

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso la demandante, Porvenir S.A y Colpensiones 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.: 66001-31-005-2020-00319-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

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

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, veintinueve (29) de mayo dos mil veintitrés (2023)

Acta No. 83 del 25 de mayo 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 **Gloria Nancy Arias Dávila** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la**

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

Administradoras de Fondos de Pensiones – Protección S.A y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir S.A. y Colpensiones en contra de la sentencia proferida el 01 de diciembre de 2022 por el Juzgado Quinto 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. Demanda y la contestación de la demanda

La demandante busca que se declare la ineficacia del acto jurídico de traslado que realizó a Colfondos 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) y por consiguiente que se encuentra afiliada al RPM sin solución de continuidad.

En consecuencia, procura que se condene a Colfondos S.A. a trasladar todos los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual, incluidos los dineros por concepto de rendimientos financieros e intereses, bonos pensionales, los gastos de administración, seguro previsional y comisiones con

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

destino a Colpensiones. Adicionalmente, solicita que se condene a esta última a recibirla nuevamente como afiliada.

Por último, pide que se condene a las costas y agencias en derecho y a lo extra y ultra petita debatido y probado en el proceso.

En sustento de lo pretendido, relata que nació el 24 de abril de 1966; que se afilió al RPM el 2 de noviembre de 1990, donde efectuó cotizaciones hasta el 7 de diciembre de 1994, debido a que suscribió el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A., finalmente, expone que el 7 de junio de 2017, Colpensiones negó la solicitud de traslado.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones arguyendo que el traslado de régimen presentado por la actora se encuentra ajustado a derecho, en virtud de la libertad de escogencia de régimen y no a una nulidad por vicio en el consentimiento, que no se evidencia engaño, vicio o error que conlleve a la indebida afiliación, ya que la actora permaneció en el RAIS por más de 27 años. Expuso que negó el traslado con sujeción a lo reglado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ya que se encontraba a menos de 10 años para obtener el derecho pensional por vejez y no era beneficiaria del régimen de transición. En esa medida, invocó como excepciones de mérito "*validez de la afiliación al RAIS*", "*Saneamiento de una presunta nulidad*", "*solicitud de traslado de dineros de gastos de administración*", "*prescripción*", "*imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal*", "*buena fe: Colpensiones*", "*imposibilidad de condena en costas*", "*declaratoria de otras excepciones*".

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

Por su parte, **Colfondos S.A** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que la afiliación de la demandante al RAIS se surtió en virtud de su derecho a la libre escogencia de fondo pensional. Arguye que los asesores comerciales de Colfondos brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retracto y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez. Explica que la suscripción del formulario denota que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado. Así las cosas, como excepciones de fondo formuló: *"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 RAIS", "ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A", "prescripción de la acción para solicitar la nulidad de la afiliación", "compensación y pago"*.

Por medio de auto el 9 de marzo de 2022, se ordenó la integración del contradictorio con **Porvenir S.A.** en calidad de litis consorte necesario, Administradora que afirmó que los supuestos facticos de la demanda le eran ajenos, y por ello no se oponía, ni aceptaba las pretensiones incoadas. Sin embargo, propuso los siguientes medios exceptivos: *"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, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS", "inexistencia de la obligación de devolver el pago"*

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS", "pago", "prescripción", "buena fe" e "innominada o genérica".

2. Sentencia de primera instancia

La jueza de primera instancia desestimó las excepciones propuestas; declaró la ineficacia del traslado de régimen que la demandante efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante solicitud del 7 de diciembre de 1994, efectivo a partir del 01 de enero de 1995, a través de COLFONDOS S.A. y con ello el traslado efectuado a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 10 de abril de 1996 y el 19 de junio de 1998, así como el retorno a COLFONDOS S.A. solicitado el 06 de junio del 2000 efectivo a partir del 1 de agosto de 2000.

