

CONSTANCIA SECRETARIAL: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 18 de mayo de 2023, Colpensiones, Porvenir S.A. y la demandante remitieron en término los alegatos de conclusión, como se aprecia en los archivos 05, 06 y 07 de la carpeta de segunda instancia.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

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

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A y Colfondos S.A
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, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Acta No. 115 del 24 de julio de 2023

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

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

Henao Restrepo en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A.**, y **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**.

AUTO

Se reconoce personería amplía, legal y suficiente a la Dra. BERTHA ESPERANZA YELA ALVAREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.122.782.103 de Sibundoy Putumayo y Tarjeta Profesional No. 294.800 del Consejo Superior de la Judicatura, quien allegó la sustitución de poder que le hiciera el representante legal de la sociedad MUÑOZ MEDINA ABOGADOS S.A.S. apoderada general de Colpensiones, en virtud de la Escritura Pública No. 3365 del 02 de septiembre de 2019.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta dispuesta en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, además del recurso de apelación presentado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, en contra de la sentencia proferida el 31 de enero de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. La Demanda y la contestación de la demanda

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

En sustento de lo pretendido, relata, en síntesis, que nació el 07 de abril de 1964; que se afilió por primera vez al RPM el 16 de noviembre de 1988 a través de CANAJAL donde registró cotizaciones hasta el 15 de noviembre de 1994, toda vez que el 16 de noviembre de 1994 suscribió formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A., AFP en la que permaneció hasta el 4 de marzo de 2002, por cuanto el 5 de ese mismo mes y año se trasladó a Horizonte en la cual permaneció hasta el 31 de diciembre de 2013, debido a que desde el día 1 de enero de 2014 ha permanecido afiliada a Porvenir S.A, por la fusión que operó entre las últimas dos AFP mencionadas.

Relata, que el asesor que gestionó su traslado le indicó que CANAJAL se iba a acabar, además que al trasladarse al RAIS podría obtener mejores beneficios, como pensionarse en cualquier tiempo al no ser necesario el cumplimiento de la edad, sin informarle a cuanto debía ascender el saldo de su ahorro individual en aras de alcanzar una pensión anticipada, ni tampoco acerca de las posibles desventajas que podría acarrear el trasladarse de régimen pensional, que le permitiese tomar una decisión que se ajustará a sus aspiraciones pensionales.

En esa misma línea, señala que durante el tiempo de estadía dentro del RAIS nunca se le presentaron proyecciones financieras que le permitieran hacer una comparación respecto del monto pensional otorgado en ambos regímenes, además,

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

jamás se le suministró información sobre la posibilidad de trasladarse al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, en especial los años anteriores al cumplimiento de la edad máxima de traslado.

Agrega que el 03 de abril de 2017 Colpensiones le negó la solicitud de traslado, argumentando que se encontraba a diez o menos años del requisito de tiempo para pensionarse, lo cual fue igualmente contestado el 20 de mayo de 2021 por Colfondos S.A.

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, siendo evidente que la firma de la demandante está en los formularios de afiliación suscritos, por lo cual la afiliación es totalmente válida. Además, señaló que, conforme a los parámetros normativos de la fecha de afiliación de la actora, no era obligatorio realizar proyecciones financieras de las mesadas pensionales de los potenciales afiliados, ni mantener constancia escrita de las asesorías suministradas. De esa manera, invocó como excepciones mérito las que denominó *"inexistencia de la obligación"*, *"falta de legitimación en la causa por pasiva"*, *"buena fe"*, *"innominada o genérica"*, *"ausencia de vicios del consentimiento"*, *"validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad"*, *"ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A."*, *"prescripción de la acción para solicitar la nulidad de la afiliación"*, *"compensación y pago"* y *"validez de la vinculación inicial al sistema general en pensiones específicamente al rais administrado por Colfondos S.A."*.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, señalando que la afiliación de la demandante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, sin que se evidencia la existencia de vicios en el consentimiento y tampoco un engaño por parte de las AFP, adicional a lo cual la demandante no cumple con los requisitos legales para acceder a la declaratoria de la ineficacia, por lo que la entidad no está en la obligación de realizar el traslado del RAIS al RPM. En ese orden, como medios exceptivos de mérito formuló: "*validez de la afiliación al RAIS*", "*aceptación implícita de la voluntad del afiliado*", "*saneamiento de una presunta nulidad*", "*prescripción*", "*buena fe*", "*imposibilidad de condena en costas*", "*genérica*" y "*declaratoria de otras excepciones*".

