguridad social, y dado que conforme el literal b) del artículo 13 de ese compendio, la elección de cualquiera de los dos regímenes debe ser libre y voluntaria, lo que se exige a voces de la jurisprudencia **“no es cualquier tipo de asesoría, sino aquella que permita el ejercicio de la libertad informada, cuya infracción castiga la propia normativa en la medida en que indica que si el empleador o cualquier persona natural o jurídica la desconoce, se hace merecedor de las sanciones previstas en el inciso 1 del artículo 271”**⁵, que consisten en la imposición de una multa y la ineficacia de la respectiva afiliación para que el afiliado recupere la libertad de escoger el régimen pensional o administradora que a bien tenga. Esta norma obedece al reconocimiento legal de la asimetría de información que existe entre las administradoras y potenciales afiliados, así como la trascendencia de la decisión de afiliación a uno u otro régimen.

Es así como la propia ley sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe a

⁵ SL 19.447 de 2017 Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia.

las administradoras, por lo cual se considera que la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no resulta suficiente, razón por la que corresponde a esas entidades dar cuenta de que actuaron diligentemente tanto por la orden del estatuto de seguridad social, como también por el precepto contenido en el artículo 1604 del Código Civil, el cual dispone que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este tipo de eventos, esa obligación probatoria no se agota con arrimar los formularios de afiliación sino que se requiere la evidencia de cuál fue la asesoría brindada y si para cada caso era suficiente a fin de que la persona adoptara una decisión completamente libre, a voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Aunado a lo anterior, el Colegiado advierte que el citado deber de información que se pregona de las AFP integrantes del RAIS se impuso desde el año 1993 con la expedición del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, concretamente en el artículo 97 el cual preceptúa que las entidades vigiladas, entre ellas los fondos de pensiones privados, 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 claro y objetivos, escoger las mejores opciones de mercado y poder tomar decisiones informadas.

En este panorama, a la Sala le corresponde determinar si la AFP del RAIS a la cual la actora efectuó el traslado de régimen pensional demostró judicialmente haber entregado la información clara y suficiente para que aquélla tuviera un consentimiento ilustrado al momento de adoptar la decisión de cambio de régimen.

Así entonces, la AFP tiene la carga de la prueba respecto al deber de información que le fue establecido legalmente y respecto de los posibles afiliados, pues se repite, es obligación de las administradoras de pensiones lograr que éstos tengan información clara y confiable de sus derechos para que concienzudamente adopten la decisión que más les favorezca, y esto no se logra en la medida en que sólo se le expongan aspectos benéficos de un régimen u otro, sino que debe colocarse de presente los escenarios o situaciones desfavorables a los que todo afiliado puede verse abocado.

Caso concreto

En el *sub examine* está probado que la actora estuvo afiliada al sistema pensional en la extinta Cajanal desde el 28 de enero de 1981 hasta el 30 de noviembre de 2001⁶, y suscribió formulario de afiliación con la AFP PORVENIR S.A. el 24 de septiembre de 2001⁷, con vigencia a partir del 1º de noviembre del mismo año⁸, donde se encuentra actualmente. Así mismo, se encuentra probado que la accionante instó al traslado de régimen pensional ante las demandadas, el cual fue negado por ambos fondos de pensiones⁹.

Entonces, como fue la AFP PORVENIR S.A la encargada de gestionar el traslado de régimen pensional, le corresponde acreditar que en dicha oportunidad se entregó una información veraz, clara y suficiente que ilustrara el consentimiento del accionante.

En tal propósito la AFP accionada se limitó a aportar historia laboral consolidada, certificado de vinculaciones de Asofondos, copia de la solicitud de vinculación, copia del certificado de información laboral para emisión de Bonos Pensionales, petición de Porvenir S.A. a la oficina de recursos humanos del Hospital Federico Lleras Acosta, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, relación de aportes, y resumen de historia laboral¹⁰, documentos que a todas luces resultan insuficientes para demostrar en grado de certeza qué información entregó a la demandante, previo a la adopción de la decisión de cambio de régimen, al punto que no puede establecerse la calidad de la asesoría, ni si actuó con diligencia al momento de aconsejar a la petente, exponiendo las ventajas y desventajas de la mutación. Desatención que tampoco se observa superada con la suscripción del formulario de traslado ni el interrogatorio de parte a la accionante.

El documento de afiliación al RAIS es un formato preimpreso, cuya leyenda no implica el asesoramiento echado de menos. En el interrogatorio la demandante manifestó que su afiliación a Porvenir AFP obedeció a la visita que e hizo una asesora en la que le informó que CAJANAL se iba a acabar, sin que recibiera información adicional relacionada con su mesada pensional, mucho menos con las características del nuevo régimen pensional al que se afiliaba.

⁶ Expediente digital. Expediente1raInstancia. 18 HISTORIA LABORAL PORVENIR. Pág. 27

⁷ Expediente digital. Expediente1raInstancia. 18 HISTORIA LABORAL PORVENIR. Pág. 20

⁸ Expediente digital. Expediente1raInstancia. 18 HISTORIA LABORAL PORVENIR. Pág. 192

⁹ Expediente digital. Expediente1raInstancia. 01 PODER ANEXOS DEMAND. Págs. 23-27 y 50-51.

