

**CONSTANCIA SECRETARIAL:** Vencido el término de traslado dispuesto en la lista fijada el 27 de abril de 2023, Porvenir S.A. y la parte demandante remitieron en término los alegatos de conclusión, así como el Ministerio Público rindió concepto, como se aprecia en los archivos 05, 06 y 07 de la carpeta de segunda instancia.

**DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ**  
**Secretario**

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2019-00313-01  
Proceso: Ordinario Laboral  
Demandante: Olivia Murillo Salgado  
Demandado: Colpensiones y otros  
Juzgado: Segundo 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, seis (06) de julio de dos mil veintitrés (2023)  
Acta No. 107 del 10 de julio 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 **Olivia Murillo Salgado** en contra de **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** y **la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, al cual fueron vinculados la

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

**Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Oficina de Bonos Pensionales (OBP).**

**PUNTO A TRATAR**

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de Porvenir S.A. y Colpensiones en contra de la sentencia proferida el 23 de enero de 2023 por el Juzgado Segundo 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 y Ministerio de Hacienda y Crédito Público- Oficina de Bonos Pensionales. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

**1. La Demanda y la contestación de la demanda**

La demandante pretende que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) y que, por ende, está vigente su afiliación a Colpensiones. En consecuencia, procura que se condene a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los aportes recibidos, junto con sus rendimientos y cuotas de administración.

En sustento de lo pretendido, relata que nació el 29 de agosto de 1959; que se afilió al RPM en abril de 1983, en donde permaneció hasta el 29 de abril de 1998, fecha en la que suscribió formulario de afiliación a Colfondos S.A., motivada en que el asesor que gestionó su traslado le indicó que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar, además que al trasladarse al RAIS podría obtener mejores beneficios,

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

como pensionarse en cualquier tiempo al no ser necesario el cumplimiento de la edad.

Sin embargo, manifiesta que no se le informó acerca de las posibles desventajas que podría acarrear el trasladarse de régimen pensional, ni la diferencia entre un régimen y otro, las consecuencias jurídicas del traslado y características generales y específicas de cada régimen, que le permitiese tomar una decisión que se ajustará a sus aspiraciones pensionales.

Agrega que, al querer retornar al RPM, Colpensiones negó su solicitud el 28 de junio de 2019 argumentando que no era procedente anular la afiliación debido a que, según información consultada, estaba pensionada o en trámite pensional.

Señala que, realizó solicitud ante Colfondos S.A el día 01 de abril de 2019, con el objetivo de que se reportara el monto pensional que obtendría, teniendo como respuesta que, su cuenta de ahorro individual carecía de capital suficiente para financiar la pensión de vejez, razón por la cual, solo podría optar por la garantía de pensión mínima.

Por último, manifiesta que, una vez verificado el historial de aportes y su IBL, se evidencia un detrimento pensional, lo que genera una afectación a su mínimo vital, ya que, en el Régimen de Prima Media su mesada pensional sería mucho más alta.

La **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-** se opuso a todas y cada una de las pretensiones arguyendo que, una vez revisada la documentación allegada, se observa que la demandante no cumple con los requisitos para realizar un traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media. A su vez argumentó que, no se evidencia que Colfondos

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

S.A haya incurrido en algún engaño o acto que nulite el acto jurídico por vicios en el consentimiento, razón por la cual, concluye que la afiliación al RAIS se realizó con el lleno de los requisitos legales. En esa medida, invocó como excepciones de mérito "*inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*", "*imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal*", "*buena fe*", "*imposibilidad de condena en costas*", "*improcedencia de los intereses moratorios por el no pago de las mesadas pensionales*", "*prescripción*" y "*genérica*".

Por su parte, **Colfondos S.A Pensiones y Cesantías** se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que brindó una asesoría completa respecto de las implicaciones, beneficios y desventajas del régimen de ahorro individual y la rentabilidad que se genera en el régimen, además de que, la vinculación de la actora a la AFP, se llevó a cabo de manera voluntaria, libre de vicios. Reconoció que, es cierto que las mesadas pensionales actuales sean inferiores a las proyectadas hace 21 años, debido a que el monto de la misma se establece por factores externos con características variables, pero que, la inconveniencia económica no es un argumento válido para la declaratoria de una ineficacia del negocio jurídico. De esa manera invocó como excepciones de mérito las que denominó "*validez, eficacia y existencia de la afiliación al RAIS*", "*ilegalidad de las pretensiones de la demanda*", "*inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS*", "*inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la ineficacia de la afiliación al RAIS*", "*prescripción*", "*buena fe*" e "*innominada o genérica*".