En consecuencia, condenó a Colfondos S.A., a devolver a Colpensiones, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de la promotora del litigio, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación, inclusive con Horizonte, hoy Porvenir, sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses; asimismo, condenó a Porvenir S.A y Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones con cargo a sus propios recursos el valor de las comisiones y cuotas de administración, así como las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales que descontaron durante el período que Gloria Nancy Arias Dávila estuvo afiliada a esos fondos, debidamente indexados así: Colfondos del 01 de enero de 1995 al 31 de mayo de 1996 y del 01 de agosto de 2000 hasta la fecha, y Porvenir S.A del 01 de junio de 1996 al 31 de julio de 2000.

Asimismo, comunicó a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público,

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

con el fin de que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 31 de diciembre de 1994 -día anterior a la efectividad del traslado-, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se hubiese generado en favor de la señora GLORIA NANCY ARIAS DAVILA y que tendría como fecha de redención normal el 24 de abril de 2026, aplicando con ello 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 1833 de 2016.

Derivado de lo anterior, ordenó a Porvenir S.A. que, en caso de haberse efectuado la redención anticipada del bono pensional, procediera a restituir la suma pagada debidamente indexado con cargo a sus propios recursos.

Además, ordenó a Colpensiones que aceptara el retorno de la demandante sin solución de continuidad, desde el momento en que se afilió al RPM.

Finalmente, condenó en costas procesales a Porvenir S.A y Colfondos, a favor de la parte actora y remitió el expediente para que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta respecto de Colpensiones.

Para llegar a esta determinación la operadora judicial indicó que si bien la selección del régimen es libre y voluntario para el afiliado, ello no exime a los administradores de los fondos de pensiones de brindar información clara, cierta comprensible y oportuna de las características, condiciones, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, recordó que tratándose de ineficacias del trasado opera una inversión de carga de la prueba correspondiéndole

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

a la AFP demostrar que si brindo dicha información. Añadió que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral ha establecido en la línea jurisprudencial que el análisis respecto a la ineficacia de la afiliación del régimen pensional procede 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.

Del mismo modo, precisó que de los anexos presentados por la AFP llamada a juicio ninguno ofrecía claridad sobre la información que se le presentó a la demandante al momento del traslado, y rendido el interrogatorio de parte solo se corroboró el recuento efectuado en los hechos de la demanda. Concluyó que el fondo incumplió la carga de la prueba impuesta debido a que la decisión de traslado no estuvo precedida por la comprensión e información suficiente.

3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta

Porvenir S.A Inconforme con la imposición del pago de los gastos de administración y cuotas destinadas al pago de seguros previsionales, debidamente indexados, interpuso recurso de apelación, argumentando que los mismos son una contraprestación por la labor de la AFP que le generó una rentabilidad a la demandante durante el término que estuvo afiliada, rentabilidad que no es propia del RPM, aunado a que las cuotas destinadas al pago de seguros previsionales salieron de las arcas de la demandada con destino a la aseguradora y la imposición con cargo a los propios recursos les genera un detrimento patrimonial.

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

Por su parte, **Colpensiones** solicita que se revoque en su totalidad la decisión adoptada bajo el argumento de que el traslado al RAIS de la actora fue válido, debido a que la demandante ratificó la permanencia en el RAIS por medio del traslado a Colfondos S.A. en el 2004.

Expuso que imponer una carga probatoria a los fondos de pensiones no vigentes para 1995 vulnera el derecho de contradicción, ya que para la época del traslado no se les exigía conservar un registro escrito de la asesoría, aunado a que del interrogatorio de parte se podía corroborar el deber de información, debido a que la promotora del litigio era abogada y fue renuente a responder las preguntas.

Afirmó que la demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, debido a que a la fecha cuenta con 56 años de edad, lo que imposibilita el traslado de conformidad con lo planteado en la sentencia SL373-2021, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, pues en caso contrario se descapitalizaría el sistema.