Finalmente, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, indicando que la información brindada a la demandante fue completa, veraz y oportuna, puesto que la asesoría se ajustó a los parámetros legales vigentes para la época del traslado, donde no era obligatorio realizar proyecciones financieras, ni tener constancia escrita de las mismas. Además, señaló que la demandante no puede retornar en la actualidad al RPM, debido a que ya cumplió con la edad requerida para pensionarse y no es beneficiaria del régimen de transición. Así, como medios exceptivos de mérito formuló: "*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 se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS*", "*prescripción*", "*buena fe*" e "*innominada o genérica*".

2. Sentencia de primera instancia

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

La jueza de primera instancia declaró ineficaz el traslado de régimen pensional que efectuó la demandante a través de Colfondos S.A. el día 15 de noviembre de 1994 y en virtud de tal declaración, declaró que este seguía afiliada al régimen de prima media con prestación definida actualmente administrado por COLPENSIONES. Asimismo, declaró ineficaz el traslado efectuado con posterioridad al primero, concretamente el del 9 de abril del 2002, llevado a cabo a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.

En consecuencia, ordenó a esta última que efectúe el traslado a Colpensiones de la totalidad del capital existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con los respectivos rendimientos financieros, en el término de 1 mes. Así mismo, en conjunto con Colfondos S.A a devolver a COLPENSIONES, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, el valor de las comisiones y cuotas de administración que se cobraron a la demandante, así como de las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales.

Concomitante a ello ordenó a Colpensiones tener como vinculada sin solución de continuidad a la señora Olga Rocío Henao Restrepo y dispuso comunicar el contenido de la sentencia a la Oficina de Bonos Pensionales (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 la legislación vigente.

Por último, condenó a Colfondos S.A. al pago de las costas procesales, en un 100%, a favor de la parte demandante.

Para llegar a tal determinación la *a-quo* hizo un recuento legal y

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

jurisprudencial respecto del deber de información a cargo de las AFP, la cual debía ser clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, carga que deben asumir desde la misma creación de los fondos, para que no existiera en el potencial afiliado ningún tipo de duda, para de esta manera, el usuario eligiera el régimen pensional que se ajustara a sus expectativas pensionales.

Advirtió que la Corte Suprema de Justicia, en varias oportunidades ha establecido para este tipo de asuntos una regla de inversión de la carga de la prueba en favor de los afiliados, por lo cual le correspondía a los fondos privados demandados probar que cumplieron a cabalidad con el deber de información; sin embargo, en este caso, las AFP no lograron demostrar esa exigencia para lograr exonerarse de las consecuencias derivadas de la declaratoria de ineficacia del traslado que realizó la demandante. Así, precisó que la sola suscripción de formularios y los traslados dentro del mismo RAIS, no son prueba suficiente para acreditar que la información brindada por las AFP a la demandante fue completa y veraz, además de tampoco constituir un consentimiento informado, mismo que en ningún momento fue aportado por las AFP, refiriéndose solamente a la firma por parte de la demandante de los formularios de afiliación.

Por último, no compartió el despacho el argumento presentado por el apoderado de Colpensiones, referente a que, al ser la demandante servidora de la rama judicial, tuvo en su momento acceso a información referente al régimen de prima media por haber laborado en Juzgados Promiscuos, toda vez que el trabajo de la actora no desvirtúa la obligación de las AFP de suministrar a sus afiliados información completa y veraz, por lo cual, declaró la ineficacia del traslado de la demandante, del RPM al RAIS.

3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por medio de apoderado judicial, interpone recurso de apelación, ratificándose en la contestación de la demanda y razones de defensa, agregando que para la época del traslado de la actora, las asesorías se realizaban de manera verbal, y para la época las AFP no tenían el deber legal de documentar la asesoría brindada a sus potenciales afiliados, ya que, solo bastaba con que el afiliado firmara el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones, mismo que se realizó a cabalidad, razón por la cual considera que se debió absolver a las AFP debido a que la demandante recibió de forma completa, satisfactoria y veraz información respecto a los regímenes pensionales.