Una vez vinculada al proceso, la **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, al igual que su antecesora, se opuso a las pretensiones

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

de la demanda y argumentó en su defensa que actuó conforme a la normatividad de la época en que se llevó a cabo la afiliación por parte de la actora, indicando que, en su momento las AFP COLPATRIA y HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A, otorgaron información de manera completa, veraz y clara para que la demandante tuviera claro las características propias del RAIS, beneficios y desventajas, lo que le llevaría a tomar la mejor decisión, es decir, aquella que se adecuara a sus expectativas pensionales. Por otra parte, hizo énfasis en la imposibilidad de realizar un cálculo de mesada pensional al momento de la afiliación, por lo cual se realizan "*estimaciones y proyecciones*" debido a que, la liquidación final del monto de la mesada pensional depende de múltiples factores con características variables. De acuerdo a ello, invocó como excepciones de mérito las que denominó "*validez y eficacia de la afiliación al rais e inexistencia de vicios en el consentimiento*", "*inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS*", "*inexistencia de la obligación de trasladar el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS*", "*pago*", "*compensación*", "*prescripción*", "*buena fe*" e "*innominada o genérica*".

Finalmente, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público hizo énfasis en que, por mandato legal, según lo dispuesto en el decreto 4712 de 2008, modificado por el decreto 192 de 2015, únicamente responde por la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de bonos pensionales o cupones de bonos pensionales. Además, señala que, desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado de la demandante al RAIS, por lo que no tuvo ningún tipo de injerencia en los acontecimientos objeto del litigio. No obstante, se opuso a las pretensiones formuladas en el escrito de la demanda, argumentando que, la demandante no está en el régimen de transición y no cumple con los siguientes requisitos exigidos para un eventual traslado al Régimen de Prima Media. En ese orden invocó como

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

excepciones de mérito las que denominó: *"falta de legitimación en la causa por pasiva: la oficina de bonos pensionales no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional"*, *"la oficina de bonos pensionales del ministerio de hacienda y crédito público ya cumplió con la emisión, expedición y redención del bono pensional de la señora Oliva Murillo Salgado"*, *"buena fe"*, *"prescripción"*, *"inaplicabilidad del precedente judicial para el caso concreto"* y *"violación al principio constitucional de la sostenibilidad financiera"*.

## **2. Sentencia de primera instancia**

La jueza de primera instancia declaró la ineficacia del traslado que la accionante realizó a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A el día 29 de abril del año 1998, así como su posterior traslado el día 1 de diciembre de 1998 de la AFP Horizonte a la AFP Porvenir S.A y finalmente el traslado del día 9 de junio de 1999 de la AFP Porvenir S.A a la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, le ordenó a esta última AFP girar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad de aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la actora, además de, en conjunto con Porvenir S.A, restituir a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, debidamente indexados y con cargo a recursos propios, otorgándoles un término de 1 mes. En esa misma línea, ordenó a Colfondos S.A, a restituir el pago de bono pensional redimido en favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de forma indexada y con cargo a patrimonio propio.

En armonía con lo anterior, ordenó a Colpensiones que una vez Colfondos

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

S.A cumpliera con las obligaciones a su cargo procediera a aceptar sin solución de continuidad a la demandante en el régimen que administra y dispuso comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el objetivo de que efectuó la anulación del bono pensional 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.

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

Para llegar a esta determinación la jueza de primera instancia hizo un recuento legal y jurisprudencial respecto al deber legal de las AFP de brindar la debida información, de manera clara y completa a sus posibles afiliados al momento de efectuar un traslado, para que este, en virtud del consentimiento informado, pudieran tomar una decisión consciente. Preciso que, la afirmación de la afiliada, de no haber recibido información completa, les genera a las AFP la carga probatoria de demostrar que efectivamente se cumplió con dicho deber, independientemente de si la afiliada goza o no del régimen de transición.

Adentrándose al caso concreto, considero que, no se demostró que la demandante hubiera suscrito un consentimiento informado que le permitiera tener una robusta información respecto a desventajas, ventajas, características propias, requisitos entre otros, para optar por la mejor opción dependiendo de sus expectativas pensionales. En el mismo sentido, respecto al interrogatorio de parte absuelto por la actora, considero que no se logró probar que hubiese recibido la debida asesoría en los términos exigidos por la jurisprudencia, razón por la cual, concluyó que las AFP no cumplieron con la carga de la prueba impuesta en este tipo de procesos.