¹⁰ Expediente digital. Expediente1raInstancia. 18 HISTORIA LABORAL PORVENIR. Págs. 4-198

De otro lado, el Tribunal considera que en punto a la improcedencia del traslado por no cumplir con las condiciones referidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 y el límite temporal consignado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, no son procedentes, en la medida que en juicio se advirtió el incumplimiento de la AFP PORVENIR S.A en su deber de información, de ahí que la consecuencia legalmente establecida en el artículo 271 es la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, es decir que, desaparece de la vida jurídica la actuación y no produce efecto alguno. Igualmente tampoco es factible argüir el derecho de retracto, pues no es congruente asegurar que si un afiliado no conocía las consecuencias plenas de su decisión, tendría la convicción de permanecer en un régimen y menos sabiendo que no se acreditó el supuesto de haberle manifestado su posibilidad de desistir o retractarse.

Tampoco es de recibo afirmar respecto de la permanencia en el RAIS convalidación de la decisión de traslado, pues no es congruente argumentar que si un afiliado no conocía las consecuencias plenas de su decisión tendría la convicción de permanecer en un régimen pensional y menos poder abogar por la posibilidad de retracción que no se demostró fue planteada en la asesoría. Igual suerte, corre el argumento que el actor no ejecutó sus obligaciones como afiliado, pues, como es propio si éste no tuvo acceso a información completa y veraz, no le era dable ejercer tales atributos e imperativos que desconoció.

En lo referente al argumento de Colpensiones en su recurso y alegatos de instancia, se señala que la decisión no implica una carga desproporcionada o fuera de la ley a cargo de Colpensiones, pues la ineficacia y desaparición de acto de traslado del escenario jurídico es la consecuencia legalmente establecida por el legislador conforme se expresó líneas atrás. Conclusión que tampoco desatiende el principio de sostenibilidad financiera en la medida que prima los derechos sociales y los recursos de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, bonos, intereses y gastos de administración permiten la contribución al financiamiento del derecho pensional que pueda llegarse a causar.

Conforme lo anterior, se advierte que la decisión adoptada en primera instancia es acertada, empero, se adicionará la misma en sentido de ordenar que los gastos de administración descontados sean debidamente indexados de acuerdo con lo sostenido en la sentencia SL1688 de 2019.

Ahora bien, establecida la ineficacia del traslado efectuado a la AFP PORVENIR S.A, la consecuencia sería que la demandante regresara a la última entidad a la que estuvo afiliada, que en este caso sería CAJANAL, pero dado que esta entidad fue liquidada definitivamente, es necesario aplicar lo previsto por el art. 128 de la Ley 100 de 1993, que dispone que los servidores públicos afiliados a una caja cuya liquidación se ordene, se afiliarán al Instituto de los Seguros Sociales, cuyas funciones fueron asumidas por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES –, de manera que acertó el *A Quo* en ordenar a esta entidad que reciba a la actora en el RPM; razón por la cual se estima que fue acertada la decisión de primera instancia.

Conclusión

Resultado de lo anterior y dado que la AFP no asumió la carga de la prueba que le correspondía en torno a acreditar el cumplimiento y diligencia del deber de información y asesoría contenido en el Estatuto de Seguridad Social como pilar de la libertad de elección de régimen, como se explicó anteriormente, razón por la cual la Sala considera que fue correcta la aplicación de la consecuencia prevista en el art. 271 de la ley 100 de 1993, consistente en declarar la ineficacia de la afiliación ante ella realizada y así dejar en libertad a la demandante para que realice la elección que a bien tenga.

Por último, respecto de las excepciones formuladas por COLPENSIONES denominadas inexistencia de las exigencias legales para realizar el traslado entre regímenes pensionales, buena fe y prescripción, la Sala considera que no tienen vocación de prosperidad como quiera que la AFP no demostró haber actuado con diligencia y rigor al momento de informar y asesorar a la demandante en el instante del traslado, carga probatoria que le correspondía y esa incuria conlleva a aplicar la consecuencia de ineficacia del traslado realizado, derecho que no se encuentra prescrito, en tanto la afiliación o escogencia de un régimen pensional está íntimamente ligado al reconocimiento del derecho pensional, y por eso la imprescriptibilidad también se predica del primero de los derechos señalados, de esa forma lo ha enseñado en forma reciente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4559-2019 y la Sala de Descongestión Laboral de la misma Corporación en las sentencias SL5144, SL4937 y SL4933 de 2019.

V) COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, ante la improsperidad de los recursos. Las agencias en derecho se fijan en razón de \$1.000.000.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué, en el sentido de ordenar que la AFP PORVENIR S.A. reintegre los dineros descontados por gastos de administración a la señora ARAFUA REYES, debidamente indexados, conforme lo señalado en el considerando. En lo demás la sentencia queda incólume.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, por la improcedencia de los recursos. Las agencias en derecho se fijan en razón de \$1.000.000.

Decisión aprobada mediante Acta N. 030C del 19 de mayo de 2022.

La anterior sentencia se notificará por EDICTO en aplicación del numeral 3 del literal d) del artículo 41 del CPTSS, en armonía con las disposiciones del Decreto Legislativo 806 de 2020. Surtido el trámite de rigor se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

MÓNICA JIMENA REYES MARTÍNEZ
Magistrada

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

KENNEDY TRUJILO SALAS
Magistrado

Firmado Por:

**Monica Jimena Reyes Martinez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Ibague - Tolima**

**Rafael Moreno Vargas
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Ibague - Tolima**

**Kennedy Trujillo Salas
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Ibague - Tolima**

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:

**ff198ab110c1aeaf7286244c317154ff6a3028e09b5d32acab85
85d59962a3df**

Documento generado en 24/05/2022 11:02:17 AM

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

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