

CONSTANCIA SECRETARIAL: Vencido el término de traslado dispuesto en la lista fijada el 02 de febrero de 2023, Porvenir S.A., Colpensiones y la parte demandante remitieron en término los alegatos de conclusión, como se aprecia en los archivos 05, 06 y 07 de la carpeta de segunda instancia.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

Sin necesidad de firma Art. 2, inc. 2 Ley 2213 de 2022 y art. 28 Acuerdo PCSJA20-11567

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cagua

Demandados: Colpensiones y Porvenir S.A

Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Acta No. 056 del 13 de abril de 2023

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, adoptado como legislación permanente por medio de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN, como ponente, y OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA, y el Magistrado GERMÁN DARIO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **CARLOS FRANCISCO COLMENARES CACUA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cagua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta dispuesta en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y los recursos de apelación presentados por las codemandadas, en contra de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira. Para desatar la apelación se tiene en cuenta lo siguiente:

1. La Demanda y la contestación de la demanda

Pretende el promotor del litigio que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) que realizó a través de Porvenir S.A, y en consecuencia se condene a esta AFP, a liberarlo de sus bases de datos y a trasladar sus cotizaciones a COLPENSIONES, así como a esta última a recibirlo nuevamente como afiliado cotizante. Por último, deprecia que se condene a Porvenir S.A al pago de las costas procesales.

En sustento de lo pretendido, relata, en síntesis, que nació el 27 de octubre de 1963; que el 19 de enero de 1987 se afilió por primera vez al régimen de prima media con prestación definida, en donde continuó cotizando hasta septiembre de 1995, toda vez que el 4 de septiembre de 1995 suscribió formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A bajo la promesa de que allí se le reconocería una pensión más alta o la devolución del saldo de su cuenta de ahorro individual, incluido el valor del bono pensional.

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cagua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

Agrega que el asesor de la mencionada AFP le comunicó que debía trasladarse porque el Seguro Social estaba próximo a desaparecer y sus aportes estarían en riesgo de desaparecer, sin informarle las posibles desventajas que podría acarrear el trasladarse de régimen.

Añade que, al querer retornar al RPM, Colpensiones el 14 de julio de 2021 le negó su solicitud de traslado argumentando que se encontraba a menos de diez años para pensionarse.

La **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señalando que como el actor, al momento de expedirse la ley 100 de 1993, tenía la posibilidad de coger cualquiera de los dos regímenes, su afiliación al RAIS tiene plena validez y es él quien tiene que acreditar que la información suministrada por la AFP fue equivocada o engañosa, en razón a que no se evidencia algún engaño por parte de Porvenir S.A y su voluntad ha sido permanecer por más de 26 años en el fondo privado. Agregó que como al actor le faltan menos de 10 años para pensionarse y no contaba con 750 semanas de cotización al 01 de abril de 1994, no es procedente aceptar su retorno al RPMPD. En ese orden como medios exceptivos de mérito formuló: "*validez de la afiliación al RAIS*", "*saneamiento de una presunta nulidad*", "*solicitud de traslado de dineros de gastos de administración*", "*imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal*", "*buena fe: Colpensiones*", "*imposibilidad de condena en costas*", "*prescripción*" y "*declaratoria de otras excepciones*".

Por su parte, la AFP **Porvenir S.A**, argumentó que la vinculación del demandante fue completamente válida desde el punto de vista legal, toda vez que el formulario de afiliación contiene los requisitos mínimos contemplados en la normatividad de la época, adicional a lo cual los asesores encargados de promover

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cagua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

las afiliaciones le informaban a los potenciales afiliados las características propias de cada régimen, sin que para dicho momento fuese una obligación de mantener constancia escrita de las asesorías o de realizar proyecciones financieras. De acuerdo a ello, invocó como excepciones mérito las que denominó "*validez y eficacia de la afiliación del demandante al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento*", "*inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS*", "*inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS*", "*prescripción*", "*buena fe*" e "*innominada o genérica*".

2. Sentencia de primera instancia

La jueza de primera instancia declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el señor CARLOS COLMENARES CACUA el 4 de septiembre de 1995 y, en consecuencia, le ordenó a PORVENIR S.A girar a Colpensiones la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, así como restituir los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados. Concomitantemente, le ordenó a COLPENSIONES, que una vez cumplido lo anterior por la AFP, acepte sin dilaciones el traslado, sin solución de continuidad.

