



## SENTENCIA LABORAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Aprobada en Sala de la fecha

Quibdó, ocho (8) de julio de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: DOCTORA LUZ EDITH DÍAZ URRUTIA

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
RADICADO	27001-31-05-002-2019-00093-01
DEMANDANTE	TERESA MARTÍNEZ VALOYES
DEMANDADOS	COLPENSIONES – AFP PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ

### I.- ASUNTO A DECIDIR

En obediencia a lo previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, vencido el término de traslado para alegar y levantada la suspensión de términos judiciales<sup>1</sup>, la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó profiere sentencia escrita, mediante la cual se decide el grado jurisdiccional de **consulta** de la sentencia No. 005 del 30 de enero del 2020<sup>2</sup>, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Quibdó, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora **TERESA MARTÍNEZ VALOYES** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” – FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**, radicado único nacional: **27001-31-05-002-2019-00093-01**.

### II.- ANTECEDENTES

**HECHOS.** - De la demanda presentada, se resumen así:

1. La actora a la fecha tiene 59 años, pues nació el 15 de julio de 1960.
2. Estuvo afiliada por primera vez al seguro social y debido a una deficiente asesoría presentada por un asesor comercial de la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A**, hoy accionada, se trasladó de régimen pensional al régimen de ahorro individual con solidaridad desde el 24 de junio de 1994, régimen al cual se encuentra afiliada actualmente.
3. Que en dicha asesoría le afirmaron, que de afiliarse a dicho fondo se pensionaría antes de los 57 años de edad y con una mesada pensional superior a la que le reconocería en su momento el seguro social, hoy **COLPENSIONES**, sin advertirle mayores consideraciones importantes, tales como, que el valor de la pensión dependería del capital, de los rendimientos acumulados y el bono pensional, así como de las edades de sus beneficiarios (cónyuge e hijos).
4. Que no se informó sobre las consecuencias jurídicas que este traslado de régimen pensional implicaría, la pérdida del régimen de transición pensional, mucho menos que por el traslado habría reducción del valor de su mesada pensional, como tampoco en número de mesadas pensionales a las que tendría

<sup>1</sup> Dispuesta desde el 16 de marzo de 2020 y levantada a partir del 1° de julio de 2020, por virtud de la Emergencia Nacional decretada por la Pandemia ocasionada por el COVID19. Acuerdo PSCJA20-11567. Artículo 1.

<sup>2</sup> Folio 194



- derecho, y que estas se reducirían, el tipo de modalidades de pensión y las características de cada una, ni el valor aleatorio de las mesadas pensionales en el RAIS, de acuerdo a la modalidad pensional escogida; también se omitió los cálculos necesarios y suficientes para determinar el valor de las mesadas pensionales.
5. Que la aseguradora omitió la información suficiente para conocer los diferentes fondos de pensiones (multifondos) y sus portafolios de inversión, para lograr los requerimientos mínimos de capital para pensionarse.
  6. Que el asesor le indicó, que el ISS sería liquidado en poco tiempo por el gobierno nacional por su mala gestión, por lo que liquidando la entidad, sus recursos pensionales se extinguirían, caso en el que de causar su pensión, sería notablemente inferior a la del RAIS en PROVENIR S.A.
  7. Que el traslado al régimen de ahorro individual se debió a la errónea asesoría recibida por el asesor comercial de la accionada PROVENIR S.A., confiando en las falsas promesas de adquirir una pensión a una menor edad y en un monto superior al que le otorgaría el extinto ISS, hoy COLPENSIONES, además del temor de la liquidación del mismo y el poco monto que por pensión de vejez supuestamente recibiría en el régimen de prima media.
  8. Que ante su enorme preocupación de tener una mesada pensional tan baja en el Régimen de Ahorro Individual, decidió solicitar a COLPENSIONES, su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, la cual fue rechazada por cuanto se encuentra a diez años o menos de edad mínima de pensión.
  9. Que no recibió asesoría del PORVENIR S.A., antes de cumplir los 52 años de edad, información que en su caso era vital, pues no hay criterio de razonabilidad y de proporcionalidad; que hasta el momento no ha recibido una asesoría sobre el monto que le tocaría recibir en caso de ser pensionada por el RAIS.
  10. Que la S.A.F.P. PORVENIR, no dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993<sup>3</sup>, cuando recibió al afiliado, jamás lo asesoró en aspecto alguno, así como omitió realizar la re-asesoría antes de que cumpliera 52 años de edad.

**PRETENSIONES.** - La accionante pretende que se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que se declare nulidad del traslado y/o ineficacia de la afiliación y/o inexistencia de la afiliación que se efectuó a la Sociedad Administradora de Pensiones PORVENIR S.A, por parte de la señora TERESA MARTÍNEZ VALOYES y en su lugar, quede como válida la afiliación realizada al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES.
2. Que se declare en consecuencia, que las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiéndose, que siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida y advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado al régimen individual con

<sup>3</sup> **ARTÍCULO 114. REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN.** Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.



solidaridad no puede producir efectos al no haberse realizado de forma libre y espontánea, motivo por el cual se declara nulo, ineficaz e inexistente.

