CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido que dentro del presente proceso la demandante, Colpensiones y Porvenir S.A. presentaron alegatos de conclusión en los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 15 de junio de 2023. El Ministerio Público rindió concepto en esta instancia procesal, y Protección S.A. dejó transcurrir el término en silencio.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
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, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Acta No. 119 del 27 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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Carmenza Buitrago Botero** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A. y Protección S.A.**

AUTO

Se reconoce personería amplía, legal y suficiente al Dr. **Sebastián Ramírez Vallejo**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.088.023.149 y tarjeta profesional No. 316.031 del Consejo Superior de la Judicatura, para que represente los intereses de Porvenir S.A, como apoderado judicial inscrito a la sociedad Tous Abogados Asociados S.A.S quien ostenta la representación de dicha AFP.

Asimismo, se reconoce PERSONERÍA jurídica a la sociedad **Muñoz Medina Abogados S.A.S** como apoderada principal de Colpensiones, conforme al poder general conferido mediante escritura pública No. 3365 del 2 de septiembre de 2019, y a la Dra. **Bertha Esperanza Yela Álvarez**, identificad con cédula de ciudadanía No. 1.122.782.103 y tarjeta profesional No. 294.800 del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con la sustitución conferida.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta dispuesto en favor de Colpensiones, y los recursos de

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

apelación propuestos por dicha administradora y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 7 de marzo de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. Demanda y su contestación

La demandante busca que se declare la ineficacia del traslado que realizó a Porvenir S.A. a través de la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS).

En consecuencia, procura condene a Colpensiones a recibirla como afiliada, y a Porvenir S.A. a trasladar los saldos, cotizaciones y/o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses, y con la diferencia entre el valor de lo trasladados por la AFP Porvenir y lo que hubiere cotizado de haber permanecido en la administradora del RPM, lo que se demuestre bajo las facultades ultra y extra petita y las costas procesales a su favor.

En sustento de lo pretendido, relata que nació el 30 de septiembre de 1965, inició su vida laboral realizando aportes al RMP el 27 de septiembre de 1990 hasta el 01 de octubre de 1996, debido a que suscribió formulario de traslado de Régimen Pensional por medio de la AFP Porvenir.

Arguye que el asesor de la AFP no le brindó una información plena, cierta y oportuna que le permitiera tomar la decisión del traslado, bajo un conocimiento informado y consciente de las consecuencias que dicha decisión le generaría en el

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

futuro. Relata que el asesor no le realizó una proyección de su expectativa pensional en ambos regímenes y no le puso de presente la existencia del régimen de transición.

Finalmente, expone que el 03 de diciembre de 2019, Colpensiones negó la solicitud de traslado.

Del mismo modo, **Colpensiones** se opuso a todas y cada una de las pretensiones arguyendo que el traslado de régimen presentado por la actora se encuentra ajustado a derecho, y no se evidencia engaño, vicio o error que conlleve a la indebida afiliación al RAIS que se llevó a cabo en virtud a su libertad de escogencia de régimen pensional. Invocó como excepciones de mérito "*validez de la afiliación al RAIS*", "*saneamiento de la presunta nulidad*", "*solicitud de traslado de dineros de gastos de administración*", "*prescripción*", "*imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal*", "*buena fe*", "*imposibilidad de condena en costas*", y "*declaratoria de otras excepciones*".

Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante no se trasladó de régimen en virtud del formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Porvenir, sino que se trasladó a través de ING. Afirma que los actos de traslado produjeron plenos efectos jurídicos porque la asesoría se ajustó a los parámetros legales vigentes para dichas épocas, en virtud de las cuales no era obligatorio realizar proyecciones financieras de la mesada pensional, aunado a que la actora ha realizado aportes al RAIS por más de 21 años. Agrega que el traslado de la demandante es improcedente por encontrarse incurso en la prohibición contenida en el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y que en caso de declararse el traslado la condenar a Porvenir a trasladar a

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

COLPENSIONES los rendimientos generados, y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante. Como medios exceptivos de mérito propuso: “ *validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento*”, “*saneamiento de la eventual nulidad relativa*”, “*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*”.

Por medio de auto del 10 de febrero de 2022 se integró en calidad de litisconsorte necesario a la **AFP Protección S.A.**, administradora que se opuso a las pretensiones señalando que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión, ya que el traslado que realizó al RAIS se dio de forma libre, voluntaria, al punto que aportó voluntariamente para mejorar su mesada pensional. Con base en lo anterior, como excepciones de mérito formuló “*buena fe*” e “*inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*”.