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

Por otra parte, encontró la a-quo que la señora Olivia Murillo Salgado no ostenta la calidad de pensionada, ya que continúa laborando en la rama judicial como servidora pública y, por ello, desestimó los argumentos de las demandadas en cuanto a alegar que la actora tenía una situación jurídica consolidada que impedía declarar la ineficacia del traslado.

Por último, el despacho consideró que el bono pensional emitido por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mismo que fue redimido a favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, debía ser restituido y pagado a la OBP, debido a que, al declararse la ineficacia del traslado, es equivalente a que la demandante nunca hubiese estado afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo cual, con patrimonio propio e indexado debía ser restituido por parte de la AFP Colfondos.

### **3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta**

La apoderada judicial de Porvenir S.A, interpuso recurso de apelación frente a la orden de traslado de gastos de administración y seguros previsionales, argumentando que dichos conceptos obedecen a un mandato legal de contraprestación por la gestión que realizan las AFP, al igual que lo hace Colpensiones y, además, agregó que Porvenir S.A ya trasladó los dineros que tenía la demandante en su cuenta de ahorro individual a Colfondos S.A, remitiendo además los rendimientos que se causaron y que en su momento, produjo Porvenir S.A con las inversiones realizadas.

Respecto a los recursos de garantía de pensión mínima, argumentó que

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

dichos recursos no se encuentran en manos de Porvenir S.A, puesto que los mismos fueron remitidos al fondo de solidaridad pensional, así como las primas de seguro previsionales tampoco se encuentran en su poder, ya que fueron pagadas a la aseguradora.

Por último, en cuanto la condena en costas, señaló que siempre actuó de buena fe y por ende debe ser exonerada por este concepto.

De otro lado, la apoderada judicial de Colpensiones, al sustentar su alzada, hizo énfasis en que el traslado de régimen se realizó conforme a derecho, sin evidencia de vicios que conlleven a la nulidad del mismo, adicional a lo cual es evidente el desinterés por parte de la demandante, toda vez que nunca manifestó haber acudido al Instituto de Seguro Social o a la AFP para determinar cuál régimen se adecuaba a sus expectativas pensionales, sin que el hecho de que la mesada pensional en el RAIS sea inferior a la que recibiría en el RPM, sea una causa justa para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Por otra parte, recalcó que según la información suministrada por la AFP Colfondos S.A, la demandante ya tiene derecho a la pensión de vejez, y, por ende, al haber adquirido la calidad de pensionada se crea la imposibilidad de retornar al RPM, ya que, esto afectaría a entidades, personas y relaciones jurídicas, por ser una situación jurídica consolidada.

#### **4. Alegatos de conclusión**

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

Analizados los alegatos por las partes, 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.

## **5. Problemas jurídicos por resolver**

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

- 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 las AFP demandadas, la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

- 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 si es procedente ordenar la exoneración de costas procesales a cargo del recurrente.
- vii. Determinar si procede como condena para las AFP Colfondos S.A y Porvenir S.A el retorno a Colpensiones de los emolumentos correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales.
- viii. Definir cuál es el precedente vertical y horizontal respecto a la ineficacia del traslado de personas pensionadas.

## **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,

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, Sentencia SL 373 -2020, Sentencia SL 5462-2019, Sentencia SL149-2020, Sentencia SL5533-2019, Sentencia SL5144-2019, Sentencia SL4937-2019, Sentencia SL4426-2019, Sentencia SL4343-2019, Sentencia SL4856-2019, Sentencia STP 2082-2019, Sentencia SL4360-2019, Sentencia SL3852-2019, Sentencia SL3749-2019, Sentencia SL3179-2019, Sentencia SL1838-2019, Sentencia SL2817-2019, Sentencia SL771-2019, Sentencia SL4296-2018, Sentencia SL2865-2019, Sentencia SL2955-2019, Sentencia SL2324-2019.

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

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

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

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

663 de 1993, norma en la que se destaca la importancia de los principios de debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.

**2)** Adicionalmente, se tiene previsto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

**3)** Dispone el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores y servidores públicos que se trasladen por primera vez del RPM al RAIS, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.