3. Que en virtud de las declaraciones anteriores, se ordene a la Sociedad Administradora de Fondo de PORVENIR S.A, fondo de pensiones del régimen de ahorro individual al que hoy se encuentra afiliada, transferir el capital ahorrado, debidamente indexado, por la señora TERESA MARTÍNEZ VALOYES, a órdenes de COLPENSIONES y, por ende, se condene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la actora en el régimen de prima media con prestación definida y a tener en cuenta las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual, para acreditar las semanas para acceder a la pensión de vejez.
4. Que se condene a COLPENSIONES a recibir el capital acumulado por la señora TERESA MARTÍNEZ VALOYES, en la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR, los cuales deben incluir el capital ahorrado, debidamente indexado, en PORVENIR S.A.
5. Que se condene a COLPENSIONES a acreditar en la historia laboral todas las semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, por parte de la señora TERESA MARTÍNEZ VALOYES, incluidas la RAIS, para que hagan parte de la sumatoria de tiempos necesarios para acceder a la pensión de vejez, dentro del régimen de prima media con prestación definida.
6. Que se condene a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A. a pagar a la señora TERESA MARTÍNEZ VALOYES, los perjuicios causados, por incurrir en la omisión de un deber legal, incluyendo y no limitando el pago de honorarios del abogado.
7. Que se condene a las entidades accionadas a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho.

**ACTUACIÓN PROCESAL.-** Mediante auto interlocutorio No. 333 del 21 de mayo de 2019<sup>4</sup>, fue admitida la demanda en contra de COLPENSIONES y PORVENIR; el 17 de junio de 2019<sup>5</sup> se tuvo por contestada la demanda a favor de PORVENIR, y el 19 de junio de 2019 se tuvo por contestada por COLPENSIONES<sup>6</sup>; se celebraron las audiencias respectivas el 23 de julio de 2019 y el 30 de enero del 2020<sup>7</sup>.

## PRONUNCIAMIENTO DE LAS DEMANDADAS

**COLPENSIONES.-** Indicó que no le constaban los hechos No. 2,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13,15y 16 y aceptó como cierto el hecho No. 1, el hecho N°3 no lo observaba en los documentos aportados y el hecho 14 parcialmente cierto. Se opuso a las pretensiones y propuso las **excepciones de falta de legitimación** en la causa por pasiva, buena fe de Colpensiones, imposibilidad de condena en costas, excepción innominada<sup>8</sup>.

**PORVENIR<sup>9</sup>.**- Se opuso a las pretensiones de la demanda; no le constaban los hechos No. 1, 2, 14, no eran ciertos los hechos 3, 4,5, 6,7, 8, 9, 11,12, 13, 14, 15, 16, sobre el hecho N°10 dijo que a la fecha de afiliación no se tenían base para realizar cálculo

<sup>4</sup> Folio32

<sup>5</sup> Folio 45

<sup>6</sup> folio 149

<sup>7</sup> Folio 191

<sup>8</sup> Folio 150,151

<sup>9</sup> Folios 46 a 86



aproximado de la pensión; propuso **las excepciones** de falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada.

**ACERVO PROBATORIO.** - Documentales a folios 12 a 26 del expediente.

### III.- PROVIDENCIA MATERIA DE IMPUGNACIÓN

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Quibdó, en **sentencia No. 005** proferida el 30 de enero del 2020, *declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.*

*Declaró la ineficacia de la vinculación y traslado de la señora TERESA MARTÍNEZ VALLOYES, realizada el 1 de septiembre de 1998 a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR, como consecuencia de ello continúe la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, en el cual se encontraba afiliada con posterioridad al traslado de régimen*

*Ordenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, que proceda a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de lo ahorrado por la demandante, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros, en el término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia*

*Ordenó a la Administradora Colombina de Pensiones COLPENSIONES, que proceda a recibir por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, la totalidad de lo ahorrado por la demandante, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, conservando para ese efecto el actor, todos sus derechos y garantías, que tenía en el régimen de prima media con prestación definida, antes de efectuarse el traslado al régimen de ahorro individual*

*Condenó en costas a la demanda Porvenir S.A. Como agencias en derecho, se señale a 1 SMLMV, para esta anualidad inclúyase a la liquidación en costas que se practique por secretaria*

*Absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones de la demanda.*

Utilizó como normas para tomar la decisión Artículos 48 y 49 de la constitución política de Colombia, artículos 164 y 167 del código general del proceso, ley 100 de 1993, artículo 14 y 15 del decreto 656 de 1994, sentencias de la corte suprema de justicia del 22 de noviembre de 2011, que se refiere a la obligación que tienen los fondos de pensión, de proporcionar a los afiliados una información completa.

Consideró que valoradas objetivamente las pruebas recaudadas, surge objetivamente lo siguiente: conforme al documento visto a folio 70 del expediente, se evidencia que para el 20 de septiembre del año 2007, la demandante se vinculó PORVENIR S.A., advierte que la carga de la prueba, sobre el consentimiento suficientemente informado, está en cabeza de la empresa demandada PORVENIR S.A, ello por la diligencia debida en dicho proceder y conforme a lo anterior, le correspondía a PORVENIR S.A., acreditar que la información suministrada a la demandante, fue suficiente para que ella de manera consiente pudiese tomar la decisión de traslado o de cambio de régimen pensional, en la cual se le debían resaltar, tanto los aspectos positivos como los negativos, que implicaba estar en uno o en otro régimen pensional; que analizadas las pruebas recaudadas, concluye que no existen las mismas que permitan llevar al convencimiento sobre la existencia del conocimiento suficientemente informado, es decir, PORVENIR, no cumplió con esta carga de la prueba.