2. Sentencia de primera instancia

El juez de primera instancia desestimó las excepciones propuestas; declaró ineficaz el traslado realizado por la demandante Carmenza Buitrago Botero el 18 de abril de 1996 del RPM al RAIS, a través de ING-Protección; en consecuencia, condenó a Porvenir S.A. que en el término de un mes trasladara los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

e intereses, incluidos los valores descontados de administración, debidamente indexados a Colpensiones, y entregar el archivo del detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS. Acudiendo incluso a sus propios recursos.

Asimismo, ordenó a Protección S.A a trasladar a Colpensiones los valores descontados de administración durante el tiempo de vinculación del accionante con esa entidad, debidamente indexados, acudiendo incluso a sus propios recursos.

Además, ordenó a Colpensiones que aceptara el retorno de la demandante sin solución de continuidad, desde el momento en que se afilió al RPM, condenó en costas a Protección S.A. y Porvenir S.A en favor de la demandante, y como agencias en derecho fijó la suma de 1SMMLV por cada entidad.

Finalmente, dispuso el grado jurisdiccional de consulta en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Para llegar a esta determinación el operador judicial previo recuento normativo y jurisprudencial, indicó que si bien la selección del régimen es libre y voluntario para el afiliado, ello no exime a los administradores de los fondos de pensiones de brindar información clara, cierta comprensible y oportuna de las características, condiciones, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, recordó que tratándose de ineficacias del traslado opera una inversión de carga de la prueba correspondiéndole a la AFP demostrar que si brindo dicha información, aunado a que los actos de relacionamiento no convalidan el deber de información trasgredido al momento de la afiliación. Añadió que, de los anexos presentados por la AFP llamada a juicio, incluyendo el formulario de afiliación no ofrecían claridad sobre la información que se le presentó a la demandante al

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

momento del traslado, y rendido el interrogatorio de parte no se obtuvo prueba de confesión. Concluyó que el fondo incumplió la carga de la prueba impuesta debido a que la decisión de traslado no estuvo precedida por la comprensión e información suficiente.

Finalmente, dispuso el grado jurisdiccional de consulta en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta

La Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando que el traslado de régimen realizado por la demandante fue libre, voluntario y sin presiones, lo que atendió a las exigencias previstas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual le correspondía a la actora acreditar la falta de información brindada por los asesores del RAIS, aunado a que la demandante ha permanecido por más de 21 años en el mismo régimen, y la diferencia en la mesada pensional es insuficiente para declarar que el acto de traslado debe ser ineficaz.

Porvenir S.A. interpuso el mismo recurso, señalando que cumplió con el deber de asesoría básico y necesario que la ley le imponía para la época del traslado, deber que se demuestra con el formulario suscrito por la demandante de forma libre, voluntaria y sin presiones, y con la permanencia en el régimen por más de 20 años. Solicita que se abandone el criterio dispuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que impone a la AFP cargas y obligaciones de forma retroactiva sobre exigencias no vigentes para la época como conservar un registro escrito de la

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

información suministrada a los potenciales afiliados, máxime cuando en el presente caso el móvil judicial es de índole económico.

Afirma que devolver los gastos de administración debidamente indexados repercute en un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones y en detrimento de la AFP, frente al seguro provisional argumentó que dicho porcentaje fue descontado con base en la ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio, sin que le sea posible recuperar dichos recursos, hecho que también genera un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones y en contra de la AFP.

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

3. Alegatos de conclusión

Analizados los alegatos presentados por la demandante, Colpensiones y Porvenir S.A., mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresa más adelante.

4. Problemas jurídicos por resolver

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

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

- i. Establecer si para el momento en que la parte actora efectuó el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, existía normatividad vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al potencial afiliado información suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen.
- ii. Definir si para dar por cumplido el deber de información de las AFP es suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación.
- iii. Determinar la carga probatoria que les corresponde a cada una de las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales.
- iv. Analizar si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de la AFP demandada, la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.
- v. Establecer las consecuencias jurídicas de la declaratoria de la ineficacia del traslado respecto de las administradoras de Fondos de Pensiones.

