

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso el demandante, Protección S.A. y Porvenir S.A presentaron alegatos de conclusión por escrito dentro del término establecido para tal efecto.

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.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
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 13 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 **Cristóbal Guillermo Romero en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y las Administradora de Fondos de Pensiones – Porvenir S.A, Protección S.A y Colfondos S.A**

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las codemandadas en contra de la sentencia proferida el 29 de julio de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira. Asimismo, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se revisará la decisión de instancia al haber sido adversa a los intereses de Colpensiones. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. La Demanda y la contestación de la demanda

El demandante busca que se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., a través de la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), el 28 de abril de 2000.

En consecuencia, procura que se declare válida y vigente la afiliación del señor Cristóbal Guillermo al RPM, y que dicha administradora está en la obligación de recibir y computar en la historia laboral del demandante, todos los aportes y demás emolumentos provenientes de la AFP Protección, Porvenir y Colfondos producto de la ineficacia de la afiliación. Además de lo anterior, pretende que se condene a las Administradoras de fondos privados al pago de las costas procesales y a remitir a Colpensiones todos los aportes, rendimientos y cuotas de administración e intereses cobrados por la AFP.

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

En sustento de lo pretendido, sostiene que estuvo afiliado al ISS entre 1978 y diciembre de 1994; expone que se trasladó al RAIS el 28 de abril de 2000, y estando en dicho régimen se trasladó a Colfondos el 21 de diciembre de 2001, y a protección el 01 de octubre de 2001. Narra que ninguna de las AFP le informó las condiciones que debía cumplir para acceder a una pensión en el RAIS, las modalidades existentes en dicho régimen, los riesgos o beneficios, el IBC que debía cotizar para reunir el capital suficiente para obtener una pensión anticipada o una pensión de vejez, aunado a que las demandadas en respuesta a derecho de petición le manifestaron que no tenían soporte de la información dada al momento del traslado.

Arguye que el 12 de diciembre de 2021, Colpensiones negó la solicitud de traslado.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones bajo el argumento de que en la acción no se demuestra engaño alguno que conlleve a declarar ineficaz el acto de traslado, y al momento de solicitar el traslado se encontraba inmerso en una prohibición legal. En esa medida, invocó como excepciones de fondo "*validez de la afiliación al RAIS*", "*aceptación implícita de la voluntad del afiliado*", "*Saneamiento de una presunta nulidad*", "*prescripción*", "*buena fe*", "*imposibilidad de condena en costas*" y "*declaratoria de otras excepciones*".

Por su parte, **Porvenir S.A** se opuso a lo pretendido por la parte demandante, señalando que no se presentó ninguna causal de ineficacia del acto

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

jurídico de afiliación del demandante al Fondo de Pensiones, advierte que para la fecha del traslado las administradoras del RAIS no tenían la obligación legal de realizar proyecciones financieras de las mesadas pensionales, ni debían dejar constancia escrita de las asesorías suministradas. Agrega que el demandante no puede retornar, en la actualidad, al RPM, de conformidad con la prohibición establecida en el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, debido a que ya cumplió con la edad requerida para pensionarse y no es beneficiario del régimen de transición, puesto que al 1 de abril de 1994 no había cotizado más de 15 años de servicios y tenía menos de 40 años de edad. En ese orden de ideas, formuló como excepciones de mérito las de *"validez y eficacia de la afiliación al RAIS e Inexistencia de vicios en el consentimiento"*, *"inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración"*, *"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"*, *"innominada o genérica"*.

Colfondos S.A. sostiene que el traslado o vinculación de la parte demandante al Fondo de Pensiones Obligatorias que administra se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos, de manera libre y voluntaria, sin que mediara coacción, ni vicios en su consentimiento, toda vez que la afiliación se realizó en uso de sus facultades legales y en ejercicio de la libertad de selección y afiliación contenidas en el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993. Como medios defensivos propuso: *"inexistencia de la obligación"*; *"falta de legitimación en la causa por pasiva"*, *"buena fe"*, *"innominada o genérica"*, *"ausencia de vicios del consentimiento"*, *"validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con*

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Solidaridad”, "Rectificación de la afiliación del actor al fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Colfondos S.A”, "Compensación y pago”.