Por otro lado, dispuso comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que proceda a ejecutar todas las acciones necesarias para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que el demandante se trasladó de régimen pensional.

Por último, condenó en costas procesales a Porvenir. SA y en favor del actor en un 80%.

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacia
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

Para llegar a tal determinación la a-quo hizo un recuento legal y jurisprudencial respecto del deber de información a cargo de las AFP, la cual debía ser clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, carga que deben asumir desde la misma creación de los fondos con la expedición de la ley 100 de 1993.

En ese sentido, consideró, en síntesis, la AFP Porvenir S.A no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía en el proceso, tendiente a acreditar que llevó a cabo el deber de información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; ello en razón a que la sola suscripción del formulario de afiliación por sí sola no logra tal finalidad, a pesar de que en él exista una cláusula que refiera que la afiliación de la demandante fue libre, consciente y voluntaria, pues de ello no se logra extraer la calidad de la información que se le brindó.

Advirtió, que, del interrogatorio rendido por el actor, no sé logró tener ninguna confesión que permitiera concluir que el fondo sí cumplió con su deber de información, ya que la información que le dieron solo fue brindada por parte del personal de recursos humanos de la empresa en la que laboraba, eran estos quienes le suministraron el formulario para firmarlo, de manera que en ningún momento recibió información alguna proveniente de un asesor de la AFP.

Por lo dicho, concluyó que la decisión del actor no estuvo precedida de la comprensión suficiente ni el real consentimiento para llevarla a cabo, razón por la cual debía declararse la ineficacia del acto de traslado.

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta

La demandada Porvenir S.A, por medio de su apoderado judicial, solicita que se revoque la sentencia en su integridad y en su lugar se absuelva a la AFP, toda vez que, insiste que para el momento del traslado no era necesario dejar constancia escrita de la asesoría, adicional a lo cual el despacho de primera instancia no tuvo en cuenta las contradicciones en las que incurrió el actor en su interrogatorio con relación a los hechos de la demanda, últimos de los cuales, alega el recurrente, se desprende que el demandante tenía la información necesaria para tomar una decisión consciente, mientras que del interrogatorio de parte se desprende que la inconformidad es de índole económico.

En cuanto las cuotas de administración y primas de seguros previsionales, arguyó que, al ordenar devolverlas debidamente indexadas, se configuraría una doble condena y un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y un detrimento del patrimonio económico de Porvenir S.A., por lo cual citó la jurisprudencia emanada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca Sala Laboral en el proceso 2021-111, en la que se revocó la decisión de primera instancia, al colegirse que se configuraba como una segunda condena.

Por último, puso de presente que la entidad ha actuado bajo los parámetros de la buena fe, que el accionante en ningún momento acudió a los canales de atención para requerir información que permitiera aclarar sus dudas respecto a las diferencias entre el RAIS y el RPM y que la ineficacia solo la puede declarar un juez, razón por la cual, solicita sea igualmente revocada la condena en costas.

Por su parte, Colpensiones en su alzada, argumentó que el demandante realizó su traslado conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, es decir, de manera

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

libre y voluntaria, lo cual se acredita con la firma que reposa en los formularios que suscribió. Agregó que el actor ha permanecido de manera voluntaria durante más de 20 años en el RAIS y en ningún momento ha acudido a los canales de atención para conocer las características de cada régimen, siendo inadmisibles que solo en el momento en que estaba próximo a hacerse acreedor de su derecho pensional solicitara el retorno al RPM, lo cual significaría una afectación a la estabilidad financiera del sistema general de pensiones.

4. Alegatos de conclusión

Analizados los alegatos presentados por ambos extremos de la litis, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresará más adelante. El Ministerio Público no conceptuó en esta instancia procesal.

5. Problemas jurídicos por resolver

De acuerdo con los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia, los fundamentos de la apelación y los alegatos de conclusión, le corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. Establecer si para el momento en que la parte actora efectuó el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, existía normatividad vigente que obligara a la entidad administradora de pensiones a brindarle al potencial afiliado información suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen.

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cagua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

2. Definir si para dar por cumplido el deber de información de las AFP es suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación.

3. Determinar la carga probatoria que les corresponde a cada una de las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales.

4. Analizar si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de la AFP demandada, la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.

5. Establecer si se debe ordenar a las AFP demandada la devolución, con cargo a sus propios recursos los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales a Colpensiones.