6. Consideraciones

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

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

En la actualidad existe **doctrina probable** respecto a la ineficacia de los traslados de regímenes, por cuanto la Sala de Casación Laboral ha proferido sobre el tema un número considerable de sentencias (más de 40), entre otras, las siguientes:

SL 31989 del 9 sep. 2008, SL 31314 9 sep. 2008, SL 33083 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, Sentencia SL 373 -2020, Sentencia SL 5462-2019, Sentencia SL149-2020, Sentencia SL5533-2019, Sentencia SL5144-2019, Sentencia SL4937-2019, Sentencia SL4426-2019, Sentencia SL4343-2019, Sentencia SL4856-2019, Sentencia STP 2082-2019, Sentencia SL4360-2019, Sentencia SL3852-2019, Sentencia SL3749-2019, Sentencia SL3179-2019, Sentencia SL1838-2019, Sentencia SL2817-2019, Sentencia SL771-2019, Sentencia SL4296-2018, Sentencia SL2865-2019, Sentencia SL2955-2019, Sentencia SL2324-2019.

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.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

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.
- 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,

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

² Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

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 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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

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 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>
--------------------------	--	--

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
 Demandante: Carmenza Buitrago Botero
 Demandado: Colpensiones y otros

<i>Deber de información</i>	<p>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</p> <p>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</p> <p>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</p>	<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></p>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<p>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009</p> <p>Decreto 2241 de 2010</p>	<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></p>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<p>Ley 1748 de 2014</p> <p>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015</p> <p>Circular Externa n.º 016 de 2016</p>	<p><i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i></p>

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

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

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

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

El valor probatorio de los formularios de afiliación, fue abordado en la sentencia a la que venimos haciendo referencia, en el sentido de que los formularios de afiliación a lo sumo acreditan un consentimiento, **pero no informado**, tal como se expresa a continuación:

“Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado. (...)

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna”.

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

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

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

Además de lo anterior, ha precisado el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021) que la suscripción de varios formularios de afiliación dentro del mismo RAIS, tampoco es suficiente para declarar eficaz el primer traslado si de todas maneras no se demuestra que al interesado o interesada se le brindó la información suficiente y clara respecto a las ventajas y desventajas del cambio de régimen, en tanto el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas, al respecto en la sentencia SL 5688 de 2021⁴ que memora la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 expuso:

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra 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”.

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

En este orden de ideas, en la sentencia CSJ SL 5686 de 2021⁵ traída a colación en la CSJ SL1926-2022⁶ añadió:

“Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021”.

Posteriormente, la sentencia CSJ SL1055 de 2022⁷ también recogió las posturas contrarias establecidas por las Sala de Descongestión de la Corte en las providencias 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

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

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

⁷ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL1055 de 2022, rad. 87911 del 2 de marzo de 2022. M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad”

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

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

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

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección”.

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

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

Finalmente, en el mismo sentido se ha pronunciado el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, respecto a las publicaciones de prensa y extractos de la cuenta de ahorro individual, en este orden en la sentencia CSJ 1618-2022⁸ precisó:

“Respecto a las citadas publicaciones así como frente a los extractos de cuenta de ahorro individual que se remitieron a la demandante y la información en ellos contenida, a los que se hizo referencia en la declaración de parte por ella vertida en el proceso, es claro para la Sala

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

que, aunque pueda ser de interés para el afiliado, por si solos no tienen la virtualidad de acreditar que la AFP cumplió con su obligación legal de información y su deber orientador, de manera permanente desde antes de vincular a la señora Gloria Pinilla Anzola”.

6.5. “De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado”⁹

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

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

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.

⁹ Ibídem

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

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 la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

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, 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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

demás información relevante que los justifiquen”.

6.7. Caso concreto

Sea lo primero advertir que, en el presente caso, existe una disparidad de información respecto del momento en que la demandante se trasladó de régimen y de AFP, como pasa a explicarse:

Según los formularios de vinculación, la demandante suscribió formulario de traslado de régimen a Porvenir el 1 de octubre de 1996¹⁰, después se trasladó de fondo de pensiones a Colpatria S.A. el 18 de agosto de 1999¹¹ y el 23 de agosto de 2000 retornó a Porvenir S.A.¹².

De conformidad, con el historial de vinculaciones¹³ la demandante se afilió inicialmente el 18 de abril de 1996 a ING; se trasladó el 18 de agosto de 1999 a Horizonte, efectivo a partir del 1 de octubre de 1999; y el 23 de agosto de 2000 a Porvenir, efectivo a partir del 1 de octubre del mismo año.