Adicionalmente, manifestó su inconformidad con la devolución de los gastos de administración, los cuales estaban dispuestos por la gestión de la administradora de fondo de pensiones, señalando que, dicha comisión cubre los costos de operación de las AFP. Operaciones que generan rendimientos financieros a favor del afiliado sobre el saldo de su cuenta de ahorro individual, mismos de los que se benefició durante su afiliación. A su vez, manifestó su desacuerdo con la devolución de la prima de seguro previsional que eran primas encaminadas a proteger la suerte de la demandante, ya que, al generarse esta devolución se estaría generando un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones, en detrimento de las AFP.

4. Alegatos de conclusión

Analizados los alegatos presentados 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 expresará 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:

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

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

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

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

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

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

7. Analizar cuál es el precedente aplicable en la actualidad respecto de los actos de relacionamiento.

8. Establecer si hay lugar a exonerar en costas a Colfondos S.A.

6. Consideraciones

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

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

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

Sentencia SL1838-2019, Sentencia SL2817-2019, Sentencia SL771-2019, Sentencia SL4296-2018, Sentencia SL2865-2019, Sentencia SL2955-2019, Sentencia SL2324-2019.

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

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

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

- 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.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

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 **necesaria y transparente**, que con el transcurrir del tiempo esta exigencia

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
 Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
 Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

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° 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°, 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° del Decreto 2071 de 2015</p> <p>Circular Externa N° 016 de 2016</p>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

El segundo problema jurídico relativo al valor probatorio de los formularios de afiliación, fue abordado en la sentencia a la que venimos haciendo referencia, en el sentido de que los formularios de afiliación a lo sumo acreditan un consentimiento,

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

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”.

Tal como se dijo en precedencia, el tema de la suscripción del formulario de traslado como única prueba para desvirtuar la negligencia en la remisión de información al afiliado, ha sido analizado en múltiples fallos de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, de cuyo contenido queda claro además que la suscripción de varios formularios de afiliación dentro del mismo RAIS⁴, tampoco es suficiente para declarar eficaz el primer traslado si de todas maneras no se

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

demuestra que al interesado o interesada se le brindó la información suficiente y clara respecto a las ventajas y desventajas del cambio de régimen. Entre estas sentencias, está la providencia CSJ SL12136-2014 en la que se dijo lo siguiente:

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

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

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

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

administradoras privadas, al respecto en la sentencia SL 5688 de 2021⁵ que memora la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 expuso:

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

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

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

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

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

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

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021”.

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

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

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

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

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.

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

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

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

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

Finalmente, en el mismo sentido se ha pronunciado el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, respecto a las publicaciones de prensa y extractos de la cuenta de ahorro individual, en este orden en la sentencia CSJ 1618-2022⁹ precisó:

“Respecto a las citadas publicaciones así como frente a los extractos de cuenta de ahorro individual que se remitieron a la demandante y la información en ellos contenida, a los que se

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

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 sí solos no tienen la virtualidad de acreditar que la AFP cumplió con su obligación legal de información y su deber orientador, de manera permanente desde antes de vincular a la señora Gloria Pinilla Anzola”.

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

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

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

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

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

¹⁰ Ibidem

quien está en posición de hacerlo.

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

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

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

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

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

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

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 destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos,

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

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, dada la omisión de información clara y precisa, que han debido brindarle las AFP a la demandante en orden a conocer las condiciones y consecuencias de migración de régimen.

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

Así pues, la negligencia en que eventualmente incurren tales administradoras de pensiones, al no suministrar la información adecuada y precisa al afiliado(a), recaerá en la eficacia del acto, dado que con la omisión o la defectuosa información se ha inducido en error al afectado(a). En curso del proceso la AFP demandada no

cumplió con la carga que se le impone, esto es, **acreditar haber transmitido a la parte actora la información concreta y cierta, acerca de la implicación del traslado de régimen pensional.**

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

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

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

Las AFP convocadas al proceso afirman en su contestación de la demanda que brindaron la información completa, clara y veraz que para la época era jurídicamente pertinente a la parte demandante sin que se precise en qué consistió tal cosa. Ello sería suficiente para concluir, que efectivamente la información que recibió la parte actora 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 Porvenir S.A. -Colfondos S.A desistió del interrogatorio de parte-, como prueba del cumplimiento del deber de información, llamó a declarar a su contraparte procesal, con el fin de demostrar que le brindó la información seria y veraz que, para la época, era jurídicamente pertinente, sin embargo, una vez rendido el interrogatorio de parte, no se logró desvirtuar la poca información recibida por la promotora de la litis, puesto que únicamente indicó la actora que el traslado se dio en la oficina de recursos humanos de la entidad en la que laboraba y que allí, con asistencia de un asesor de la AFP, se le aseguró que Cajanal se iba acabar y por ende debía trasladarse a un fondo para seguir laborando. Si bien añadió que la decisión de retornar a Colpensiones 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

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

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.