Precisó que si bien es cierto, con la contestación de la demanda se allegó comunicado de prensa realizado por PORVENIR S.A, también es cierto que del mismo no se desprende que se le haya suministrado la información necesaria a la demandante para trasladarse al RAIS, más aun cuando en el contenido del mismo, lo que se evidencia es la información contenida referente a los requisitos o procedimientos para realizar el traslado pensional, pero para nada



se vislumbra, que se le están señalando tanto los aspectos positivos como negativos que implica estar en uno u otro régimen pensional.

Reiteró respecto a las vinculaciones o traslados a los fondos de pensiones, que el ordenamiento jurídico le ha encomendado a estas entidades, fondo de pensiones, el deber de orientar a cada uno de sus futuros afiliados respecto de los beneficios y perjuicios que tiene cada régimen, explicando de manera clara y precisa todos los elementos que componen los mismos, para que la decisión o selección efectuada sea la más acertada, teniendo en cuenta las condiciones particulares de cada cotizante, no existiendo prueba alguna, que permita indicar que a la demandante se le brindó la suficiente información, por lo que las pretensiones están llamadas a prosperar.

#### IV.- TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 18 de febrero de 2020, se asumió el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de primera instancia.

Como quiera que se trataba de un proceso exceptuado de la suspensión de términos<sup>10</sup>, en cumplimiento del artículo 15-1 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, mediante auto de fecha 11 de junio de 2020 se ordenó, por secretaria, correr traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones.

En correo electrónico del 30 de junio de esta anualidad, la Doctora Mónica Patricia Cossio Rentería, allegó copia del poder y sus anexos, presentado en primera instancia el 4 de marzo de 2020, razón por la cual se le reconocerá personería para actuar como apoderada sustituta de la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERÍA S.A.S., apoderada general de Colpensiones.

Vencido el término legal, solamente la apoderada de COLPENSIONES presentó oportunamente alegaciones, indicando en resumen, *(i) sobre la carga de la prueba, que hasta el año 2016 los fondos privados contaban con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, correspondiéndole al demandante demostrar la existencia de un vicio o fuerza capaz de anular el acto jurídico. (ii) que si bien existe una intervención de asesoría de la administradora de pensiones que podría generar un vicio en la voluntad del traslado, ello debe demostrarse, pues de lo contrario predominarían las conjeturas y suposiciones, y no los hechos debidamente demostrados en el proceso en los que intervino directamente el demandante. (iii) la interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS; pero si obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante. (iv) en lo que atañe a la sostenibilidad económica del sistema pensional, anota que la decisión de ineficacia afecta a la demandada, ya que los rendimientos financieros en el RAIS son diferentes a los del RPM, lo que no ha sido tenido en cuenta en los fallos; agregó que se debe mirar la prescripción en forma diferente, debiendo tenerse en cuenta de forma más rigurosa los límites, puesto que la misma ley dispone que cuando le falten menos de 10 años para completar los requisitos para pensionarse el afiliado no podrá trasladarse. Solicitó tener en cuenta lo expresado y no condenar en costas a la demandada y exonerarla de cualquier cargo que comprometa su patrimonio.*

#### V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

**COMPETENCIA.-** Esta Sala es competente para decidir el grado jurisdiccional de

<sup>10</sup> "Nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.". Acuerdo PSCJA20-11567. Artículo 10, numeral 10.7.- Emitido en virtud de la Declaratoria de Emergencia Nacional con ocasión a la Pandemia generada por el virus COVID19.



**CONSULTA**<sup>11</sup> de conformidad con lo establecido en el artículo 15, literal B, numeral 3 del C.P.L y de la S.S, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

**PROBLEMA JURÍDICO.** - Radica en determinar: (i) Si fue acertada la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia de la vinculación de la actora al Fondo de Pensiones Porvenir S.A., al no haber recibido información suficiente acerca de las ventajas o desventajas de estar en uno u otro régimen pensional. (ii) Si Porvenir S.A. debe trasladar todo lo ahorrado por la señora Latina Londoño Palacios en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones. (iii) Si le asiste a la actora derecho al pago de los perjuicios reclamados. (iv) Si procede la excepción de prescripción propuesta.

## **PREMISA NORMATIVA y JURISPRUDENCIAL**

**NULIDAD E INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.** La Ley 100 de 1993, artículo 13, literal b)<sup>12</sup> en lo que atañe a la afiliación o traslado de régimen de pensiones, dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria y contempló en el artículo 271, en concordancia con los artículos 272 *Ibidem*, 13 del C.S:T: como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, además de que la afiliación respectiva quedará sin efecto, pudiendo realizarse nuevamente, en forma libre y espontánea, por parte del trabajador.