Por su parte, la demandada Protección S.A. certifica que la actora realizó aportes a dicho fondo equivalentes a 8.71 semanas y fue su afiliada desde el 18 de abril de 1996 hasta el 30 de junio de 1998, momento en el cual suscribió formulario de traslado a Porvenir S.A, sin aportar formulario de vinculación. ¹⁴

¹⁰ Archivo 04, página 16 cuaderno de primera instancia.

¹¹ Archivo 04, página 33 cuaderno de primera instancia.

¹² Archivo 04, página 34 cuaderno de primera instancia.

¹³ Archivo 17, página 14 cuaderno de primera instancia.

¹⁴ Archivo 17, página 11 cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

Finalmente, se desprende de la historia laboral de Porvenir S.A. que la señora Carmenza Buitrago realizó aportes a Colpensiones de forma interrumpida desde el 27 de septiembre de 1990 hasta el 2 de agosto de 1995; a Protección como independiente por los ciclos de abril y mayo de 1996 únicamente; y a partir del octubre de 1996 a Porvenir S.A.

Con base en lo expuesto, al realizar una valoración conjunta de la prueba, no cabe duda que la demandante se trasladó del RPM al RAIS el 18 de abril de 1996, como quiera que dicha fecha concuerda con la certificación de Protección S.A. el historial de vinculaciones y la historia laboral; sin embargo, en dicho fondo solo realizó aportes por dos ciclos (abril y mayo de 1996), debido a que suscribió formulario de vinculación a Porvenir S.A desde 1 de octubre de 1996 y no el 30 de junio de 1998 como certificó Protección. Ahora, aunque obra formulario de traslado del 18 de agosto de 1999 a la AFP Colpatria, que fue absorbida por Horizonte según se desprende del historial de vinculaciones, y retornó a Porvenir S.A. el 23 de agosto de 2000, este último fondo estaría llamado a responder por las obligaciones desde el 1 de octubre de 1999, ya que a su vez absorbió por fusión a la sociedad AFP Horizonte, como se avizora en la reforma especial del certificado de existencia y representación legal.

Aclarado 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 a la afiliada, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

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.

En este orden, como prueba del cumplimiento del deber de información se llamó a rendir interrogatorio a la señora Carmenza Buitrago Botero, quien relató que,

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

al momento del traslado, se encontraba laborando en la Gobernación de Risaralda y en una asesoría grupal de 10 minutos el asesor les explicó que el Seguro Social se iba a acabar, posteriormente los dividieron en pequeños grupos con un asesor para darle los datos personales y firmar el formulario, sin otorgarle algún tipo de información adicional. Negó haber recibido información sobre las diferencias y características de ambos regímenes, la existencia de una cuenta de ahorro individual, las modalidades de pensión, la posibilidad de una pensión anticipada y de retornar al RPM.

De lo expuesto, refulge sin lugar a dudas como lo concluyó el juez de instancia que ninguna de las AFP convocadas a juicio cumplió con la carga de la prueba que le asistía, esto es demostrar que el acto de traslado de la señora Carmenza Buitrago estuvo precedido de información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados, como quiera que el interrogatorio de parte de la demandante no derivó en prueba de confesión y la demás documental como historias laborales, derechos de petición, y formularios de afiliación son insuficientes para conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el traslado.

Asimismo, los comunicados de prensa¹⁵, por si solos no tienen la virtualidad de acreditar que la AFP cumplió con su obligación legal de información y su deber orientador al momento de la vinculación, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1618-2022.

Del mismo modo, el traslado entre administradoras del RAIS y permanencia

¹⁵ Archivo 17, páginas 16 a 20 cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

en dicho régimen, cómo se expuso en precedencia, no suplen la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados, ratifican la decisión del traslado o suponen una afiliación tácita del mismo, dado que *«la oportunidad de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad»*, conforme lo adoctrinó el máximo órgano de cierre donde además recogió los pronunciamientos contrarios emitidos por las Salas de Descongestión.