Finalmente, **Protección S.A.** ratifica la tesis de la validez de la afiliación, porque el actor no es y no era sujeto susceptible de beneficiarse del régimen de transición. Invoca como excepciones de mérito: *"genérica o innominada”, "prescripción”, "buena fe”, "compensación”, "exoneración de condena en costas”, "inexistencia de la obligación”, "falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada”, "inexistencia de la fuente de la obligación”, "inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, "ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio”, "afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”, "seguro previsional” y "cuotas de administración”.*

2. Sentencia de primera instancia

La jueza de primera instancia desestimó las excepciones propuestas, declaró la ineficacia del traslado que el accionante realizó a través de la AFP Porvenir S.A. el 28 de abril de 2000 y posteriormente a Colfondos S.A y Protección S.A. y, en consecuencia, condenó al fondo privado Protección S.A a girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorros proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado. Asimismo, condenó a Porvenir S.A., Colfondos S.A y Protección S.A a restituir a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos debidamente indexados, las sumas

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

de dinero descontadas al demandante durante su permanencia en esas entidades y que fueron destinadas al pago de cuotas o gastos de administración, garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes.

Del mismo modo, condenó a la AFP Protección S.A para que, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del demandante, restituyera la suma pagada por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente indexada, con cargo a sus propios recursos, en virtud de lo cual ordenó comunicar la orden a dicha cartera ministerial.

Así, ordenó a Colpensiones que una vez Protección S.A cumpliera con las obligaciones impuestas procediera a aceptar sin dilaciones, el traslado del demandante sin solución de continuidad.

Por último, condenó en costas procesales a Porvenir S.A en favor del demandante en un 100% de las causadas.

Para llegar a esta determinación la operadora judicial previo recuento normativo, indicó que la Corte Suprema de Justicia ha definido diferentes subreglas a tener en cuenta cuando se estudia un acto jurídico de traslado de régimen pensional así: 1) la figura que se analiza es la ineficacia del acto jurídico de traslado a la luz de lo establecido en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que establece que la selección del régimen es libre y voluntaria por parte del afiliado, y el artículo 271 que impone multas y consagra la ineficacia del acto jurídico y, 2) se establece que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta comprensible y oportuna de las características,

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, carga que deben asumir desde el mismo momento de la creación de los fondos. Recordó que tratándose de ineficacias del traslado opera una inversión de carga de la prueba correspondiéndole a la AFP demostrar que si brindó dicha información. Añadió que tal análisis se realiza con independencia de si el afiliado se encuentra o no amparado por el régimen de transición. Con respecto a la suscripción del formulario expuso que no era prueba suficiente para demostrar la información que brindó el asesor al momento del traslado.

En ese orden, precisó que en el caso objeto de estudio la AFP no cumplió con la carga de la prueba impuesta, debido a que de la prueba aportada al plenario no se desprende cual fue la información que brindó el asesor de la AFP convocada a juicio, y rendido el interrogatorio de parte solo se corroboró el recuento efectuado en los hechos de la demanda, empero no derivó en prueba de confesión.

3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta

Porvenir S.A. atacó la decisión argumentando que para el momento del traslado no existía ningún deber legal de realizar proyecciones financieras y de dejar constancia escrita de las asesorías brindadas, aunado que el actor en el interrogatorio de parte manifestó conocer las condiciones para pensionarse y una intención netamente económica respecto del traslado. Refiere que el demandante incumplió sus obligaciones como consumidor financiero debido a que no le realizó ningún tipo de pregunta al asesor y no hizo uso del derecho de retracto, y solo

