

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A. presentaron alegatos de conclusión en los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 27 de abril de 2023. El Ministerio Público rindió concepto en esta instancia procesal, y la demandante dejó transcurrir el término en silencio.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario

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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro
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, Risaralda, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Acta No. 103 del 29 de junio 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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **María Ruth Henao Betancur** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A. y Protección S.A.**

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta dispuesto en favor de Colpensiones, y los recursos de apelación propuestos por dicha administradora y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. Demanda y su contestación

La demandante busca que se declare la ineficacia del traslado que realizó a la AFP Protección 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 el traslado que a su vez realizó en dicho régimen a Porvenir S.A.

En consecuencia, procura que se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada, y a Porvenir S.A. a trasladar sus cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, lo que se demuestre bajo las facultades ultra y extra petita y las costas procesales a su favor.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

En sustento de lo pretendido, relata que nació el 16 de julio de 1964, que en agosto de 1995 se afilió al RPM, donde realizó aportes hasta que se trasladó de régimen pensional por medio de la AFP Protección S.A. el 2 de febrero de 1999.

Afirma que, al momento del traslado, el asesor de la AFP Protección S.A. por medio de maniobras engañosas, amañadas y mentirosas, omitió brindarle información sobre las ventajas y desventajas de la desvinculación del RPM, y no le advirtió de las consecuencias y perjuicios que le generaría el cambio de régimen pensional.

Finalmente, expone que el 25 de septiembre de 2020, Colpensiones negó la solicitud de traslado.

En respuesta a la demanda, **Porvenir S.A.** negó los hechos que le endilgan una indebida asesoría, y se opuso a las pretensiones, argumentando que la afiliación de la demandante al RAIS produjo plenos efectos y aportó en dicho régimen por más de 23 años. Agrega que al momento del traslado no era posible determinar el monto de la mesada y la AFP no tenía la obligación de realizar proyecciones financieras. Finalmente, adujo que la actora se encuentra incurso en la prohibición legal 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. Invocó como excepciones de fondo "*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 al seguro previsional cuando*

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”, “Prescripción”, “buena fe”, “innominada o genérica”.

A su turno, **Colpensiones** presentó oposición indicando que la afiliación de la promotora del litigio se dio en virtud a su libertad de escogencia de régimen pensional y no a una nulidad por vicio en el consentimiento, al punto que han transcurrido más de 21 años desde la fecha de afiliación. En su defensa propuso como excepciones perentorias: *“validez de la afiliación al RAIS y de los actos de relacionamiento”, “saneamiento de una presunta nulidad”, “prescripción”, “imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “buena fe”, “imposibilidad de condena en costas”, “declaratoria de otras excepciones”.*

Finalmente, **Protección S.A.** en su defensa precisó que la demandante no fue víctima de la omisión de información y no se le hizo incurrir en error sobre el objeto de la contratación en lo relativo a los derechos prestacionales; que la demandante en la actualidad se encuentra incusa en la prohibición legal aludida por Porvenir S.A. y confirmó su voluntad de pertenecer al RAIS porque no hizo uso de la posibilidad del retracto en cuanto al periodo de gracia durante los años 2003 y 2004. Como excepciones de mérito formuló *“prescripción”, “genérica o innominada”, “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 fuente de la obligación”, “inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “ausencia de perjuicios morales y materiales irrigados por parte de la entidad llamada a juicio”, “afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”, “excepción de mérito seguro previsional”, y “excepción de mérito cuotas de administración”*

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

2. Sentencia de primera instancia

La jueza de primera instancia desestimó las excepciones propuestas, y declaró la ineficacia del traslado de régimen que María Ruth Henao Betancur efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante solicitud del 16 de enero de 1998 efectivo a partir del 17 de enero del mismo año a través de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. y con ello el traslado efectuado a PORVENIR S.A. el 2 de febrero de 1999, efectivo a partir del 01 de abril de 1999 y el realizado a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. solicitado el 25 de julio de 2000 efectivo a partir del 1 de septiembre de 2000, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión

En consecuencia, condenó a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de María Ruth Henao Betancur, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación, incluyendo lo que en su momento aportó a través de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. y HORIZONTE S.A., sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimiento, frutos e intereses.

Asimismo, le ordenó a Protección S.A y a Porvenir S.A. que devolvieran a Colpensiones con cargo a sus propios recursos el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobraron, así como las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales que descontaron durante el período que María Ruth Henao Betancur estuvo afiliada a esos fondos, debidamente indexados.