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 respecto de la carga de la prueba, pues el mismo se encuentra válidamente fundado en el artículo 1604 del Código Civil que dispone *«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 los fondos de pensiones, quienes en virtud del principio de libertad probatoria pueden acudir a cualquiera de los medios de prueba dispuestos en la ley, como la declaración de parte, confesión, testimonios, entre otros, para cumplir con dicha carga probatoria, sin que ello, de ningún modo imponga como dispone la AFP recurrente un tipo de tarifa legal, encaminada a demostrar el presupuesto legal por registro escrito.

En este punto, cabe agregar, que el artículo 7 del Código General del Proceso estipula que *"cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión"*, por lo que el querer de la recurrente implica un desconocimiento de la doctrina 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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

«la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo» y, en tal sentido, el emitido por los máximos órganos de cierre, “guardan una estrecha relación con el derecho a la igualdad, garantía constitucional que le permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes, aunado al carácter ordenador y unificador de las sentencias de casación, en tanto aseguran una mayor coherencia del sistema jurídico, seguridad, confianza y certeza del derecho” (STL4759-2020). Así las cosas, no advierte la Sala que existan fundamentos jurídicos razonables para apartarse de los argumentos que sobre la materia a sentado el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

En este orden de ideas, se confirmará la declaratoria de la ineficacia del acto de afiliación sentado en primera instancia, debido a que la la AFP demandada no demostró el cumplimiento de su deber de información, lo que acarrea la ineficacia del traslado, como ya se explicó. Lo que implica modificar el numeral primero para, en consecuencia, declarar ineficaces los traslados realizados dentro del RAIS el 1 de octubre de 1996 a Porvenir¹⁶, 18 de agosto de 1999 a través de Colpatria¹⁷, hoy Porvenir S.A. y el 23 de agosto de 2000 a Porvenir S.A.¹⁸

En cuanto a las condenas impartidas a cargo de Protección 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,

¹⁶ Archivo 04, página 16 cuaderno de primera instancia.

¹⁷ Archivo 04, página 33 cuaderno de primera instancia.

¹⁸ Archivo 04, página 34 cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

previamente citadas, es su deber devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. Por lo anterior, se modificarán los numerales segundo y tercero, para mayor claridad, debido a que el juez de instancia no discriminó cuáles eran los conceptos que el fondo debía trasladar con cargo a sus propios recursos.

Sin embargo, bajo las mismas premisas se adicionará la sentencia en el sentido de precisarles que al momento del cumplimiento de esa 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”*.

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 y cuotas de seguros previsionales, 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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

que si bien la AFP debe trasladar los valores cobrados por gastos de administración y cuotas de seguros previsionales, 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.

Ahora, pese a que no fue objeto de alzada, no puede desconocer la Corporación que la falladora de instancia fijó erradamente las agencias en derecho en la sentencia objeto de estudio, ya que según prevé el artículo 366 del Código General del Proceso dicha etapa procesal se dispuso una vez ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o se notifique el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior. Así las cosas, con el fin de proteger los derechos de contradicción y defensa de las partes procesales, que en este aspecto solo pueden ser ejercidos frente al auto que aprueba la liquidación de costas, se modificará el numeral sexto de la providencia recurrida en el sentido de excluir la fijación de agencias en derecho.

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

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

RESUELVE

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

PRIMERO: MODIFICAR los numerales primero, segundo, tercero y sexto de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 7 de marzo de 2023, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Carmenza Buitrago Botero** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A.** así:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el traslado realizado por la demandante CARMENZA BUITRAGO BOTERO, el 18 de abril de 1996, del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de ING-PROTECCIÓN S.A, y los efectuados dentro del RAIS el 1 de octubre de 1996 a Porvenir, 18 de agosto de 1999 a través de Colpatria, hoy Porvenir S.A. y el 23 de agosto de 2000 a Porvenir S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones, la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la actora. Asimismo, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexado 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.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a 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 por el término que tuvo como afiliada a la promotora del litigio, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexado.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. No se imponen costas a cargo de Colpensiones.”

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia para **ORDENAR** a Porvenir S.A. y Protección S.A. que, al momento del traslado de las condenas impuestas, los valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00008-01
Demandante: Carmenza Buitrago Botero
Demandado: Colpensiones y otros

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

ACLARO VOTO

Con firma electrónica al final del documento

GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO

Firmado Por:

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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

German Dario Goez Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9cf086daf429499f36bb7d0acf7496466cff3ebac406219ac5fcdc88909039bf**

Documento generado en 28/07/2023 03:33:49 PM

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

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