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

<sup>1</sup> Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

**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."

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

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

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

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

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

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

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

	2016	
--	------	--

#### **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”**

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:

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

*“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”.*

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

Como se dijo en precedencia, el tema de la suscripción del formulario de traslado como única prueba para desvirtuar la negligencia en la remisión de información al afiliado, ha sido analizado en múltiples fallos de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre estas sentencias, está la providencia CSJ SL12136-2014 en la que se dijo lo siguiente:

*“De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados*

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

*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 2021<sup>1</sup> 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”.*

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL5688 de 2021, rad. 83576 del 6 de octubre de 2021.

M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

---

<sup>6</sup> 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 N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

En este orden de ideas, en la sentencia CSJ SL 5686 de 2021<sup>2</sup> traída a colación en la CSJ SL1926-2022<sup>3</sup> 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 supe 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 2022<sup>4</sup> 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”*

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL5686 de 2021, rad. 82139 del 6 de octubre de 2021. M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

<sup>8</sup>Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL1926 de 2022, rad. 89920 del 27 de abril de 2022. M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

<sup>9</sup> 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 N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

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

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

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

*En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al 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 N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

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 1618-2022<sup>5</sup> 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”**

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.*

---

<sup>10</sup>Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL 1618-2022, radicado 87821 del 4 de mayo de 2022, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

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

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

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

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

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

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

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

*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.**

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:

*“devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje*

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

*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 Precedente vertical: la tesis de la Corte Suprema de Justicia respecto al tema de la ineficacia del traslado de personas pensionadas**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021, proferida el 10 de febrero de 2021, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sentó un precedente que cumple como derrotero en aquellos casos en los que se procura la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, y con el cual tomó distancia del criterio establecido por la misma Corporación en la sentencia emitida el 9 septiembre 2008, dentro del proceso radicado con el número 31989.

Explicó la Corte que, si bien tiene una postura pacífica que atiende la declaratoria de ineficacia en aquellos casos en los que se acredita la inobservancia del deber de información por parte de las AFP del régimen privado al momento de gestionar un traslado de régimen pensional, esta no podía aplicarse a aquellos casos en los que ya se había concedido una pensión de vejez al afiliado, por cuanto el estatus adquirido constituye una situación jurídica consolidada que, al ser inobservada, tiene efectos en el universo de las entidades que intervienen, directa o indirectamente, en la consolidación, reconocimiento y pago de la garantía

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

pensional. Sobre algunas de estas consecuencias explicó la Corte:

*“Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que revertir esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.*

*Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.*

*Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.*

*Por lo tanto, no se trata solo de revertir el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.*

*Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.*

*Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de*

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

*libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos”.*

Pese a lo anterior, señaló el alto Tribunal que la persona que, habiendo sido pensionada en el RAIS, considerara afectado su patrimonio al estimar que su traslado no estuvo precedido de un consentimiento informado, cuenta con herramientas para procurar su resarcimiento. En estos términos expuso su postura:

*“Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.*

*El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.*

*En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento”.*

Esta postura fue adoptada por la presente Sala de decisión en sentencia del 8 de marzo de 2021, radicado 2017-00577, con ponencia de quien aquí cumple igual encargo, variando la tesis que venía sosteniendo hasta la fecha respecto de la viabilidad de la ineficacia de traslado de personas pensionadas.

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

Asimismo, en sentencia del 3 de marzo de 2021, proferida dentro del proceso radicado con el número 2016-00304, M.P. Julio César Salazar Muñoz, esta Sala expuso lo siguiente:

*“Es que de aceptarse la aplicación de la tesis de la ineficacia de los traslados para aquellas personas que han adquirido el derecho pensional y que han incorporado esos recursos a su patrimonio, ocurriría lo siguiente: i) se transgrediría la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, norma que fue declarada exequible en la sentencia C-1024 de 2004 en la que se arguyó que no es posible permitir el traslado de afiliados al sistema que están próximos a concretar el derecho a la pensión de vejez, pues dicha prohibición contiene en sí la protección de la sostenibilidad financiera del sistema pensional; ii) se quebrantaría el cambio de plan de capitalización o de pensiones y de entidades administradoras dispuesto en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, en el que se faculta a todos los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad y que no haya adquirido la calidad de pensionado, a transferir voluntariamente el valor de su cuenta de ahorro individual a otro plan de capitalización o de pensiones autorizados, o trasladarse a otra entidad administradora, pues con ello lo que se busca es garantizar el servicio administrativo y financiero de las pensiones en el RAIS, asegurar la estabilidad financiera y rentabilidad de las inversiones, lo que permite garantizar el cumplimiento de los principios previstos en el artículo 2° de la Ley 100 de 1993, tal y como lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-841 de 2003, en la que declaró exequible la expresión “y que no haya adquirido la calidad de pensionado” contenida en el referido artículo 107 de la ley 100 de 1993, concluyendo al respecto que “la limitación del traslado de la cuenta de ahorro pensional cuando se ha adquirido la calidad de pensionado, resulta efectivamente conducente para el logro de los fines de eficiencia administrativa y financiera de las entidades administradoras y de sostenibilidad y rentabilidad del sistema.”*