6. Concluir si la prohibición señalada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, es atendible en aquellos eventos donde se discute la ineficacia del traslado de régimen pensional.

7. Establecer si hay lugar a exonerar en costas a Porvenir S.A.

6. Consideraciones

6.1. Precedente vertical: la tesis de la Corte Suprema de Justicia respecto al tema de la ineficacia del traslado constituye doctrina probable

En la actualidad existe **doctrina probable** respecto a la ineficacia de los

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

traslados de regímenes, por cuanto la Sala de Casación Laboral ha proferido sobre el tema un número considerable de sentencias (más de 40), entre otras, las siguientes:

SL 31989 del 9 sep. 2008, SL 31314 9 sep. 2008, SL 33083 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, Sentencia SL 373 -2020, Sentencia SL 5462-2019, Sentencia SL149-2020, Sentencia SL5533-2019, Sentencia SL5144-2019, Sentencia SL4937-2019, Sentencia SL4426-2019, Sentencia SL4343-2019, Sentencia SL4856-2019, Sentencia STP 2082-2019, Sentencia SL4360-2019, Sentencia SL3852-2019, Sentencia SL3749-2019, Sentencia SL3179-2019, Sentencia SL1838-2019, Sentencia SL2817-2019, Sentencia SL771-2019, Sentencia SL4296-2018, Sentencia SL2865-2019, Sentencia SL2955-2019, Sentencia SL2324-2019.

En términos generales, en todas estas sentencias se determinó *i)* el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, *ii)* la procedencia de la ineficacia del traslado, *iii)* la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Todos los problemas jurídicos planteados en este asunto, fueron objeto de estudio por parte de la Sala de Casación Laboral, de modo que basta referirnos a su precedente para dar respuesta a los mismos, como veremos a continuación.

6.2. “El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación¹”

¹ Título tomado de la sentencia del 8 de mayo de 2019SL 1688-2019, Radicado 68838, con Ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cagua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

Dado que las Administradoras de Fondos de Pensiones son organismos profesionales, resulta aplicable el artículo 1604 del Código Civil, según el cual la prueba de la debida diligencia y cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, atendiendo a las siguientes razones:

- 1)** Las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen deberes de carácter profesional con sus afiliados y con los consumidores del mercado potencial en general. Además, sus actividades se encuentran reguladas por el Decreto 663 de 1993², norma en la que se destaca la importancia de los principios de debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.
- 2)** Adicionalmente, se tiene previsto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.
- 3)** Dispone el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores y servidores públicos que se trasladen por primera vez del RPM al RAIS, 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.
- 4)** En numerosas sentencias del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, se ha establecido que no puede argüirse que existe una manifestación

² Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que el traslado de régimen pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica o con la suscripción de un formato; 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."

- 5)** Con sustento en lo anterior, es evidente que en todos los casos en que un afiliado ponga en cuestión la falta de información veraz, oportuna y completa de las incidencias del cambio del régimen pensional, y bajo tal premisa persiga la ineficacia de su traslado, la defensa de la AFP demandada debe encaminarse a demostrar, bajo los medios probatorios a su alcance, que cumplió con el deber de buen consejo al transmitirle al afiliado toda aquella información que resultaba relevante para que tomar una decisión de tal trascendencia.

Dicho deber, como lo ha enseñado la Corte, es exigible desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación a la administradora, pues el sistema pensional, del que obviamente son protagonistas de primer orden las Administradoras de Fondos de Pensiones, se supone que actúan mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que tienen la obligación de brindar información confiable a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Ello así, también ha dicho el órgano de cierre de la especialidad laboral, que las AFP demandadas se encuentran en una situación de ventaja que les permite

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
 Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
 Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

aportar las evidencias respecto a si se le brindó al afiliado la información cierta, suficiente, comprensible y oportuna a la hora de convencerlo de trasladarse de régimen.