De otra parte, el literal e) *ibidem* estableció que una vez efectuada la selección inicial ... *solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años contados a partir de la selección inicial en la forma en que señale el gobierno nacional, término que luego fue ampliado a 5 años, según la Ley 797 de 2003.*

Como lo ha decantado la jurisprudencia, cuando se trata de traslado de régimen de pensiones, atendiendo a la normatividad en comento, el juez debe verificar si en realidad no existió vicio del consentimiento, producido por una información inadecuada para con el cotizante, lo que quiere decir que la información que este reciba debe ser libre, consciente.

Además de lo anterior, debe quedar claro que el posible afiliado quedó debidamente informado sobre las implicaciones de esa decisión por parte de la Administradora de Fondos, **la que tiene la carga de demostrar la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen**, sea decir que tal traslado fue debidamente informado y documentado, por las consecuencias que genera tal elección, de tal manera que si así

<sup>11</sup>Grado jurisdiccional que otorga competencia para revisar íntegramente el fallo. Sentencia C- 958 de 2003, **CSJ-SLT 4255-2013, 10250-2015 Y AL 4088-2014**: "De manera que en este asunto el grado jurisdiccional de consulta debe operar por ministerio de la ley. Por tanto, la sentencia no cobra ejecutoria hasta tanto se surta dicho grado, pues conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, solo «serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren desfavorables a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante», siendo esta última hipótesis la aplicable al caso en estudio."

<sup>12</sup>**ARTICULO. 13.- Características del sistema general de pensiones. Reglamentado por el Decreto Nacional 3995 de 2008, Reglamentado por el Decreto Nacional 1051 de 2014.** El sistema general de pensiones tendrá las siguientes características:

a) **Modificado por el art. 2, Ley 797 de 2003** La afiliación es obligatoria salvo lo previsto para los trabajadores independientes;  
b) **La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley;**



no acontece, sea decir si no hay prueba de ello, deviene la ineficacia del traslado, ocasionado por una indebida información.

Para el propósito de este análisis, surge necesario traer a colación la línea jurisprudencial, sobre el tema de la nulidad de la afiliación por falta del consentimiento suficientemente informado, que ha venido sosteniendo la H. Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, y para ello, se pone de presente:

**La sentencia del 22 de noviembre de 2011, M.P. Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, Rad. No. 33083, en la cual retrotrajo lo dicho sobre el tema en sentencias del 9 de septiembre de 2008, con número de radicados 31989 y 31314, y la reiteración de ésta postura en la Sentencia del 3 de septiembre del año 2014 con ponencia de la misma Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, cuyo radicado es 46292<sup>13</sup>, en las cuales, la Alta Corporación ha señalado que las AFP deben garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente autónoma y consciente, lo cual es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.**

En la sentencia **SL17595 de 2017<sup>14</sup>**, rad 46292, la SCL de la CSJ, trajo a cita la sentencia del 9 de septiembre de 2008, con número de radicado 31989, en la que se

<sup>13</sup>“En particular, en materia pensional, uno de los más vitales propósitos, fue el de canalizar la multiplicidad de regímenes dispersos, y fue así que creó solo dos de carácter excluyente, el solidario de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad; mientras el primero se acoge el modelo en el cual se garantiza el pago de la pensión preestablecida siempre que se cumpla con la densidad de cotizaciones y la edad, constituyendo tales aportes un fondo común de naturaleza pública, en el de ahorro individual con solidaridad se privilegia el aporte de cada afiliado, y sus rendimientos financieros, los cuales se abonan a cuentas individuales, y la edad para hacerse acreedor de la pensión está sujeta a que exista un acumulado que permita obtener una mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

Para efectos de optar por alguno de ellos, el literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»; el literal e) ibídem estableció que «una vez efectuada la selección inicial ... solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años contados a partir de la selección inicial en la forma en que señale el gobierno nacional», término que luego fue ampliado a 5 años, según la Ley 797 de 2003.

Por demás el propio artículo 272 de dicho Estatuto de la Seguridad Social previó la inaplicación de disposiciones lesivas a los asociados cuando quiera que con ellas se menoscabara la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores, y advirtió sobre la preponderancia de los principios mínimos contenidos en el precepto 53 constitucional.

(...)

A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella 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 de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito. (carga de la prueba)

Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que **el régimen de transición no es una mera expectativa.**

En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino, además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

(...)

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.

(...)

En tal sentido es evidente que el ad quem equivocó su decisión, al partir del hecho de que el traslado fue libre y voluntario, sin soporte alguno, pese a que era necesario, dado que lo que se estaba discutiendo era si se debía o no respetar el régimen de transición, determinar si aquel presupuesto normativo se presentaba, para, ahí sí, determinar si había o no perdido la referida transición; como así no se verificó en este caso, se casará la sentencia acusada”

<sup>14</sup>M.P. Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA. “Pues bien, analizado el material persuasivo, no encuentra la Corte que COLFONDOS haya cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.



destacan los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, a saber:

- (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional;
- (ii) 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;
- (iii) 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.

De otra parte, en sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, Sostuvo Que:

*“1.- La constatación del deber de información es ineludible*

*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.