Comunicó la decisión proferida a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y le ordenó a Porvenir S.A. que, en caso de haberse efectuado la redención

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

anticipada del bono pensional, procediera a restituir la suma pagada por ese concepto a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y/o a la entidad que hubiese efectuado el pago, debidamente indexado y 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, y condenó en costas a Porvenir S.A. y Protección S.A. en un 100% en favor de la demandante.

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 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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

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. interpuso recurso de apelación, argumentando que en el plenario quedó demostrado que cumplió con el deber de información, porque la demandante se trasladó entre administradoras del RAIS, confesó haber recibido asesoría y extractos, no se interesó en su futuro pensional y no existe coherencia entre lo narrado en la demanda y lo manifestado en el interrogatorio de parte.

Añadió que para la época del traslado no se les exigía llevar un registro escrito de las asesorías, pues esa obligación solo surtió en los años 2014 y 2015, aunado a que la demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Afirma que devolver los rendimientos debidamente indexados repercute en una doble sanción, tal como lo plasmó la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca, en la sentencia del 21 de julio de 2022, radicado 2021-00111 con Ponencia del Magistrado José Alejandro Torres García, donde expuso que los rendimientos suplen la depreciación de la moneda por el transcurso del tiempo.

Expuso que los gastos de administración son una contraprestación directa de los rendimientos que obtuvo en el RAIS y que no se hubieran generado en el RPM, por lo que ordenar su devolución constituye un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

Frente al seguro provisional argumentó que dicho porcentaje fue descontado con base en la ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio, sin que le sea posible recuperar dichos recursos, generando igualmente un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones y en contra de la AFP.

Finalmente, peticiona la absolución de costas procesales, precisando que el actuar de la AFP fue de buena fe y acorde a derecho.

La Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones interpuso el mismo recurso, en similares términos, señalando que el acto de traslado estuvo precedido de consentimiento informado, libre, voluntario y sin presiones como se desprende del formulario de afiliación y la confesión de la demandante.

Expuso que imponer una carga probatoria a los fondos de pensiones no vigentes para la época del traslado vulnera el derecho de contradicción, ya que para la época del traslado no se les exigía conservar un registro escrito de la asesoría, y los promotores del litigio no pueden constituir su propia prueba por medio de la declaración de parte.

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.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

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.

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 Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección 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.

4. Problemas jurídicos por resolver

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

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. 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. Establecer las consecuencias jurídicas de la declaratoria de la ineficacia del traslado respecto de las administradoras de Fondos de Pensiones.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

- vii. Determinar si es procedente apartarse del precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral en cuanto a la ineficacia del traslado.
- viii. Establecer si hay lugar a exonerar en costas a Porvenir S.A. y a modificar el monto de las agencias en derecho.

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:

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-

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

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”

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.

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.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

- 2) Adicionalmente, se tiene previsto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.
- 3) Dispone el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores y servidores públicos que se trasladen por primera vez del RPM al RAIS, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.
- 4) En numerosas sentencias del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, se ha establecido que no puede argüirse que existe una manifestación 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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

encaminarse a demostrar, bajo los medios probatorios a su alcance, que cumplió con el deber de buen consejo al transmitirle al afiliado toda aquella información que resultaba relevante para que tomar una decisión de tal trascendencia.

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

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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
 Demandante: María Ruth Henao Betancur
 Demandado: Colpensiones y otro

necesaria y transparente, que con el transcurrir del tiempo esta exigencia cambió, pasando de un deber de información necesaria al de **asesoría y buen consejo**, y finalmente al de **doble asesoría**, explicando en qué consiste cada uno de esos conceptos. Dicho recuento histórico, se compendia de la siguiente manera:

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

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<p>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</p> <p>Art. 97, numeral 1.º 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>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<p>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009</p> <p>Decreto 2241 de 2010</p>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<p>Ley 1748 de 2014</p> <p>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015</p> <p>Circular Externa n.º 016 de 2016</p>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

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 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:

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

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

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

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:

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.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

“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:

“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 morigerar 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”.

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.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

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 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

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.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

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

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

Con base en todo lo expuesto, tal como se previó en la sentencia CSJ SL 4297 de 2022, la Sala laboral desde la CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 ha sostenido la siguiente regla de decisión respecto de los conocidos actos de relacionamiento:

“una vez acreditada la ineficacia del traslado de régimen, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, realicen aportes voluntarios o sean re asesorados, como aconteció en el presente asunto lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias”.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

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:

“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.