Ahora bien, como quiera que uno de los argumentos de la defensa de las AFP es que la normatividad del deber de información se ha venido dando paulatinamente, vale la pena citar la sentencia del 8 de mayo de 2019 SL 1688-2019, Radicado 68838, con Ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se hace un didáctico recuento histórico de las normas que rigen la actividad de los Fondos de Pensiones privados, dividiéndolo en 3 etapas, de cuyo análisis se llega a la conclusión de que a las AFP les compete, desde su creación, el deber de suministrar una información **necesaria y transparente**, que con el transcurrir del tiempo esta exigencia cambió, pasando de un deber de información necesaria al de **asesoría y buen consejo**, y finalmente al de **doble asesoría**, explicando en qué consiste cada uno de esos conceptos. Dicho recuento histórico, se compendia de la siguiente manera:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<p><i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</i></p> <p><i>Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</i></p> <p><i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i></p>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
 Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
 Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: 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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

6.3. “El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado”³

El segundo problema jurídico relativo al valor probatorio de los formularios de afiliación, fue abordado en la sentencia a la que venimos haciendo referencia, en el sentido de que los formularios de afiliación a lo sumo acreditan un consentimiento, **pero no informado**, tal como se expresa a continuación:

“Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

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. (...)

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,

³ Título tomado de la sentencia del 8 de mayo de 2019SL 1688-2019, Radicado 68838, con Ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A
comprensible y oportuna”.

Tal como se dijo en precedencia, el tema de la suscripción del formulario de traslado como única prueba para desvirtuar la negligencia en la remisión de información al afiliado, ha sido analizado en múltiples fallos de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, de cuyo contenido queda claro además que la suscripción de varios formularios de afiliación dentro del mismo RAIS⁴, tampoco es suficiente para declarar eficaz el primer traslado si de todas maneras no se demuestra que al interesado o interesada se le brindó la información suficiente y clara respecto a las ventajas y desventajas del cambio de régimen. Entre estas sentencias, está la providencia CSJ SL12136-2014 en la que se dijo lo siguiente:

“De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

6.4. Los actos de relacionamiento, reasesorías, falta de retorno al RPM en el tiempo estipulado por la ley, publicaciones de prensa y extractos de la cuenta de ahorro individual no desestiman la ineficacia por la falta de información al momento del traslado al RAIS.

⁴ Con lo que se descarta igualmente la tesis que alude a los “actos de relacionamiento” para desestimar la ineficacia por la falta de información al momento del traslado al RAIS.

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

Además de lo anterior, ha precisado el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021) que la suscripción de varios formularios de afiliación dentro del mismo RAIS, tampoco es suficiente para declarar eficaz el primer traslado si de todas maneras no se demuestra que al interesado o interesada se le brindó la información suficiente y clara respecto a las ventajas y desventajas del cambio de régimen, en tanto el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas, al respecto en la sentencia SL 5688 de 2021⁵ que memora la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 expuso:

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En este orden de ideas, en la sentencia CSJ SL 5686 de 2021⁶ traída a colación en la CSJ SL1926-2022⁷ añadió:

“Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún

⁵ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL5688 de 2021, rad. 83576 del 6 de octubre de 2021. M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

⁶ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL5686 de 2021, rad. 82139 del 6 de octubre de 2021. M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

⁷ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL1926 de 2022, rad. 89920 del 27 de abril de 2022. M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021”.

Posteriormente, la sentencia CSJ SL1055 de 2022⁸ recogió además las posturas contrarias establecidas por las Sala de Descongestión de la Corte en las providencias CSJ SL249-2022 y SL259-2022, y en su lugar ratificó:

“los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad”

Igual cosa se ha predicado de las reasesorías posteriores dadas al interior de las AFP, las cuales tampoco convalidan el traslado, como quedó dicho en la citada sentencia del 8 de mayo de 2019 SL 1688-2019, así:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

⁸ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL1055 de 2022, rad. 87911 del 2 de marzo de 2022. M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas, ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección”.

Finalmente, en el mismo sentido se ha pronunciado el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, respecto a las publicaciones de prensa y

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

extractos de la cuenta de ahorro individual, en este orden en la sentencia CSJ

1618-2022⁹ precisó:

“Respecto a las citadas publicaciones así como frente a los extractos de cuenta de ahorro individual que se remitieron a la demandante y la información en ellos contenida, a los que se hizo referencia en la declaración de parte por ella vertida en el proceso, es claro para la Sala que, aunque pueda ser de interés para el afiliado, por si solos no tienen la virtualidad de acreditar que la AFP cumplió con su obligación legal de información y su deber orientador, de manera permanente desde antes de vincular a la señora Gloria Pinilla Anzola”.