*2.-El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado.*

*Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*

*Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) 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; (iii) 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 (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989).*

*De suerte que COLFONDOS S.A no acreditó que le suministró al promotor del proceso los suficientes datos y explicaciones del traslado respectivo tal y como se expuso en la esfera casacional, máxime que, en este asunto, se reitera, están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se requiere acudir a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los regímenes pensionales, en los que se prevé el traslado libre y voluntario, e incluso a las disposiciones que en la ley así lo imponen.*

*Aquí y ahora, se recuerda que no es dable argüir que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella 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 de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.*

*Puestas en ese escenario las cosas, y siendo coherentes con lo discurrido, se declarará la nulidad de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual, lo que trae como consecuencia que el promotor del litigio jamás perdió el régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.”*



***De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.***

*Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.*

### **3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado**

*Según lo expuesto precedentemente, **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.***

*Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.*

*En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

*Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.*

### **4.- El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la ineficacia del traslado – No es necesario estar ad portas de causar el derecho o tener un derecho causado**

*La Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual no hubo ninguna omisión por parte del fondo de pensiones accionado, puesto que la demandante no contaba con una expectativa pensional en atención al número de semanas cotizadas.*

*Tal argumento es equivocado, **puesto que 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, **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 en 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**. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.” (Negrillas y subrayas de la Sala)*

En la sentencia SL4360 de 9 de octubre de 2019, con ponencia de la Dra Dueñas, la Sala de Casación Laboral reiteró la línea expuesta en la precedente sentencia, precisando:

*“Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. **Lo que quiere recalcar es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia.**”*

### **3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado**

*En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).*

*Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:*

*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.*

*Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que **esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).”*

De otra parte, no se puede perder de vista que, *para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, como lo ha decantado la CSJ en SL731 de 2020 (Rad. 77535).*

**CONDENA EN PERJUICIOS.** - De conformidad con lo normado por el artículo 1613 del Código Civil, la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante generado por el incumplimiento de una obligación, por su cumplimiento tardío o imperfecto.



Ahora bien, teniendo presente su naturaleza resarcitoria, le corresponde a quien pretende su reconocimiento, probar el daño o perjuicio ocasionado. Sobre este tópico la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1688 de 8 de mayo de 2019, radicación número 68838, en un proceso de ineficacia de traslado de régimen pensional, precisó que, *quien reclama la indemnización de perjuicios debe demostrarlos*, concluyendo en el caso lo siguiente:

### **“1.3. Sobre la indemnización de perjuicios**

**La Sala no accederá a esta pretensión, en la medida en que no existe en el expediente prueba cierta sobre los perjuicios ocasionados a la accionante, de la cual pueda derivarse una condena indemnizatoria.** (Negrillas y subrayas de la Sala)

Igualmente, para analizar, eventualmente, la procedencia de los perjuicios, se requiere que estén definidos el derecho pensional y su monto, así se concluyó por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL731 de 2020: “con relación a la no concesión de la indemnización de perjuicios que petitionó en la demanda por daño emergente y que considera que corresponde al valor de las mesadas pensionales dejadas de percibir dentro del régimen de prima media, desde el 1° de octubre de 2009 hasta la fecha de traslado de los aportes, **no resulta procedente en los términos solicitados, habida cuenta de que el derecho pensional ni el monto del mismo quedaron definidos en el régimen de prima media, como se advierte de la condena impuesta a COLPENSIONES.**” (Subrayas y negrillas de la Sala).

**PRESCRIPCIÓN.** - Tiene decantado la jurisprudencia, en forma pacífica y reiterada, que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, no así las mesadas pensionales

Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1688-2019, ya referenciada:

### **“3.1. Excepción de prescripción**

*La parte accionada argumenta que desde la fecha en que la actora conoció su situación hasta aquella en que propuso la demanda, transcurrió el término prescriptivo de 3 años consagrado en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.*

Sobre el particular, **la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.**

*En efecto, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.*

*Dicho de otro modo: no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración. De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.*

*En torno al punto, esta Corporación en la sentencia CSJ SL 8397, 5 jul. 1996, reiterada en CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347, 6 sep. 2012 y CSJ SL12715-2014, sostuvo que «la acción para obtener la decisión judicial declarativa de que un hecho ocurrió de una determinada manera jamás se extingue por prescripción». De acuerdo con dicha providencia no es «aceptable sostener que el sistema legal cierre la posibilidad jurídica de que judicialmente se reconozca después de cierto tiempo la existencia de un hecho del cual dependan consecuencias legales».*

***Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de «ineficacia», en la medida que dicha consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.***



Conforme lo explicado, **los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales** y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adocinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con **la afiliación**, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión».

Hay que mencionar que así como la declaración de ineficacia es imprescriptible, los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación. En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable, premisa que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable). En este sentido, la jurisprudencia del trabajo ha sostenido que el derecho a la pensión o a obtener su valor real, puede ser justiciado en todo tiempo (CSJ SL8544-2016).

Además de lo expuesto, considera la Corte que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión. Esta misma postura, fue expuesta por la Sala en reciente providencia CSJ SL1421-2019.

Por consiguiente, para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo, 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, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).

Por último, **es oportuno mencionar que si bien el derecho a demandar la ineficacia del traslado y la pensión o su valor real, es imprescriptible, sí lo son las mesadas pensionales no reclamadas dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad**, conforme lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Sin embargo, en este caso ninguna mesada se extinguió, en la medida que entre la fecha de exigibilidad y la presentación de la demanda inicial, no transcurrieron 3 años.”

**ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.** - En el caso que se estudia por vía de **CONSULTA**, obran como pruebas las siguientes:

- 1.- Certificado de información laboral (folio 12 a 15).
- 2.- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la demandante (folio 16).
- 3.- Copia de respuesta de Colpensiones del traslado (folio 17).
- 4.- Copia de respuesta de Colpensiones del traslado negando solicitud (folio 18)
- 5.- Historia laboral consolidada de la demandante, expedida por PORVENIR (folios 19 a 25).
- 6.- Documentos incorporados por porvenir visibles en folios; informe de asociación a Porvenir, copia de asofondos, copia del bono pensional, historia laboral, relación histórica del movimiento en Porvenir y copia de comunicados de prensas. (90 a 148).

**INTERROGATORIO A LA SEÑORA TERESA MARTÍNEZ VALENCIA.** - En síntesis, expresó lo siguiente:

- Que trabajó en el hospital de Buenaventura como Secretaria de nutrición y dietética, que las citaron a una reunión porque les estaban cancelando los seguros, en dicha reunión les dijeron que serían vinculadas pero que nunca le manifestaron a que régimen pensional serían vinculadas; les dijeron que firmando un papel les solucionaban el problema, que en cualquier entidad serían atendidas, dicha reunión duró 10 min, que les entregaron la hoja donde tenían que firmar, luego de firmar dicha hoja, se acaba la reunión.
- Que en ningún momento le aclaran la situación, a los 2 años ella sale del hospital y se fue a Italia, con la tranquilidad de que seguiría pagando su pensión en Colombia, que al momento de regresar a Colombia procedió a pagar su pensión a Colpensiones y ya no podía.



- *Acude al Hospital donde anteriormente laboró y le dicen que ella está en Porvenir, dice que no sabía que existía y pide la dirección y se dirige a dicho lugar y es allí donde le explican que la habían pasado y fue ahí donde le dijeron que al momento de la reunión que ellas firmaron una hoja, accedían a pasarse a Porvenir y dijo que no quería estar en Porvenir por el hecho de ser privado.*

En el caso que se estudia por vía de **CONSULTA**, se advierten estos temas puntuales:

**I.- NULIDAD E INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.-** En cuanto a este tema, contrario a lo alegado por la apoderada de Colpensiones, es pertinente anotar, como lo ha decantado la jurisprudencia<sup>15</sup> y quedó plasmado en párrafos precedentes, siempre ha existido ese deber de información por parte de las AFP, desde su creación, destacándose que el simple consentimiento informado en el formulario de afiliación no es suficiente, se requiere la prueba de ese consentimiento debidamente informado, carga que recae en la AFP, toda vez que conforme al fundamento fáctico de la demanda, no le es dable a la parte actora acreditar un hecho que se sustenta en una negación indefinida, de cara a lo establecido por el artículo 167<sup>16</sup> del CGP, aplicable por remisión en materia laboral, según lo previsto por el artículo 145 del CPTSS.

Adicionalmente, debe anotarse que no existe ninguna prueba que acredite la existencia de libertad informada en el traslado de régimen de la actora al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, como lo previene la jurisprudencia, ni mucho menos, que se les hubiere informado sobre las implicaciones graves que tenía el trasladarse de régimen pensional. Es más, el interrogatorio corrobora lo dicho en la demanda, respecto a que no fue informada sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, **correspondiéndole a PORVENIR S.A. la carga de proporcionar la información de manera completa y comprensible, atendiendo el deber del buen consejo como especialista en estos temas.**

Ahora, no se puede dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, la carga de la prueba no debe estar en la parte débil de la relación contractual, de modo que es la administradora del Fondo de Pensiones, la que tiene una posición de profesionalismo, experticia y control de operación, en consecuencia, es la llamada a demostrar que en realidad entregó a la afiliada, una información completa, veraz y suficiente, sobre los efectos del traslado de régimen de pensiones.

No debe perderse de vista que, acorde a los lineamientos jurisprudenciales, le correspondía entonces a PORVENIR S.A. informar las diferentes alternativas e inconvenientes del Régimen de Ahorro Individual, llegando incluso “a *desanimar a los interesados de tomar una opción que claramente le perjudica*”, lo que no se evidencia de la prueba obrante y permite vislumbrar que dicha afiliación fue solo la venta de un servicio, el cual se ofreció mostrando solo lo que a PORVENIR S.A. le interesaba y

<sup>15</sup> CSJ SL 881 DE 2020 M.P. Dolly Amparo Caguasango (Rad No.70247) y SL4426-2019.

<sup>16</sup> “Los hechos notorios y las afirmaciones o **negaciones** indefinidas no requieren de prueba”.



para materializarlo, omitió enterar a los demandantes de las consecuencias desfavorables que le acarrearía esa decisión, al momento de pensionarse bajo ese régimen.

De cara a lo anterior, se itera, estaba en cabeza de PORVENIR S.A. la carga de la prueba, entidad sobre la que gravita el deber de suministrar la información, teniendo presente que la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil, no solo por ser a quienes se atribuye el incumplimiento de la obligación de proporcionar información veraz y suficiente, previa al traslado y consecuente afiliación de la demandante, sino por lo denominada *carga dinámica de la prueba*<sup>17</sup>, asignada a quien tiene mayor facilidad de acceder a los medios para acreditar el hecho extrañado, dada su proximidad a la prueba y condiciones técnicas e institucionales, que en este caso no es otra que PORVENIR S.A., contraparte llamada a demostrar que la información suministrada a la actora al momento de esa vinculación, fue veraz, oportuna y suficiente, con explicación de todo lo que implicaba estar en uno u otro régimen pensional, para que pudiera, de manera consciente y voluntaria, adoptar la decisión de trasladarse de régimen pensional.