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

pretendió el retorno al RPM cuando se encontraba incurso en la prohibición legal contemplada en la literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Solicita que en caso de confirmarse la ineficacia del traslado se le absuelva de cancelar los montos ordenados como gastos de administración, cuotas previsional y garantías de pensión mínima, argumentando que solo le es dable trasladar los montos obrantes en la cuenta de ahorro individual, pues los anteriores emolumentos se descontaron con observancia de la ley y devolverlos indexados con cargo a los recursos de la AFP genera un detrimento para Porvenir S.A. y un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Por último, solicita la exoneración de la condena en costas sobre la base de que la AFP no pudo acceder a la solicitud de traslado del demandante por encontrarse incurso en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Colpensiones, bajo similares argumentos, arguye que el demandante se trasladó de régimen y a su vez se movilizó entre las administradoras del RAIS de forma libre, voluntaria y sin presiones, permaneciendo en el RAIS por más de 2022 años, además de que en cada uno de los traslados ratificó su intención de permanecer en dicho régimen. Indica que en el interrogatorio de parte se constató que el actor tenía pleno conocimiento de la facultad para trasladarse, de la generación de rendimientos, que recibió una asesoría individual donde le brindaron conocimiento acerca de los aportes voluntarios, la posibilidad de suceder el capital de la cuenta de ahorro individual y que recibía sus extractos pensionales, aunado a que funda la solicitud de ineficacia en un interés económico. Asevera que la ineficacia

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

del traslado debe ser resuelta de forma desfavorable porque el accionante se encuentra incurso en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y expuso que la decisión atenta contra la sostenibilidad financiera de Colpensiones, esclarecida en la sentencia C-1024 de 2004, y descapitalizaría el RPM.

Finalmente, al ser la sentencia adversa a los intereses de Colpensiones, se dispuso el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

3. Alegatos de conclusión

Analizados los alegatos presentados por Protección S.A. y Porvenir S.A, 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 expresa más adelante. Respecto de los alegatos presentados por el demandante, a través de los cuales informa que el último fondo de pensiones al cual estuvo afiliado fue Porvenir S.A y no Protección S.A, aunque dicho aspecto no fue objeto de apelación, se revisará en virtud del grado jurisdiccional de consulta que asiste en favor de Colpensiones, pues de hallarse probado lo esgrimido por el demandante las condenas emitidas generarían un agravio respecto de Colpensiones, representado en las sumas que debe percibir.

4. Problemas jurídicos por resolver

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

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:

- i. 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 obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al potencial afiliado información suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen.
- ii. Verificar cuales traslados de AFP realizó el demandante.
- iii. Definir si para dar por cumplido el deber de información de las AFP es suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación.
- iv. Determinar la carga probatoria que les corresponde a cada una de las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales.
- v. 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.
- vi. Establecer si la permanecía prolongada en el RAIS, el traslado entre administradoras del mismo régimen y percibir los extractos de cuenta de ahorro individual convalida el traslado inicial efectuado desde el RPM.

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

- vii. 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, y en caso afirmativo, analizar si hay lugar a exonerar en costas a Porvenir S.A. por haber actuado conforme al ordenamiento jurídico.
- viii. Establecer si se debe ordenar a la Porvenir S.A. la devolución, con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales a Colpensiones.
- ix. Determinar si el precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral en cuanto a la ineficacia del traslado, vulnera el principio de sostenibilidad financiera.

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 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:

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

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.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

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.

² Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

4) En numerosas sentencias del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, se ha establecido que no puede argüirse que existe una manifestación 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

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

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 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>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos</i>

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
 Proceso: Ordinario Laboral
 Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
 Demandado: Colpensiones y otros
 Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

	<p>Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</p> <p>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</p>	<p>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</p>
<p>Deber de información, asesoría y buen consejo</p>	<p>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</p> <p>Decreto 2241 de 2010</p>	<p>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</p>
<p>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</p>	<p>Ley 1748 de 2014</p> <p>Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015</p> <p>Circular Externa n.° 016 de 2016</p>	<p>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</p>

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.

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

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 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.

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.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

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, comprensible y oportuna”.

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, 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

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

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.

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 2021⁴ 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

⁴ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL5688 de 2021, rad. 83576 del 6 de octubre de 2021. M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

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 2021⁵ traída a colación en la CSJ SL1926-2022⁶ 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 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 2022⁷ también recogió las posturas contrarias establecidas por las Sala de Descongestión de la Corte en las providencias

⁵ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL5686 de 2021, rad. 82139 del 6 de octubre de 2021. M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

⁶ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL1926 de 2022, rad. 89920 del 27 de abril de 2022. M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

⁷ 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.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

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:

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

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

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 extractos de la cuenta de ahorro individual, en este orden en la sentencia CSJ 1618-2022⁸ 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

⁸ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL 1618-2022, radicado 87821 del 4 de mayo de 2022, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

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”⁹

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.

