CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de 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 01 de junio de 2023. El Ministerio Público rindió concepto en esta instancia procesal, y Colfondos 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.: 66001-31-05-005-2020-00322-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Álvaro Peláez Castellanos
Demandado: Colpensiones y otro
Juzgado: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, cuatro (04) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Acta No. 121 del 03 de agosto de 2023

Teniendo en cuenta que el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN, como ponente, y OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA, y el Magistrado GERMÁN DARIO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Álvaro Peláez Castellanos** 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 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 acepta la renuncia presentada por el Dr. Miguel Ángel Ramírez Gaitán, quien fungía como apoderado principal de Colpensiones, y en su lugar se reconoce personería a la sociedad **Muñoz Medina Abogados S.A.S** conforme al poder general otorgado mediante escritura pública No. 3365 del 2 de septiembre de 2019, como apoderada principal y al Dr. **Juan Guillermo Carmona Cardona**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.060.267.330 y tarjeta profesional No. 353.815 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta dispuesto en favor de Colpensiones, y los recursos de apelación interpuestos por esa entidad y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida

el 30 de enero de 2023 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. Demanda y su contestación

Pretende el demandante que se declare que Colpensiones incumplió con su obligación legal de brindar la doble asesoría al momento de su traslado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A; y, en consecuencia, se declare procedente el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (en adelante RPM), con el respectivo traslado de todos los aportes realizados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS).

En sustento de lo pretendido, relata que nació el 01 de marzo de 1960, que se afilió al RPM, donde realizó aportes hasta julio de 2001, fecha en que se trasladó al RAIS por medio de la AFP Colfondos S.A., donde efectuó aportes hasta el 2011, debido a que suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A.

Narra que realizó el último traslado por solicitud de su empleador DE MODA S.A., fecha en la cual tenía 51 años de edad, por la cual debió recibir una doble asesoría por parte de Colpensiones y Porvenir S.A., empero, ninguna de las administradoras cumplió con su deber legal, y por consiguiente, el acto de traslado estuvo desprovisto de información suficiente, pues ignoraba las implicaciones del traslado, ya que los asesores de Porvenir S.A. con falsas e ilusorias promesas le garantizaron que el valor de la pensión sería superior al del RPM. Finalmente, expone que el 5 de julio de 2019 Colpensiones negó la solicitud de traslado.

En respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a todas las pretensiones, arguyendo que, al momento del último traslado referido en la demanda, esto es, para el año 2011, no tenía el deber de doble asesoría, ya que dicha obligación surgió con la promulgación de la Ley 1748 de 2014. Asimismo, precisó que no se evidencia una falta al deber de información y que en todo caso el traslado es improcedente, porque el demandante se encuentra a menos de 10 años para pensionarse, y, por tanto, está incursa en la prohibición establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Añadió que, en el caso concreto del demandante, este suscribió un formulario de afiliación a Colfondos y posteriormente se trasladó a Porvenir S.A., en virtud del derecho a la libre escogencia de régimen, por lo que le compete al promotor del litigio acreditar que la información suministrada por la AFP del RAIS fue equivocada, máxime cuando ha permanecido en dicho régimen por más de 10 años y no era beneficiario del régimen de transición. Finalmente, hizo referencias a normatividad del Código Civil para oponerse a la nulidad del traslado.

Elevó como solicitud especial la remisión del expediente al Ministerio del Trabajo, en caso de que se declarare la ineficacia de la afiliación, con arreglo al artículo 271 de la Ley 100 de 1993; del mismo modo, para que a título de sanción se condenara a Colfondos y Porvenir al pago de un calculó actuarial equivalente al valor toda de mesadas pensionales a pagar en el RPM liquidadas bajo los parámetros pensionales del régimen de prima media, teniendo en cuanta la expectativa de vida del demandante, con la posibilidad de que Colfondos y Porvenir descuenten de dicho calculo, los aportes, cuotas de administración, comisiones y demás emolumentos, lo anterior, con el fin de evitar la descapitalización del sistema.