Carga mínima que omitió PORVENIR S.A, pues no existe al interior del proceso prueba alguna que permita inferir lo contrario. Además, el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, emana de una responsabilidad de carácter profesional, que como ha recalcado esta Sala, ciñéndose a los parámetros del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, *“les impone el deber de suministrar al afiliado la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado”*.

Sobre este tópico, la SCL en la sentencia citada *SL17595 de 2017, rad 46292*, precisó: *“Aquí y ahora, se recuerda que no es dable argüir que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella 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*

<sup>17</sup>Módulo prueba judicial, análisis y valoración, escuela judicial, Rodrigo Lara Bonilla, autor Jairo Iván Peña: *“...corresponde a una doctrina que se introdujo con la finalidad de flexibilizar la rigidez en la que puede caer el juez al aplicar la carga de la prueba (Lépori White 2005: 60); en consecuencia, a partir de la dificultad para aplicar la carga de la prueba, el juez hace un análisis dinámico de cada situación, y en casos en que así lo determine, la carga de la prueba se traslada a la parte que se encuentra en condiciones de aportar los medios al proceso. La Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, la ha establecido en los siguientes términos “(...) el deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no lo haya alegado o invocado”.293.*

*La buena fe es uno de los principios en que se fundamenta la carga de la prueba, pues es una presunción y al mismo tiempo un deber, es decir, aunque se presume la buena fe tanto de los particulares como de las autoridades públicas, ante la facilidad de aportar una prueba a un proceso, la buena fe indicaría realizar dicho aporte. La lealtad se trata de un deber legal de las partes involucradas en una controversia, e implica una actuación sin subterfugios, ni ocultaciones, cuando una parte soporta la carga de la prueba. Y en tercer lugar, se fundamenta en el principio de solidaridad, como un valor que orienta el ordenamiento jurídico; ésta solidaridad es palpable en la carga de la prueba cuando se conmina a que quien pueda obtener más fácilmente una prueba está obligada a aportarla. Por lo anterior, se plantea un desplazamiento del onus probando hacia aquella parte que se encuentre en mejores condiciones técnicas, profesionales, de hecho o económicas para aportar las pruebas (Airasca 2005:135).*

*En otros términos, la carga dinámica implica un derecho de las partes involucradas en un proceso para que quien tenga la mayor facilidad de probar un hecho, lo haga, para proteger a la parte más débil en el litigio. Está fundamentada en la determinación de la verdad, pues se trata de una carga procesal impuesta por el ordenamiento jurídico a una de las partes en consideración a sus particulares condiciones (técnicas, científicas, institucionales etc.) y su proximidad con respecto a la prueba, para que se aporte.*

*Cuando el sistema jurídico impone a una determinada parte la carga de la prueba, en estos términos reconoce una desigualdad yacente entre las partes, debido a los distintos niveles de formación o tecnificación de las mismas, o a la facilidad de la cual dispone una de las partes para procurar la prueba.*

*Así, se reconoce que existe una desigualdad material entre las partes involucradas en un litigio y se pretende subsanarla. El interrogante que debe formularse para determinar a quién corresponde la carga de la prueba es del siguiente tenor: ¿a quién le queda más fácil probar el hecho? Y se trata de determinar en cada caso cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para suministrar los medios probatorios a partir de los cuales se establezcan los hechos procesalmente relevantes.*

*La doctrina argentina en esta materia asume que tiene el deber de probar quien se halle en mejor condición profesional o técnica de hacerlo; quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba; quien se encuentre en mejores condiciones para producir la prueba; la parte que posee un conocimiento directo de los hechos; y quien afirme hechos anormales (Lépori White 2005: 70)” (SIC) (Ver sentencia de mayo 18 de 2016 Tribunal Superior de Bogotá Exp. 03-2014-00641-01 MP Diego Roberto Montoya Millan).*



**correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.**  
(Negrillas y subrayas de la Sala)

**II.- CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.-** Conforme a lo anotado, ante la ineficacia del traslado de régimen de pensiones, se impone para la AFP PORVENIR S.A., **la devolución al sistema, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, .( CSJ SL7595 de 18 de octubre de 2017. Rad No. 46.292<sup>18</sup>), incluyendo los gastos de administración y comisiones, con cargo a sus utilidades.** (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y SL4360 de 2019. R. 68852).

En cuanto al aspecto alusivo a la incidencia en la sostenibilidad financiera del sistema pensional, alegado por Colpensiones, bajo el argumento que lo reportado al RAIS es inferior a lo que correspondería en el RPM, debe precisarse que esa circunstancia no se erige como una razón que impida la declaratoria de ineficacia del traslado de fondo de pensiones, toda vez que, como se analizó, tal decisión deriva del hecho probado de la no acreditación del consentimiento informado, que genera la ineficacia del traslado, es decir, volver las cosas al mismo estado, como si no hubiese existido afiliación.