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

⁹ *Ibíd*em

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

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”.

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

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

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

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

que, por cuenta de la ineficacia, las cosas deben retrotraerse al estado en que se 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 nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, dada la omisión de información clara y precisa, que ha debido brindarle la AFP a la parte actora en orden a conocer las condiciones y consecuencias de migración de régimen.

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Al respecto, del historial de vinculaciones (archivo 14, fl.51) se desprende que el demandante encontrándose afiliado a Colpensiones realizó los siguientes traslados:

- 1) De Colpensiones a Porvenir el 28 de abril de 2000, información que a su vez se corrobora con el formulario de traslado de régimen (archivo 04, fl.7; archivo 12, fl. 63)
- 2) De Porvenir S.A a Colfondos S.A. el 21 de diciembre de 2001, información que guarda relación con el formulario de traslado de AFP (archivo 04, fl.8)
- 3) De Colfondos S.A. a Santander, ING (hoy Protección) el 01 de octubre de 2006, conforme se evidencia en el formulario de traslado de AFP (archivo 04, fl.9)

Además de lo anterior, obra formulario de traslado de AFP de Santander, ING (hoy Protección) a Porvenir S.A el 11 de enero de 2008 (archivo 04, fl. 10, archivo 12, fl. 64 a 65) cuya información corresponde a la brindada por la AFP Protección S.A mediante respuesta del 7 de abril de 2022 (archivo 14, fl. 52) y a lo declarado por el Representante Legal de Porvenir S.A en el interrogatorio de parte, en razón de lo cual, se explican los argumentos señalados por el apoderado del demandante en los alegatos de conclusión, esto es que la última AFP en la que estuvo afiliado el actor del litigio es Porvenir S.A y no Protección S.A. como equivocadamente lo determinó la a-quo, en razón de lo cual, una vez se establezca más adelante si hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia, necesariamente deben modificarse los literales A y C del numeral segundo y el

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

ordinal tercero de la sentencia recurrida, para precisar que las obligaciones contenidas en dichas disposiciones están a Cargo de Porvenir S.A por ser la AFP que en la actualidad administra la cuenta de ahorro individual del demandante.

Establecido lo anterior, de cara a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las citadas sentencias, según las voces del artículo 1604 del C.C., la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y, 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, en especial a cargo Porvenir S.A por ser la AFP por medio de la cual el demandante realizó el traslado de régimen.

En este orden, como prueba del cumplimiento del deber de información, se llamó a declarar al demandante, quien refirió que inició su vida laboral aportando al ISS porque no existía ningún otro fondo de pensiones, narró que el promotor comercial del RAIS en reunión individual le ofreció mejores expectativas económicas de pensión y rendimientos con relación al fondo del Estado. Afirmó que el asesor le precisó que podía hacer aportes voluntarios, acortar el tiempo para pensionarse, la existencia de una cuenta de ahorro individual y que sus aportes podían ser heredados, por otra parte, negó haber recibido información respecto del bono pensional, las restricciones para trasladarse, o la diferencia entre ambos sistemas, expuso que no recibió asesoría en el ISS y que la intención para trasladarse es estrictamente económica. A modo de ejemplo, refirió que tenía las cesantías en

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Porvenir S.A., que en el 2020 tenía un monto superior a los \$100.000.000, sin embargo, en marzo de 2021, tuvo que asumir una pérdida de \$22.000.000., lo anterior, para manifestar que desconocía que su pensión dependía de las fluctuaciones del mercado.

De lo expuesto, es claro que Porvenir S.A, no cumplió con la carga probatoria exigida para demostrar que al momento del traslado brindó una información clara, completa y oportuna, deberes de información reglados en el Código Civil y en el Estatuto Financiero, que como se expuso en el precedente antes citado obligaban a los fondos a brindar una asesoría adecuada de cara a lo que consistía el nuevo régimen de ahorro individual, en contraste con el RPM, por lo menos en cuanto a sus ventajas y desventajas, con el fin de que el afiliado pudiera bajo una información básica y no parcializada tomar una decisión informada, empero el actor no confesó haber recibido información de tal índole, por el contrario corroboró los supuestos facticos que precisó en la acción judicial.