Sugiere que la Sala se aparte del precedente adoptado por la Corte Suprema de Justicia, ya que transgrede la constitución y la ley, por cuanto el Estado únicamente responde patrimonialmente por los daños antijurídicamente que le sean imputables causados por la acción u omisión de sus agentes, y por ello obligar a Colpensiones a reconocer las pensiones derivadas de los nuevos retornos debido a las declaraciones de ineficacia, deriva en un detrimento de los derechos de todos los afiliados que han permanecido en el régimen de prima media y de la Nación, dado que las sumas económicas trasladadas son insuficientes para reconocer las pensiones de vejez.

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

En cuanto al grado jurisdiccional de consulta, como quiera que la decisión de primer grado fue adversa a los intereses de Colpensiones, en esta instancia se admitió la consulta en favor de dicha entidad.

3. Alegatos de conclusión

Analizados los alegatos presentados por la demandante, Porvenir S.A. y Colpensiones, 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. Por su parte, el Ministerio Público no emitió concepto en esta instancia y Colfondos dejó transcurrir el término en silencio.

4. 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:

- 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.

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

- ii. Definir si para dar por cumplido el deber de información de las AFP es suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación.
- iii. Determinar la carga probatoria que les corresponde a cada una de las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales.
- iv. 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.
- v. 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.
- vi. Determinar si es procedente apartarse del precedente 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.

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

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

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:

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

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación¹

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

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

² Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

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 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

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

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 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 de cada uno de los regímenes</i>

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
 Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
 Demandado: Colpensiones y otros

	<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>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.

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

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

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.

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

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.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

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 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

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

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 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:

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.

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.

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

“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 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

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.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

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 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

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

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 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:

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

⁹ Ibídem

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

“Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

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

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

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

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 disfavor de los consumidores financieros”.

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.

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

“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 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

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

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, que realizó la actora a través de la administradora Colfondos S.A el 07 de diciembre de 1994¹⁰ y a su vez, el traslado de AFP que realizó a Porvenir S.A el 19 de junio de 1998 ¹¹ y el retorno a la primera administradora del RAIS el 06 de junio de 2000, según se desprende del historial de vinculaciones¹², 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.

De conformidad 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 a la afiliada, acerca del impacto del cambio 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

¹⁰ Archivo 03, página 85 cuaderno de primera instancia.

¹¹ Archivo 20, página 61 cuaderno de primera instancia.

¹² Archivo 10, página 22 cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

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 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.

En este orden, Colfondos como prueba del cumplimiento del deber de información, llamó a declarar a su contraparte procesal, con el fin de demostrar que brindó la información seria y veraz que para la época era jurídicamente pertinente, 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 acababan de esbozar.

Sin embargo, una vez rendido el interrogatorio de parte, no se logró

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

desvirtuar la poca información recibida, pues la promotora de la litis únicamente informó que para la época del traslado laboraba como Oficial Mayor, en un Juzgado Penal, lugar donde el asesor de Colfondos en una asesoría de aproximadamente 10 minutos le precisó que era más beneficioso pertenecer al RAIS y le entregó el formulario de afiliación. Aceptó la suscripción del formulario y que recibía los extractos de la cuenta de ahorro individual; sin embargo, no recordó que la administradora le hubiera brindado información acerca de los rendimientos financieros; que se iba a afiliarse a un fondo privado; la existencia de una cuenta de ahorro individual; la posibilidad de percibir una pensión anticipada, entre otros. Cabe destacar, que la actora, tampoco recordó con precisión la forma en que surtió los traslados entre administradoras del RAIS y la fecha en que se graduó como abogada, indicando que eran aspectos de difícil recordación debido al transcurso del tiempo.