6.5. “De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado”¹⁰

El tercer problema jurídico relativo a la carga de la prueba en los procesos de ineficacia de traslado, también se resolvió por la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia hito, en la que se expresó que de conformidad al artículo 1604 del Código Civil *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* lo que quiere decir que la carga de la prueba recae en el fondo de pensiones. Dicha postura se ha mantenido invariable, y se reiteró de manera más contundente en la citada sentencia, así:

“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.

⁹ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL 1618-2022, radicado 87821 del 4 de mayo de 2022, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

¹⁰ Ibidem

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

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”.

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacia
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

**6.6. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado:
Devolución de las cuotas de administración y de otros valores
debidamente indexados.**

En la sentencia SL1421 de 2019, Rad. 56174, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, cuando se declaró la ineficacia del traslado, se dijo que una de las consecuencias de tal situación era la devolución de las cuotas de administración a cargo de la AFP, tema que se planteó en los siguientes términos:

“devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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:

[...]

“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.

Dicha postura fue reiterada en la sentencia SL 2611 del 1º de julio de 2020, también con Ponencia del Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA en la que se reafirma que, por cuenta de la ineficacia, las cosas deben retrotraerse al estado en que se

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

encontraban antes de ocurrir el traslado de régimen. Dijo la sentencia:

“Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, lo cual trae como consecuencia, que la accionante jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que Colfondos S.A. deberá devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, aspecto sobre el cual ya la Sala se ha pronunciado en oportunidades anteriores, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, ...”

De lo anterior queda claro, que la ineficacia de traslado no sólo acarrea, a cargo de la AFP, la devolución de las cuotas de administración sino de toda suma que se hubiere utilizado por ejemplo para los seguros previsionales y las cuotas de garantía de pensión mínima, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo.

6.7. Caso concreto

Se pretende por esta vía ordinaria que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad realizada por el señor Carlos Francisco Colmenares Caucua mediante formulario de afiliación el 4 de septiembre de 1995, dada la omisión de información clara y precisa, que ha debido brindarle la AFP Porvenir S.A, en orden a darle a conocer las condiciones y consecuencias de migración de régimen al trasladarse del RAIS al RPM.

De conformidad con jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las precitadas sentencias, según las voces del artículo 1604 del C.C., la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y,

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacia
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

en este tipo de asuntos, corresponde a la administradora de pensiones, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa al afiliado, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

Así pues, la negligencia en que eventualmente incurren tales administradoras de pensiones, al no suministrar la información adecuada y precisa al afiliado(a), recaerá en la eficacia del acto, dado que con la omisión o la defectuosa información se ha inducido en error al afectado(a). En curso del proceso la AFP demandada no cumplió con la carga que se le impone, esto es, **acreditar haber transmitido a la parte actora la información concreta y cierta, acerca de la implicación del traslado de régimen pensional.**

En realidad, mínimo la AFP tendría que haber dado la siguiente información:

- i)* Que, dependiendo del capital, puede pensionarse anticipadamente, esto es, antes de la edad mínima para la pensión de vejez.
- ii)* La posibilidad para sus herederos de hacerse a la devolución de saldos, en caso de que no existieran beneficiarios para la pensión de sobrevivientes.
- iii)* La devolución total del saldo en caso de no alcanzar a reunir el total de los requisitos legales para optar al beneficio pensional.
- iv)* Tener la posibilidad de la pensión de vejez habiendo cotizado el mínimo de semanas requeridas a pesar de no reunir el capital suficiente para el financiamiento de la prestación económica.
- v)* La posibilidad de que el reconocimiento de la pensión de vejez, una vez reunido los requisitos, se haga pronto.
- vi)* La posibilidad de que sus aportes se conviertan en patrimonio sucesoral en un caso dado.
- vii)* El hecho de que el afiliado es el único titular de la cuenta de ahorro individual en contraste con el fondo público cuyos ahorros hacen parte de un fondo común.
- viii)* Los rendimientos financieros que le generen sus aportes abonados sobre el saldo de su cuenta de ahorro individual; y,
- ix)* La posibilidad de seleccionar entre variadas modalidades de pensión, cuya ilustración resultaba vital, pues debió advertírsele en qué consistía

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

cada una, así: La modalidad de renta vitalicia inmediata, la cual le quita la posibilidad de que los saldos de su cuenta de ahorro individual se conviertan en masa sucesoral, pero le garantiza una pensión de por vida. La modalidad de *retiro programado* la cual tiene la desventaja de que una vez se termine el saldo en la cuenta de ahorro individual, si supera la expectativa de vida tenida en cuenta por la AFP, se queda sin pensión de vejez durante los años posteriores. La modalidad de retiro programado con renta vitalicia, que combina las dos anteriores.