Ahora, si bien añadió que la decisión de trasladarse se funda en un interés económico, esto de ningún modo desvía el origen de la litis, que no es otro que, 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, información que incumplió la AFP Porvenir S.A. en los términos indicados.

En lo que atañe a la movilidad entre administradoras del RAIS, conforme a la jurisprudencia expuesta estos actos de relacionamiento no reemplazan o suplen la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados, ratifican la decisión del traslado o suponen una afiliación tácita del

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

mismo, dado que *«la oportunidad de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad»*. Además, no existe ninguna certeza de la información otorgada por cada una de las administradoras convocadas a juicio, como quiera que las únicas pruebas que obran en el proceso además de los interrogatorios, son los comunicados de prensa allegados por Colfondos S.A. (archivo 13, fls. 21 a 23) y Protección S.A. (archivo 14, Fls. 56 a 59) que, si bien pueden ser de interés para el afiliado, por si solos tampoco tienen la virtualidad de acreditar que la AFP cumplió con su obligación legal de información y su deber orientador al momento de la vinculación, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1618-2022.

En el mismo orden, es improcedente acudir a la sentencia C-1024 de 2004 o a la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, ya que lo discutido en el caso objeto de estudio no es el traslado voluntario con la conservación o no del régimen de transición, sino el efecto de la ineficacia del cambio de régimen pensional a falta de información detallada y completa al momento del traslado de régimen, cuyo efecto no es otro que retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido y, en este caso, dicha declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, conlleva al regreso automático del demandante al régimen solidario de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, del cual ya hacía parte.

En este orden de ideas, se confirmará la declaratoria de la ineficacia del acto de afiliación sentado en primera instancia, sin embargo, se adicionará el numeral primero, para indicar que con posterioridad al traslado efectuado a protección S.A.

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

el demandante se trasladó a Porvenir S.A.

En cuanto a las imposición de las condenas 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 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, por lo que se confirmará la sentencia apelada frente a tal decisión.

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).

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

De otro lado, respecto a la solicitud de la AFP Porvenir S.A., que no se le condene en costas, bajo el argumento de que al momento que el actor solicitó el retorno de régimen se encontraba incurso en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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.

Ahora, 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, se confirmará el numeral cuarto de la sentencia impugnada que dispuso la comunicación de la decisión adoptada en este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de haber emitido el bono pensional - *con ocasión de las 460.7 semanas cotizadas en el RPM antes del traslado al RAIS* (archivo 12, fl.78)-, 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, amén de que el actor tiene 69 años, debido a que nació el 24 de agosto de 1953 (archivo 04, fl. 01).

En esta instancia de conformidad a lo consagrado en el artículo 365 del CGP, se condenará en costas procesales a Porvenir S.A. y Colpensiones a favor de la parte actora, las cuales se liquidarán por la secretaría del juzgado de origen.

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

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 el numeral primero y MODIFICIAR los ordinales tercero y segundo, literales A y C de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el 29 de julio de 2022, en el siguiente sentido:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que el señor CRISTÓBAL GUILLERMO ROMERO efectuó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A., el 28 de abril de 2000 y posteriormente a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y **PORVENIR S.A.**, dadas las consideraciones precedentes.*

*SEGUNDO: A. ORDENAR al fondo privado de pensiones **PORVENIR S.A.** a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor CRISTÓBAL GUILLERMO ROMERO, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.*

*C. CONDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.**, para que, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del demandante, a restituir la suma pagada por ese concepto a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con su propio patrimonio.*

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

*TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que, una vez **PORVENIR S.A.** cumpla con lo ordenado en el numeral segundo de esta providencia, proceda aceptar sin dilaciones, el traslado de CRISTÓBAL GUILLERMO ROMERO del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad desde el momento en que se afilió a este último régimen.”*

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida y consultada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPULVEDA

Ausencia Justificada

Radicación No.: 66001-31-004-2022-00002-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Cristóbal Guillermo Romero
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

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: **333f7892176f00804808fa9960e4ffd0f9a19336ad0934ed44915e10eeab9d98**

Documento generado en 14/04/2023 09:24:26 AM

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