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 *Ibíd*em

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

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

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

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

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

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.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó en las sentencias CSJ SL 4297-2022, CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 que la trasgresión al deber de información tratándose del cambio del sistema pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades regulado por el código civil, puesto que al transgredirse el derecho a la libre escogencia de régimen, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación.

En ese orden, argumentó que, al declararse la ineficacia del traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que la administradora tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado.

Con base en lo anterior, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral declaró, entre otras, en las sentencias CSJ SL1084-2023, CSJ SL 932-2023, CSJ SL 4297-2022, CSJ SL3465-2022, CSJ SL2229-2022 y CSJ SL3188-2022 que la ineficacia del traslado no solo acarrea la obligación de trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del promotor del litigio, sino que además definió como regla de adjudicación que la entidad administradora debe:

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

“devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Asimismo, al momento de cumplirse esta orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”.

6.7. Caso concreto

Se pretende por esta vía ordinaria que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que realizó la actora a través del Fondo de Pensiones Davivir, hoy Protección el 16 de enero de 1998¹⁰, así como los traslados que realizó dentro del RAIS a Porvenir el 02 de febrero de 1999¹¹; Horizonte, hoy Porvenir el 25 de julio de 2000 y nuevamente a Porvenir el 01 de enero de 2014 debido a un traslado automático, cesión por fusión, 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.

¹⁰ Archivo 14, página 41 cuaderno de primera instancia.

¹¹ Archivo 03, página 28 cuaderno de primera instancia.

¹² Archivo 10, página 86 cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

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 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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

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, como prueba del cumplimiento del deber de información, se rindió interrogatorio de parte de los representantes legales de los fondos convocados y la demandante.

Los primeros expresaron que la demandante recibió una asesoría verbal e individualizada de las características de ambos regímenes y que para esa época no debían mantener registro escrito de la información suministrada, razón por la cual solo obran los formularios de afiliación.

Por su parte, la promotora de la litis no recordó las circunstancias de tiempo modo y lugar del traslado a Davivir, hoy Protección S.A., solo memoró con claridad el traslado a Horizonte, indicando que el asesor se acercó a la Alcandía de Ansermanuevo, lugar donde laboraba y le expuso que el Seguro Social iba a desaparecer y por tanto por ley debían vincularse a un fondo del RAIS, mismas circunstancias puso de presente para el traslado a Porvenir S.A. expresando que el formulario lo firmaba al momento de la posesión, junto con los demás documentos, y que nunca les hablaron de traslado, sino de afiliación. Adujo que nunca acudió a los fondos del RAIS o el ISS con el fin de recibir información, y que no se trasladó en el pasado a Colpensiones porque no le indicaron esa posibilidad.

Conforme a lo dicho, no es cierto como se duelen las recurrentes que la actora haya constituido su propia prueba, porque, la carga de la prueba recaía en la

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

administradora de pensiones, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información y del interrogatorio de parte solicitado a petición de los sujetos pasivos, solo constituye prueba las afirmaciones que reúnan los requisitos contemplados en el artículo 191 del Código General del Proceso, esto es los susceptibles de ser valorados como prueba de confesión, empero una vez rendido el mismo, la demandante 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*".

Cabe agregar que, en virtud del principio de libertad probatoria las administradoras pueden acudir a cualquiera de los medios de prueba dispuestos en la ley, como la declaración de parte, confesión, testimonios, entre otros, para cumplir con dicha carga probatoria, sin que ello, de ningún modo imponga como disponen las recurrentes un tipo de tarifa legal, encaminada a demostrar el presupuesto legal por registro escrito.

Tampoco se observan incoherencia entre lo narrado en la demanda y en la declaración de parte, ya que ambos relatos son consistentes en la indebida asesoría derivada de la imperiosa afiliación al RAIS por la terminación del ISS. Esto solo para precisar que no existe inconsistencia alguna, sin que constituya un medio probatorio, en los términos explicados en precedencia.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

Respecto de los comunicados de prensa allegados por Protección S.A.¹³ Porvenir S.A.¹⁴ 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, 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.

¹³ Archivo 15, páginas 50 a 52 cuaderno de primera instancia.

¹⁴ Archivo 14, páginas 48 a 50 cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

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.

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.

Asimismo, tampoco es posible adoptar la tesis referida por el apelante con apoyo en una providencia del Tribunal de Cundinamarca, ya que como se dejó plasmado en precedencia, en la actualidad existe una consolidada y pacífica regla adjudicación respecto de las consecuencias jurídicas del traslado determinadas por el máximo órgano de cierre en materia laboral.