De lo anterior, se concluye que la actora jamás confesó que se le hubiera brindado una explicación pormenorizada e individualizada de "*las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales*", en tanto, no dio cuenta de los pormenores que la llevaron a tomar la decisión de trasladarse, ahora, aunque en principio podría calificarse dicha conducta como evasiva, hecho que conduciría a presumir como ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión de conformidad con el artículo 205 del C.G.P, lo cierto es que para la Colegiatura, la demandante no evadió las preguntas formuladas, en tanto fue conteste a preguntas precisas y asertivas, tales como que suscribió el formulario de afiliación, que recibe los extractos bancarios, y explicó que no recordaba algunos aspectos por el transcurso del tiempo, hecho que no es extraño para la judicatura, ya que la promotora del litigio tuvo que hacer un esfuerzo mental para recordar el año en que se graduó como abogada, arguyendo que fue en 1995 y luego en 1993, hecho que para una persona con buena memoria no resultaría para nada ajeno,

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

pero que finalmente no resulta relevante en este caso.

Respecto de los comunicados de prensa allegados por Colfondos S.A¹³ y extractos de cuenta de ahorro individual que se remitieron a la demandante conforme hizo referencia en la declaración de parte vertida en el proceso, es claro para la Sala que, aunque pueden 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 al momento de la vinculación.

En lo que atañe a los traslados entre las 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 mismo, dado que *«la oportunidad de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad»*.

Por otra parte, es improcedente acudir 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, o a las las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, 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

¹³ Archivo 10, páginas 23 a 25 del cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

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, con base en todo lo expuesto no es procedente apartarse del precedente 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 de los 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.

Cabe agregar, que el artículo 7 del Código General del Proceso estipula que *"cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión"*, por lo que el querer de la recurrente implica un desconocimiento de la doctrina probable entendida como *"tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho"* (artículo 4, Ley 169 de 1896), y del precedente judicial, definido en la sentencia SU- 053 de 2015 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,

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

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). Así las cosas, no advierte la Sala que existan fundamentos jurídicos razonables para apartarse de los argumentos que sobre la materia a sentado el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

En este orden de ideas, se confirmará la declaratoria de la ineficacia del acto de afiliación sentado en primera instancia, debido a que la la AFP demandada no demostró el cumplimiento de su deber de información, lo que acarrea la ineficacia del traslado, como ya se explicó.

Asimismo, se confirmaran las condenas impartidas a cargo de Porvenir S.A y Colfondos, pues con arreglo en 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, de conformidad con las calendas establecidas en primera instancia como quiera que no fueron objeto de apelación.

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

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

de régimen, también se confirmará la decisión de comunicar la decisión a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues quedó en evidencia que tiene más de 150 semanas cotizadas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de conformidad al certificado de información laboral emitido por la Rama Judicial-Dirección Seccional de Administración Judicial de Pereira, donde la actora registra aportes pensionales a CAJANAL, del 2 de noviembre de 1990 al 31 de diciembre de 1994, de modo que quien eventualmente responde por ese periodo es la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁴; sin embargo, se revocará el numeral quinto, que ordenó la restitución del valor del bono pensional debidamente indexado en caso de haberse redimido anticipadamente, porque según el artículo 16 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 5 del Decreto 1474 de 1997 y el artículo 7° del Decreto 3798 de 2003 para la redención anticipada de bono pensional se requiere solicitud y aceptación expresa de la liquidación provisional por parte del afiliado, actos que no se acreditaron en el presente proceso, y en virtud de lo cual solo sería posible la redención normal del bono que para el caso de las mujeres según el artículo 20 del Decreto 1748 de 1995 acontece a los 60 años, edad a la que arribaría la demandante el 24 de abril de 2026, y por tanto la orden emitida en primera instancia se torna innecesaria, puede llevar a confusiones y desgastes innecesarios.

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

¹⁴Archivo 03, página 78 cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

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: REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 1 de diciembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Gloria Nancy Arias Dávila** en contra **de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Administradoras de Fondos de Pensiones –Porvenir S.A y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, por las razones expuestas en la parte considerativa.

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 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

Radicación No.: 66001-31-005-2020-00319-01
Demandante: Gloria Nancy Arias Dávila
Demandado: Colpensiones y otros

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
ACLARO VOTO

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

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Aclaración De Voto

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: **e61a8e57b80c508a69adc5403d48280e2368ee6482ae240fa2658be73970aeba**

Documento generado en 26/05/2023 03:12:04 PM

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

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