La AFP convocada al proceso afirma en su contestación de la demanda y en su alzada que brindó la información seria y veraz que para la época era jurídicamente pertinente a la parte demandante sin que se precise en qué consistió tal cosa, ni allegó algún documento contentivo de la información o asesoría que brindó. Ello sería suficiente para concluir, que efectivamente la información que recibió la parte actora fue inexistente en el momento en que llevó a cabo el traslado, pues como se vio en el precedente jurisprudencial, para la fecha de la creación de las AFP existían normas en el código civil y en el estatuto financiero que obligaban a los fondos a brindar una asesoría adecuada de cara a lo que consistía el nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo menos en los puntos que se acaban de esbozar.

Ahora, lo cierto es que Porvenir S.A, como prueba del cumplimiento del deber de información, practicó interrogatorio de parte al actor, con el fin de demostrar que le brindó la información seria y veraz que, para la época, era jurídicamente pertinente, de cuya declaración, la Sala considera que no se logró desvirtuar la poca información recibida, antes bien, indicó que en ningún momento tuvo contacto o entabló comunicación con algún asesor perteneciente a la AFP Porvenir S.A, sino que fue el personal de recursos humanos quienes le suministró los formularios de afiliación que firmó, obedeciendo a que le dijeron que era lo mejor por lo que podía optar. Reseñó que al pertenecer a la misma empresa, sus traslados se dieron

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

siempre en estas mismas condiciones, es decir que firmó los formularios sin realizar cuestionamientos y sin recibir asesoría.

Cabe recalcar que del interrogatorio rendido por el demandante, jamás se obtuvo confesión de que se le hubiere brindado una explicación pormenorizada e individualizada de los pros y contras de su determinación de cambiar de régimen o de las características entre uno u otro régimen, y, la documental aportada no da cuenta de las circunstancias que rodearon el momento del traslado o de la información recibida por el actor, que contrario a lo afirmado por las partes pasivas de la litis, se evidencia la ausencia en su totalidad.

En este punto, de cara a lo expuesto por Porvenir S.A en su apelación respecto a las contradicciones entre lo manifestado en la demanda y las respuestas brindadas por el demandante en el interrogatorio de parte, debe decirse que, ni de la demanda ni de la declaración del actor ante la jueza de primera instancia, se desprende confesión por parte del actor que permita concluir que su traslado estuvo acompañado de un real consentimiento informado, pues lo afirmado en los hechos del escrito introductorio se evidencia parcializado frente a las posibles ventajas del RPM, debiéndose considerar además que, al haber suscrito el actor dos formularios de afiliación a Porvenir S.A. y uno a Horizonte, de la forma en que se le plantearon las preguntas en el interrogatorio, no es posible determinar con certeza a cuál de estas tres oportunidades se refería.

Por otra parte, frente al argumento de la AFP según el cual la motivación del demandante para retornar al RPM es meramente económica, de ser así, esto de ningún modo desvía el origen de la litis, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo, el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados.

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

En cuanto a las condenas impartidas a cargo de Porvenir S.A, se dirá que de conformidad con las sentencias SL1421 de 2019 y SL 2611 de 2020, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, previamente citadas, es su deber trasladar a Colpensiones los gastos de administración, debidamente indexados, cancelados por la parte actora en razón a que los mismos fueron el resultado de una conducta indebida al momento del traslado, de modo que no pueden permanecer en sus arcas sino retornar al régimen de prima media.

Bajo esa misma perspectiva también resulta viable la orden a Porvenir S.A de reintegrar a Colpensiones, además de los respectivos rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual, los valores utilizados en seguros previsionales, las cuotas de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, sumas todas que deben pagarse debidamente indexadas con cargo a los recursos de la AFP.