Por otra parte, frente a los actos de relacionamiento, invocados por el apoderado judicial de Porvenir S.A para convalidar el traslado, específicamente por el movimiento de la demandante dentro del RAIS, basta remitirse a la sentencia CSJ SL 5686 de 2021 que corrigió la tesis sentada en dichas providencias por ser contrarias al precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras, en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, CSJ SL1949-2021, CSJ SL1055 de 2022 CSJ SL1926-2022 y CSJ SL 5686 de 2021, en tanto como explicó la Corte, trasladarse entre entes pensionales del RAIS, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados, ratifica la decisión del traslado o supone una afiliación tácita del mismo. Por otra parte, no hay pruebas documentales de la tal reasesoría y tampoco lo aceptó la demandante.

En cuanto a las condenas impuestas a las Administradoras Privadas de Pensiones demandadas y atendiendo apelación por parte de 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 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,

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

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.

Al margen de lo anterior, 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 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”*.

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

Frente al argumento de Colpensiones en la contestación, referente a que era improcedente permitir que la demandante se trasladara hacia dicha entidad al superar la edad mínima pensional, basta mencionar que uno de los efectos de la ineficacia es que justamente las cosas se retrotraen 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

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

automático de la demandante al régimen solidario de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, del cual ya hacía parte la demandante por haber estado vinculada a Cajanal. Además, lo aquí analizado 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.

Adicional a lo indicado, atendiendo el argumento de Porvenir S.A., según el cual se incurre en un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones, en detrimento de la AFP al ordenar que se devuelvan los rendimientos financieros, 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 las AFP deben trasladar los rendimientos financieros, estos no les representan un detrimento patrimonial, ya que hacen parte de la cuenta de ahorro individual del afiliado y, en ese orden, no son de su propiedad y únicamente los administras, debiéndose considerar además que 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.

Por otro lado, resulta improcedente dar prosperidad a las solicitudes especiales elevadas por Colpensiones en su contestación de remitir el expediente al

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud para que este imponga las multas correspondientes y, de condenar a Porvenir S.A un cálculo actuarial equivalente al valor total de las mesadas pensionales a pagar, liquidadas bajo los parámetros del Régimen de Prima Media teniendo en cuenta para ello la expectativa de vida de la demandante y la de sus beneficiarios, puesto que, son ajenas al objeto del proceso, ello debe ser objeto de demanda de COLPENSIONES contra la AFP a efectos de que esta última ejerza debidamente su derecho de defensa. En consecuencia, el cálculo actuarial solicitado por COLPENSIONES no puede analizarse en este asunto porque no hay pretensiones en ese sentido. Por otra parte, no puede pasarse inadvertido que dentro de la acción de ineficacia las sanciones son taxativas y su interpretación restrictiva y la única sanción legal establecida para quienes atenten contra la afiliación libre, voluntaria e informada del trabajador es la prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuya imposición le compete a las autoridades del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso y no a la justicia del trabajo. Lo anterior sin perjuicio de las acciones por indemnización de perjuicios que eventualmente tienen la afiliada y COLPENSIONES.

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 liquidado, emitido y cancelado por parte de esa cartera

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

ministerial y la actora no ha llegado a los 60 años, como para concluir que se efectuó la redención normal.

Ante el fracaso del recurso de apelación, de conformidad con el artículo 365 del CGP, se condenará en costas procesales a Porvenir S.A., a 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: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 31 de enero de 2023, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Olga Rocío Henao Restrepo** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A.**, y **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** en el siguiente sentido:

“al momento de cumplirse la orden prevista en los numerales cuarto y 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”.

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

Radicación No.: 66001-31-05-002- 2021-00326-01
Demandante: Olga Rocío Henao Restrepo
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a Porvenir S.A. a favor de la parte demandante. Líquidense 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
Aclara 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: **7b8246673774086834bfaa6aa60d3593a005f58b9eee1eac13d0b122038a1b29**

Documento generado en 24/07/2023 08:53:51 AM

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