Es más, con la decisión de ordenar la devolución al sistema de los aportes con sus frutos, rendimientos y comisiones, se está garantizando la sostenibilidad del sistema pensional, sobre la cual precisó la Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, que no podrá desplazar el alcance de los derechos fundamentales, siendo necesario deslindar su dimensión prestacional de su aspecto verdaderamente fundamental; al respecto plasmó lo siguiente:

<sup>18</sup> “Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

*Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*

*“En el sub lite, la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciera la administradora de régimen de prima media al que retorna.*

**“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.**

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora 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 del artículo 963 del C.C.*

*“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.*

*“Los derechos pensionales en adelante debe reclamarlos el actor ante quien acredite tenerlos.*



“De lo expuesto bajo el numeral 4.5.3. *supra* la Corte deduce que la sostenibilidad financiera del sistema pensional está enmarcada por una serie de principios constitucionales atados a la concepción misma del Estado Social de Derecho que logran, nunca desplazar, pero sí reducir el alcance de los diversos derechos fundamentales, a través de un ejercicio de ponderación entre las garantías constitucionales enfrentadas.

**4.5.5.** En el anterior orden, en el campo de la seguridad social, si bien la jurisprudencia ha admitido el carácter fundamental de dicho derecho, la ponderación de esta frente al principio de sostenibilidad financiera del respectivo sistema permite señalar que, si el referido derecho no se afecta en su núcleo duro o esencial, este debe ceder ante la necesidad de garantizar un sistema financieramente sostenible fundado en la solidaridad y que garantice la universalidad a través de una mayor cobertura. Así, recordando que la jurisprudencia ha establecido que el núcleo esencial de un derecho fundamental está definido por *“esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Y, en sentido negativo debe entenderse el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental”* (ver *supra* 4.4.5.3.), **la Corte advierte que para definir el núcleo esencial de la seguridad social es necesario deslindar su dimensión meramente prestacional de su aspecto verdaderamente fundamental.**”

**III.- PROCEDENCIA DE CONDENA EN PERJUICIOS.** - En el asunto examinado no obra ninguna prueba que demuestre la causación de perjuicios a la actora, por lo tanto, no hay lugar a condenar a su pago, ya que como se dijo, tratándose de una pretensión indemnizatoria, le corresponde a quien la reclama, acreditar el perjuicio que reclama, debiendo quedar determinado claramente en el régimen de prima media, el derecho pensional y su monto.

**IV.- PRESCRIPCIÓN.** - No hay discusión alguna sobre la imprescriptibilidad de la acción encaminada a obtener la ineficacia de traslado en el régimen pensional, como lo precisó el *a-quo*. Tampoco hay lugar a la prescripción, que eventualmente cobijaría a las mesadas pensionales causadas 3 años anteriores a la demanda, como quiera que, en este caso, si bien la demandante, en principio, tiene causado su derecho pensional desde los 57 años, sea decir desde el 15 de julio de 2017, para la fecha de presentación de la demanda que fue en el año 2019, no habían transcurrido más de tres (3) años. De otra parte, no se tiene precisión sobre el cumplimiento del otro requisito que permite la consolidación del derecho pensional, que es el de las semanas cotizadas, lo que debía quedar determinado en el régimen de prima media. Desde esta óptica fue acertada la sentencia de primera instancia en cuanto declaró no probada esta excepción.

**CONCLUSIÓN.** - Siendo inadmisibles las alegaciones de Colpensiones, avizora la Colegiatura que la decisión que se revisa, de cara a las consideraciones planteadas, deviene acertada, por lo tanto, la ineficacia del traslado de régimen pensional genera las consecuencias que dieron lugar a las órdenes contenidas en la sentencia de primera instancia, respecto de PORVENIR Y COLPENSIONES. Por ello, se confirmará la sentencia consultada.

## VI.- EL FALLO DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, **LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE QUIBDÓ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,



## RESUELVE:

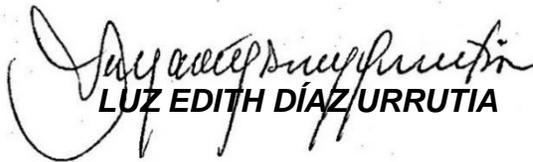
**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia No. 005 del 30 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Quibdó, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO.-** Reconocer personería a la Doctora MÓNICA PATRICIA COSSIO RENTERÍA, como apoderada sustituta de la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERÍA S.A.S., apoderada general de COLPENSIONES, conforme al mandato otorgado en marzo de esta anualidad.

**TERCERO.-** Sin costas en esta instancia. Fenecida la misma, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados<sup>19</sup>,

  
**LUZ EDITH DÍAZ URRUTIA**



**JHON ROGER LÓPEZ GARTNER**



**DIEGO JUAN JIMÉNEZ QUICENO**

<sup>19</sup> Firma escaneada Decreto 491 de 2020, artículo 11. Acuerdo PCSJA20-11517 Y OTROS Y PCSJA20-11567, mediante los cuales el Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos judiciales y adoptó otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor, por haberse visto afectado el país con casos de la enfermedad denominada COVID-19, catalogada por la Organización Mundial de la salud como una Pandemia, emergencia de salud pública de impacto mundial, entre ellas el trabajo en casa y el uso de herramientas tecnológicas de apoyo.