Con base en lo anterior, como medios defensivos de mérito propuso los denominados: "*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".*

A su turno, **Porvenir S.A.** negó los hechos que hacen referencia al incumplimiento al deber de asesoría, y se opuso a las pretensiones en su contra, señalando que la afiliación del demandante al RAIS es completamente válida desde el punto de vista legal, y se encuentra vigente, y actualmente se encuentra incurso en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, además no es beneficiario del régimen de transición. Como fundamentos y razones de derecho agregó que el demandante tenía la obligación de demostrar que fue inducido a error por Colfondos, o en su defecto iniciar una acción de resarcimiento de perjuicios. Con base en lo anterior, propuso como excepciones perentorias: *"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".*

En la audiencia llevada a cabo el 25 de agosto de 2022, la jueza estableció como medida de saneamiento la integración del contradictorio con COLFONDOS S.A., aunque aclaró que ninguna pretensión se dirigía en contra de la vinculada, además aclaró que para todos los efectos el escrito de la demanda sería el

correspondiente a la subsanación visible entre las páginas 6 a 10 del archivo 06, al ser ese el documento respecto del cual habían contestado las codemandadas. En este punto la parte demandante pretendió aclarar las pretensiones, explicando que lo pretendido era la ineficacia de los traslados a los fondos privados, lo cual fue rechazado por la a-quo, al considerar que dicha aclaración suponía la modificación de lo alegado en el escrito introductor del proceso en una etapa donde dicha oportunidad se encontraba precluida y no podía entenderse por vía de la interpretación.

En respuesta al llamamiento del Juzgado, **Colfondos S.A.** aceptó el traslado que régimen, empero, enfatizó que la solicitud de vinculación fue a petición del demandante, en la cual dejó claro su consentimiento y aceptación. Se opuso a la totalidad de las pretensiones, argumentando que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS. Como hechos y razones de la defensa, expuso que la acción se fundamenta en el convencimiento errado de la parte demandante de creer que al momento de su afiliación fue inducido a error o hubo indebida asesoría para afiliarse a Colfondos, hechos que niega sobre la base de que cumplió con todos los deberes a su cargo. Como medios defensivos de fondo 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".*

2. Sentencia de primera instancia

La jueza de primera instancia negó la totalidad de las pretensiones incoadas por el señor Álvaro Peláez Castellanos en el escrito demanda, y absolvió a Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

Sin embargo, acudiendo a las facultades extra y ultra petita, declaró la ineficacia del traslado de régimen que el demandante efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectivo a partir del 01 de agosto de 2001 a través de Colfondos S.A., y, con ello, el traslado efectuado a Porvenir S.A a partir del 1 de octubre de 2011.

En consecuencia, ordenó a Porvenir S.A. que devolviera a Colpensiones con cargo a la cuenta de ahorro individual, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación y las sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses. Asimismo, a Colfondos S.A y Porvenir S.A a devolver con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobraron, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales que descontaron durante el periodo que el demandante estuvo afiliado a esos fondos.

Asimismo, ordenó comunicar la decisión adoptada a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y ordenó a Porvenir que en caso de haber efectuado la redención del bono del demandante restituyera las sumas a la Cartera Ministerial, debidamente indexado.

Finalmente, ordenó a Colpensiones que aceptara sin dilaciones el traslado del demandante; declaró no probados los medios exceptivos y condenó en costas a

Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. en un 100% de las causadas en favor de Colpensiones.

Para llegar a esta determinación, hizo un detallado recuento histórico sobre la seguridad social en Colombia e indicó que en el país coexisten dos regímenes pensionales dentro del Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993: uno público, denominado Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y otro privado, denominado Régimen de ahorro individual con Solidaridad; así, de acuerdo al literal e) del artículo 13 de la norma en comento, los afiliados a dicho sistema: (i) pueden escoger el régimen de pensiones que prefieran; (ii) una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. (iii) que, después de un (1) año de la vigencia de dicha ley, el afiliado no podría trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Añadió que el literal c) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, establece como una de las características del Régimen de Ahorro Individual que los afiliados a dicho sistema pueden escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras y entre los Fondos de Pensiones gestionados por ellas según la regulación aplicable para el efecto, así como seleccionar la aseguradora con la cual contratar las rentas o pensiones vitalicias.

Respecto al deber de doble asesoría, trajo a colación la Ley 1748 de 2014, el Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 y la Circular externa No. 016 de 2016, para concluir que este es el último estadio de la evolución del deber de información, que ha mutado del simple deber de información necesaria, al de asesoría y buen consejo

y, finalmente, al de doble asesoría, desde el año 2015.

Con base en las anteriores premisas normativas, indicó que se encontraba demostrado que el actor inició su vida laboral afiliado al ISS, posteriormente se trasladó a Colfondos S.A en el 2001 y, finalmente, a Porvenir S.A., en el 2011, en razón de lo cual, para la fecha de dichos traslados no estaba vigente el deber de doble asesoría, el cual vino a surgir con posterioridad al 23 de agosto de 2015, calenda en que entró en vigencia el Decreto 2071 de 2015, para los afiliados que se deseaban trasladarse entre regímenes pensionales y no para aquellos que se trasladaban entre administradoras del RAIS, como en el caso objeto del litigio. Expuso que ni siquiera al interpretarse la demanda en el sentido de exigir el deber de doble asesoría al momento del traslado (2001) era posible exigirle tal deber de información a Colfondos S.A., pues como se expuso, este requisito de validez del traslado solo entró en vigencia a partir de 2015.

