



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

Ibagué, Tolima, Diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno
(2021)

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, integrada por los magistrados Osvaldo Tenorio Casañas 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 la demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia del 9 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué, dentro del proceso ordinario laboral radicado bajo el número **73001-31-05-003-2019-00319-01**, adelantado por MELBA AURORA ABELLO MALAVER contra la PORVENIR S.A. y OTROS.

I) SENTENCIA OBJETO DE ESTUDIO

Mediante sentencia del 9 de abril de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué accedió a las súplicas de la demanda, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Melba Aurora Abello Malaver, al RAIS, producido por la AFP Porvenir S.A., a partir del 1 de marzo de 2003. Ordenó a la AFP Porvenir S.A., que dentro de los diez (10) días siguientes a la firmeza de la decisión, traslade a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora Melba Aurora Abello Malaver por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual de la actora, y que llegaron a ese fondo en el período en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por gastos o cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Ordenó a Colpensiones actualizar la historia laboral de la demandante una vez haya recibido los dineros por parte de la AFP Porvenir S.A., y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral las correspondientes semanas, para considerarlas a efectos de definir su eventual situación pensional. Se abstuvo de imponer condena en costas.

El *A quo* recordó que con la expedición de la Ley 100 de 1993, se estableció un sistema dual de regímenes pensionales para las contingencias de invalidez, vejez y muerte, forjado en las reglas de la libre competencia y libertad de elección de los afiliados, y que según el literal b) del artículo 13 de dicha norma, los trabajadores tienen la opción de elegir libre y voluntariamente cuál les conviene, sin embargo, con la incursión de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión administradora de los ahorros de los afiliados en el RAIS y por tanto de la prestación de un servicio público esencial estuvo desde un principio sujeto a las restricciones y deberes que sus actividades implicaba. Que en efecto la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria que contempla tal preceptiva necesariamente presupone un conocimiento, el cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole, por lo que no puede alegarse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquélla pueda tener frente a sus derechos prestacionales ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, de allí que desde el inicio haya correspondido a las administradoras de fondos de pensiones dar cuenta que documentaron clara y contundentemente los efectos que acarrea el cambio de régimen so pena de declarar ineficaz ese tránsito, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia laboral en Sentencia SL12136 de 2014.

Agregó, que en el presente caso la AFP PORVENIR S.A. no compareció al proceso, por tanto, no enarboló ninguna defensiva, salvo la dispuesta por el curador ad litem, el que indicó que le asistía a la demandante acreditar las manifestaciones de su demanda. Advierte que la suscripción del formulario de traslado no da cuenta de un acto de voluntad informado porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos son insuficientes para dar por demostrado el deber de información, máxime que en el presente caso, ni siquiera fue aportado tal documento, aunado a que conforme a lo expuesto por la actora en la absolució de su interrogatorio, el asesor de la AFP le indicó que el ISS se acabaría y que con la AFP obtendría una mejor pensión. Así, concluyó que la consecuencia a la falta del cumplimiento del deber de información es la ineficacia del traslado del RPM al RAIS.

II) RECURSO DE APELACIÓN

APELACION COLPENSIONES

Consideró que la decisión de primera instancia genera al RPM perjuicios de orden patrimonial y económico respecto de los bienes jurídicos, ya que el impacto económico que genera la decisión afecta la sostenibilidad financiera de la entidad, la que posee el mayor número de pensionados del país, y además subsidia con recursos del estado la mayor parte de las pensiones.

Destaca las etapas del deber de información definidas por la jurisprudencia. Expone que la carga dinámica e inversión de la prueba al interior de un proceso judicial exige la igualdad entre las partes con parámetros de buena fe y lealtad procesal.

III) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

COLPENSIONES

Refiere que la decisión del A quo desconoce las tres etapas que han surgido en cumplimiento del deber de información frente a las implicaciones del traslado de régimen. Por manera que el deber de información debe ser valorado conforme al momento en que se materializó el traslado o se suscribió el respectivo formulario.

Expone que la carga dinámica e inversión de la prueba al interior de un proceso judicial exige la igualdad entre las partes con parámetros de buena fe y lealtad procesal. Bajo estas circunstancias el principio "quien alega debe probar" cede su lugar al principio "quien puede debe probar". Para determinar QUIEN es el que puede probar dentro de un proceso judicial la Corte Constitucional ha señalado que depende de cada situación particular y en el presente caso no se exigió ningún esfuerzo procesal al demandante en materia probatoria, otorgando una indebida interpretación al artículo 1604 del C.C.