## **6.8 Caso concreto**

Se pretende por esta vía ordinaria que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dada la omisión de información clara y precisa, que ha debido brindarle las AFP a la demandante en orden a conocer las condiciones y consecuencias de migración de régimen.

De acuerdo a ello, sea lo primero indicar que, aunque es cierto que tanto esta Corporación como la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia han generado un precedente que impide la declaratoria de ineficacia de quienes ostenten la calidad de pensionado; realmente, tal como lo concluyó la jueza de primera instancia, en este caso la situación jurídica de la demandante no se ha consolidado, puesto que únicamente se le comunicó el 12 de diciembre de 2018 por parte de Colfondos S.A. que su pensión fue aprobada en cuantía de un salario mínimo en la modalidad de retiro programado, por lo que para hacer efectivo el reconocimiento debía aportar otros documentos<sup>6</sup>, mismos que la demandante aseguró no haber arrimado a la AFP, por no estar de acuerdo con el reconocimiento en la cuantía ofrecida, sin que la AFP haya arrimado soporte documental que dé cuenta de lo contrario.

Por otra parte, entre la documental aportada por las partes no se evidencia que, con posterioridad al comunicado del 12 de diciembre de 2018, a la actora se le haya puesto de presente el momento en que se empezaría a pagar su pensión, además que consultado el reporte de Afiliaciones de una Persona en el Sistema-Consulta Ruaf- se evidencia que **la demandante a la fecha tiene la calidad de afiliada cotizante y no de pensionada.**

Así, debe advertirse que para que la condición de pensionado se encuentra consolidada no basta con la aprobación inicial de la pensión o la causación de la misma, sino que aquella se haga efectiva o, en otras palabras, que el afiliado empiece a disfrutar de la prestación, lo que trae consigo el pago de las mesadas y, en el caso del RAIS, la aceptación del afiliado de la modalidad pensional y la suscripción de los diferentes contratos con las aseguradoras o el acto administrativo de reconocimiento de la garantía de pensión mínima, lo que en este caso no se dio.

---

<sup>6</sup> Página 23, archivo 23 del cuaderno de primera instancia.

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

En ese orden, como la actora conserva su calidad de afiliada, no hay lugar a hacer acopio al precedente jurisprudencial respecto a la situación jurídica consolidada.

Superado lo anterior, 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 al afiliado, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

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

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

- i)* Que, dependiendo del capital, puede pensionarse anticipadamente, esto es, antes de la edad mínima para la pensión de vejez.
- ii)* La posibilidad para sus herederos de hacerse a la devolución de saldos, en caso de que no existieran beneficiarios para la pensión de sobrevivientes.
- iii)* La devolución total del saldo en caso de no alcanzar a reunir el total de los requisitos legales para optar al beneficio pensional.
- iv)* Tener la posibilidad de la pensión de vejez habiendo cotizado el mínimo de semanas requeridas a pesar de no reunir el capital suficiente para el financiamiento de la

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

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.

Las AFP convocadas al proceso afirman en su contestación de la demanda y en su alzada que brindaron a la parte demandante la información seria y veraz que, para la época era jurídicamente pertinente sin que se precise en qué consistió tal cosa. Ello sería suficiente para concluir, que efectivamente la información que recibió el actor fue insuficiente y sesgada al momento de hacer el traslado, pues como se vio en el precedente jurisprudencial, para la fecha de la creación de las AFP existían normas en el código civil y en el estatuto financiero que obligaban a los fondos a brindar una asesoría adecuada de cara a lo que consistían el nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad por lo menos en los puntos que se acaban de esbozar.