Adicional a lo indicado, atendiendo el argumento de PORVENIR S.A según el cual se incurre en un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones, en detrimento de las AFP al ordenar que se devuelvan los gastos de administración, debe decirse que como en materia laboral no existe una norma expresa que regule esta figura, en aplicación del principio de integración normativa, previsto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debe acudirse a lo señalado en el artículo 831 del Código de Comercio, que dispone que «Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro», y, de acuerdo a la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Civil el enriquecimiento sin causa se da solo cuando el desplazamiento patrimonial otorga una ventaja a una parte en detrimento de otras sin fundamento jurídico que lo justifique, supuestos que en este caso no se cumplen, en la medida que si bien la AFP debe trasladar los valores

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

cobrados por gastos de administración, dicho traslado de recursos sí tiene un fundamento jurídico que no es otro que la declaratoria de ineficacia de la afiliación y las consecuencias de crear la ficción de que el acto nunca existió, lo cual implica que, si no existió no pudo haber descontado una suma por administrar los aportes.

En este punto es oportuno recordar que la Corte Constitucional en sentencia SU-053-2015, ha definido el precedente judicial como *«la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo»* y, en tal sentido, el emitido por los máximos órganos de cierre, *“guardan una estrecha relación con el derecho a la igualdad, garantía constitucional que le permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes, aunado al carácter ordenador y unificador de las sentencias de casación, en tanto aseguran una mayor coherencia del sistema jurídico, seguridad, confianza y certeza del derecho”* (STL4759-2020).

De cara a lo expuesto con anterioridad, no es viable apartarse del precedente que ya ha sido sentado por la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral en cuanto a la ineficacia del traslado, sobre la base de que vulnera el principio de sostenibilidad financiera, pues dicha afirmación carece de respaldo probatorio y se estructura sobre la base de un escenario incierto, fundado en que los montos trasladados serán insuficientes para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte del afiliado, máxime cuando el máximo órgano de cierre ha sentado que las ordenes emitidas en procesos de ineficacia de traslado en contra de la Administradora del Régimen de Prima Media no derivan en un detrimento patrimonial o económico, pues simplemente debe aceptar el traslado.

Ahora bien, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban al momento del traslado de régimen, es pertinente confirmar la orden de comunicar la decisión adoptada en

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de haber emitido el bono pensional, proceda con la anulación del mismo mediante trámite interno, aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 833 de 2016. Ello en razón a que no existe dentro del plenario prueba que acredite que el bono ha sido liquidado, emitido y cancelado por parte de esa cartera ministerial.

Finalmente, para mayor precisión, se encuentra procedente adicionar la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar igualmente ineficaces los traslados entre administradoras efectuados por el demandante mediante solicitud del 24 de enero del 2002 a Horizonte y del 23 de febrero de 2009 a Porvenir S.A., toda vez que, como accesorias al traslado de régimen efectuado ante esta última AFP el 04 de septiembre de 1995, siguen la suerte de lo principal.

Por último, respecto a la solicitud de la AFP Porvenir S.A., que no se le condene en costas, suficiente es con indicar, en primer lugar, que al haber existido controversia e incluso oposición frente al debate jurídico puesto en conocimiento de la Judicatura, conforme lo faculta el artículo 365 del CGP, hay lugar a condenar en costas a quien resulta vencido en la contienda y, en segundo lugar, por cuanto - contrario a lo expuesto en la censura- en la presente litis no quedó acreditado que se hubiese cumplido el deber legal de brindar al demandante la asesoría exigida en el momento en que se trasladó al RAIS, de ahí que se esté declarando la ineficacia del acto.

Ante el fracaso de los recursos de apelación, de conformidad con el artículo 365 del CGP, se condenará en costas procesales a Porvenir S.A y a Colpensiones a favor de la parte actora, las cuales se liquidarán por la secretaría del juzgado de

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cacua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A
origen.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Primera de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR para aclarar el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que, además de la ineficacia del acto de traslado suscrito ante PORVENIR S.A. el 04 de septiembre de 1995, también son ineficaces los traslados efectuados por el demandante mediante solicitud del 24 de enero del 2002 a HORIZONTE y del 23 de febrero de 2009 a PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a Porvenir S.A y a Colpensiones a favor de la parte demandante. Líquidense por la secretaría del juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

Radicación No.: 66001-31-05-004-2021-00285-01
Demandante: Carlos Francisco Colmenares Cagua
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A

Con firma electrónica al final del documento
ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPULVEDA

Ausencia Justificada

Con firma electrónica al final del documento
GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO

Firmado Por:

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

German Dario Goez Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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: **40e69c798bffb3b0fc1b3c7a4a75a7cefa0847ae78cc3558f35eee55ac22608a**

Documento generado en 14/04/2023 09:23:53 AM

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