Agrega que la orden de traslado genera impacto lesivo a la sostenibilidad financiera. Que la responsabilidad de las AFP por la ineficacia de un traslado, no sólo se deben enmarcar a reparar el daño individualmente sometido a consideración de un Juez, sino que debe tener alcance frente a los daños indirectos que afecta la reserva patrimonial de los pensionados y afiliados del RPM atendiendo el desmedro que sufre la reserva pensional.

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 resuelva el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES.

De otro lado, conforme a los documentos adosados al proceso, está probado que la actora estuvo afiliada al RPM hasta febrero de 2003, cuando se trasladó al RAIS con la AFP PORVENIR S.A; así mismo, se encuentra probado que la accionante instó al traslado de régimen pensional ante la pasiva, el cual fue negado y que no ostenta el status de pensionada.

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

Aspectos Generales al tema.

En el caso particular del traslado de régimen pensional la jurisprudencia de la especialidad ha elaborado una línea de pensamiento que nos 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 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**

271¹, 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 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.

Así mismo, y como fue acotado por la Sala Laboral en la sentencia precitada SL373 de 2021 no es dable declarar la ineficacia de la afiliación cuando el demandante ostenta la calidad de pensionado, habida cuenta que ya se encuentra bajo una situación jurídica consolidada que no es posible retrotraer, atendiendo las implicaciones que ello llevaría consigo.

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 aquel tuviera un consentimiento ilustrado al

¹ SL 19.447 de 2017 Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia.

momento de adoptar la decisión de cambio de régimen, partiendo del presupuesto que esta aun no ostenta la calidad de pensionada.

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 demandante estuvo afiliada al RPM hasta febrero de 2003, cuando se trasladó al RAIS con la AFP PORVENIR S.A, el cual se efectivizó el 1 de marzo de 2013; así mismo, se encuentra probado que la accionante instó al traslado de régimen pensional ante la pasiva, el cual fue negado y que no ostenta el status de pensionada.

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.

Como en el presente asunto Porvenir S.A. compareció al proceso a través de curador ad litem, no aportó ninguna prueba. En el interrogatorio la demandante manifestó que una asesora de la AFP demandada le indicó que al trasladarse su pensión le sería más favorable, que podría pensionarse con anterioridad, y que el ISS se extinguiría lo que ponía en riesgo su eventual derecho pensional. En este orden, las pruebas recaudadas son insuficientes para demostrar en grado de certeza qué información fue entregada 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 la AFP actuó con diligencia al momento de aconsejar a la petente, exponiendo las ventajas y desventajas de la mutación.

Entonces, como la demandada no demostró el cumplimiento del deber de información, fue acertada la decisión de primera instancia en punto a declarar la ineficacia del traslado y ordenar la devolución de los

dineros consignados en la cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración debidamente indexados.

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.

Bajo la misma intelección, puede sostenerse respecto del traslado de todos los recursos que fueron aportados que sobre este punto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de referirse siendo enfática en sostener que como la ineficacia obedece a la conducta indebida de la administradora, es ésta quien debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas por el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, bien por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual o por los gastos de administración en que hubiere incurrido, *“los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas de artículo 963 del C.C.”* (SL1421 de 2019); razón por la cual se estima que fue acertada la decisión de primera instancia.

Tampoco es de recibo afirmar respecto de la permanencia en el RAIS convalidación de la decisión de traslado y el no uso del derecho de retracto, 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 la actora no ejecutó sus obligaciones como afiliada, pues, como es propio si esta 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.

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 prescripción; falta de legitimación en la causa por pasiva; indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, imposibilidad de aplicar la carga dinámica de la prueba en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas; carga de la prueba; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; necesidad de un juicio de proporcionalidad y ponderación y buena fe, 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 de instancia a cargo de Colpensiones ante la improsperidad del recurso. Las agencias en derecho se fijan en razón de \$908.526.

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.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de abril de 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué, conforme lo señalado en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a COLPENSIONES. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$908.526.

Decisión aprobada mediante Acta N. 023C del 12 de agosto de 2021.

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

OSVALDO TENORIO CASAÑAS
Magistrado

KENNEDY TRUJILO SALAS
Magistrado

Firmado Por:

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

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

**Osvaldo Tenorio Casañas
Magistrado
Sala 005 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:

**ef29171125093a6e5afd6c6ff8f7c3ee309c8d162565e0bdcab9
4f00972c068b**

Documento generado en 19/08/2021 04:57:56 PM