Ahora, lo cierto es que las demandadas, como prueba del cumplimiento del deber de información, llamaron a declarar a su contraparte procesal, con el fin de

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

demostrar el cumplimiento de su obligación, sin embargo, una vez rendido el interrogatorio de parte, no se logró desvirtuar la omisión alegada en la demanda, puesto que la promotora del litigio negó haber recibido la información necesaria que dejara en claro la totalidad de las características que componen el RAIS, ya que, al momento de suscribir el formulario se encontraba en la oficina de recursos humanos de la entidad en la que laboraba -Rama Judicial- y allí le fue indicado que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar y por ende debía afiliarse a un fondo privado, además que trasladarse al RAIS era mucho mejor, y que podía pensionarse a una edad inferior.

Si bien añadió que, adicional a su inconformidad por la manera en que se llevó a cabo su afiliación, parte de su motivación de retornar al RPM se funda en el bajo monto de la mesada pensional que percibiría en el RAIS, esto de ningún modo desvía el origen de la litis, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo, la afiliada accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados.

Cabe recalcar que la demandante jamás confesó que se le hubiere brindado una explicación pormenorizada e individualizada de los pros y contras de su determinación de cambiar de régimen o de las características entre uno u otro régimen, y, la documental aportada no da cuenta de las circunstancias que rodearon el momento del traslado o de la información recibida por la actora, que contrario a lo afirmado por las pasivas de la litis, se evidencia parcializada, sesgada e insuficiente para calificarse de informada.

En este punto, es importante precisar que, la jurisprudencia de la Sala Laboral, de ningún modo impone a los fondos un tipo de tarifa legal, encaminada a demostrar el deber de información por registro escrito, pues en virtud del principio de libertad probatoria pueden acudir a cualquiera de los medios de prueba

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

dispuestos en la ley, como la declaración de parte, confesión, testimonios, entre otros; sin embargo, en el caso concreto refulge como lo concluyó la jueza de instancia que la AFP convocada a juicio incumplió con la carga de la prueba que le asistía, esto es demostrar que el acto de traslado estuvo precedido de información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados.

En el mismo orden, 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 de la 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.

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

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, 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.

De acuerdo a ello, 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.

En cuanto a las condenas impuestas a Colfondos S.A y Porvenir 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

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

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.

Sin embargo, bajo las mismas premisas se adicionará la sentencia en el sentido de precisar que al momento del cumplimiento de esa orden prevista en el numeral quinto *“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 las AFP al ordenar que se devuelvan los gastos de administración, debe decirse que como en materia laboral no existe una norma expresa que regule esta figura, en aplicación del principio de integración normativa, previsto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debe acudirse a lo señalado en el artículo 831 del Código de Comercio, que dispone que «Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro», y, de acuerdo a la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Civil el enriquecimiento sin causa se da solo cuando el desplazamiento patrimonial otorga una ventaja a una parte en detrimento de otras sin fundamento jurídico que lo justifique, supuestos que en este caso no se cumplen, en la medida que si bien la AFP debe trasladar los valores cobrados por gastos de administración, dicho traslado de recursos sí tiene un fundamento jurídico que no es otro que la declaratoria de ineficacia de la afiliación y las consecuencias de crear la ficción de que el acto nunca existió, lo cual implica que, si no existió no pudo haber descontado una suma por administrar los aportes.

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

Ahora, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban al momento del traslado de régimen, se confirmará la orden de comunicar la decisión adoptada en este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, proceda con la anulación del Bono Pensional emitido en favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante 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 el bono pensional fue expedido, emitido, y cancelado por parte de esa cartera ministerial, razón por la cual, se encuentra igualmente procedente ordenar a Colfondos que restituya el valor pagado por la OPB, debidamente indexado, tal como lo dispuso la a-quo.

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

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

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

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: ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 23 de enero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Olivia Murillo Salgado** en contra de **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** y la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, al cual fueron vinculados la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** y el **Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Oficina de Bonos Pensionales (OBP)**.en el siguiente sentido:

*“al momento de cumplirse la orden prevista 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”.*

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Radicación N°: 66001-31-05-002-2019-00313-01

Demandante: Olivia Murillo Salgado

Demandado: Colpensiones y otros

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**

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 Goetz 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: **0b853f477d664659e2612cdf67c7fa5de56803e4aad96a0279ddec4c3f23e814**

Documento generado en 07/07/2023 11:34:39 AM

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