En este punto, 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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

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, 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 cuanto a las condenas impartidas a cargo de Porvenir S.A y Protección S.A. se dirá que en estricto acatamiento de las consecuencias previstas por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias CSJ SL1084-2023, CSJ SL 932-2023, CSJ SL 4297-2022, CSJ SL3465-2022, CSJ SL2229-2022 y CSJ SL3188-2022, previamente citadas, es su deber devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, por lo que se confirmará la sentencia apelada frente a tal decisión.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

Sin embargo, bajo las mismas premisas se adicionará la sentencia en el sentido de precisar que al momento del cumplimiento de las ordenes previstas en los numerales segundo y tercero *“tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*.

Adicional a lo indicado, atendiendo el argumento Porvenir S.A según el cual se incurre en un detrimento de la AFP al ordenar que se devuelvan los gastos de administración y cuotas de seguro previsional, debe decirse que como en materia laboral no existe una norma expresa que regule esta figura, en aplicación del principio de integración normativa, previsto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debe acudirse a lo señalado en el artículo 831 del Código de Comercio, que dispone que «Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro», y, de acuerdo a la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Civil el enriquecimiento sin causa se da solo cuando el desplazamiento patrimonial otorga una ventaja a una parte en detrimento de otras sin fundamento jurídico que lo justifique, supuestos que en este caso no se cumplen, en la medida que si bien la AFP debe trasladar los valores cobrados por tales conceptos, dicho traslado de recursos sí tiene un fundamento jurídico que no es otro que la declaratoria de ineficacia de la afiliación y las consecuencias de crear la ficción de que el acto nunca existió, lo cual implica que, si no existió no pudo haber descontado las condenas sobre las cuales se duele.

De otro lado, respecto a la solicitud elevada por la misma administradora, tendiente a que no se le condene en costas, bajo el argumento de que actuó de buena fe y conforme a derecho, suficiente es con indicar, en primer lugar, que al haber existido controversia e incluso oposición frente al debate jurídico puesto en

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

conocimiento de la Judicatura, conforme lo ordena el artículo 365 del CGP hay lugar a condenar en costas a quien resulta vencido en la contienda y, en segundo lugar, por cuanto -contrario a lo expuesto en la censura- en la presente litis no quedó acreditado que se hubiese cumplido el deber legal de brindar a la demandante la asesoría exigida, o los plazos para retornar sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria, de ahí que se esté declarando la ineficacia del acto, aunado a que el actuar con lealtad y buena fe procesal no ha sido contemplado por la ley o la jurisprudencia como un eximente de condena en costas, pues contrario a ello, la Sala de Casación Laboral por medio de la sentencia STL 10364-2020 instó a esta Corporación a tener en cuenta que la condena en costas se debe fulminar con independencia de los factores subjetivos de la persona vencida en juicio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso 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 de régimen, es necesario confirmar la orden de comunicar 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, 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 emitido y cancelado y la actora no ha llegado a los 60 años, debido a que nació el 16 de julio de 1964, como para concluir que se efectuó la redención normal, según el artículo 20 del Decreto 1748 de 1995.

Sin embargo, se revocará el numeral quinto, que ordenó la restitución del valor del bono pensional debidamente indexado en caso de haberse redimido

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

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 como se explicó, y por tanto la orden emitida en primera instancia se torna innecesaria, puede llevar a confusiones y desgastes innecesarios.

Ante el fracaso de los recursos de apelación, de conformidad con el artículo 365 del CGP, se condenará en costas procesales de segunda instancia a las recurrentes en favor de la parte actora, las cuales se liquidarán por la secretaría del juzgado de origen.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 16 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **María Ruth Henao Betancur** en contra **de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y las Administradoras de Fondos de Pensiones –Porvenir S.A y Protección S.A.,** por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de precisar que al momento del cumplimiento de las ordenes previstas en los numerales segundo y

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

tercero “tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”.

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

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a **la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A.** a favor de la parte demandante. Liquídense 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,

Con firma electrónica al final del documento

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Aclaro voto

Radicación No.: 66001-31-05-005-2021-00016-01
Demandante: María Ruth Henao Betancur
Demandado: Colpensiones y otro

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: **d2396ebd56f65e4950a84458684b643cd2bfc3275916b54923ec41b7cfee4536**

Documento generado en 29/06/2023 09:49:26 AM

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