Pese a lo anterior, dilucidó que lo pretendido por el promotor del litigio era la ineficacia del traslado de régimen pensional, y, con base, en las facultades extra petita, evaluó el asunto desde esa óptica, aclarando que con ello no se violentaba el derecho de contradicción y defensa de las convocadas, porque los sujetos pasivos fundaron la defensa justamente en la validez de la afiliación por ausencia de vicios en el consentimiento y la eficacia de la afiliación.

En ese orden, concluyó que Colfondos S.A al momento del traslado incumplió con el deber de información, ya que ninguna de las pruebas practicadas demostraba que había cumplido con dicho deber y del interrogatorio de parte no se obtuvo confesión.

3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta

La Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones interpuso recurso de apelación, cuestionado el uso de las facultades extra y ultra petita por la a-quo, pues de la manera que lo hizo violentó los derechos de contradicción y defensa, porque en la defensa Colpensiones atendió a los argumentos jurídicos que la parte expuso en la demanda, por lo que nada tiene que ver con que la parte haya utilizado argumentos jurídicos ajenos a las pretensiones y fundamentos de la demanda. Afirma que el litigio debió centrarse en el problema jurídico, expuso que la Corte Suprema de Justicia, prevé como presupuestos para fundar una decisión bajo las facultades extra petita, que los hechos hayan sido discutidos en el proceso y que estén debidamente probados, pero de ninguna manera se puede hacer uso de los argumentos expuestos en los fundamentos jurídicos de la demanda, para extraer dichos hechos, y en el libelo no se arguye que Colfondos hubiera realizado una indebida asesoría, por lo que era improcedente el estudio del proceso bajo dichas facultades.

Agrega que el interrogatorio a la representante legal de Porvenir S.A., solo permite corroborar las circunstancias del traslado horizontal y la única testiga arrimada al proceso no presenció ninguno de los actos de traslado.

Por lo anterior, solicita que se revoque la sentencia adoptada, y en caso de declararse la ineficacia, solo opere sobre el último traslado horizontal, esto es el realizado a Porvenir S.A que fue sobre el que se planteó el problema.

Por su parte, **Porvenir S.A.** interpuso el mismo recurso, indicando que existe una incongruencia entre lo pedido, lo fijado en el litigio y lo decidido en la sentencia, las pretensiones estaban encaminadas a que se declare que Colpensiones incumplió el deber de doble asesoría y en consecuencia se debe declarar procedente el traslado a Colpensiones. Ello teniendo en cuenta que en la audiencia del artículo 77 del C.P.T y de la S.S., el Despacho le dijo a la parte demandante que aclarara las pretensiones de la demanda, a lo que respondió que pretendía la ineficacia del traslado, modificación que no fue aceptada por la a-quo, porque generaría una variación sustancial en las pretensiones de la demanda, porque la misma no se fundó en el incumplimiento del deber de asesoría por parte de la administradora del RAIS, sino de la falta de doble asesoría, que no se encontraba vigente para la época del traslado, pues fue instituida por la ley 1748 de 2014, por lo cual no era posible aplicarle las consecuencias de la falta de afiliación.

Añade que los jueces no tienen la potestad de variar las demandas que tienen falencias, por medio de las facultades ultra y extra petita. Peticiona que, de confirmarse las condenas, en razón del artículo 1746 del Código Civil, deben operar las restituciones mutuas con independencia de la causa que dé lugar a declarar ineficaz el acto del traslado, pues no se puede desconocer la labor de la AFP a fin de incrementar el capital de la cuenta de ahorro individual, por medio de los rendimientos financieros. Por ello pide que no se le ordene devolver los gastos de administración, cuotas de seguro previsional y cuotas destinadas a la pensión de garantía de pensión mínima.

Finalmente, solicita la absolución de costas procesales porque la AFP actuó de buena fe, con arregló en la normatividad vigente para la época del traslado, y

debido a la edad de la actora no era posible que esta se trasladara de régimen salvo por decisión judicial con sustento en jurisprudencia reciente.

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

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 sobre siguientes problemas jurídicos:

i. ¿Podía la *a-quo* en este caso acudir a las facultades extra y ultra petita para declarar la ineficacia del traslado del demandante de Colpensiones a Colfondos, pese a que la pretensión solo buscaba que se declarara que esta

última había incumplió con el deber de doble asesoría al momento del traslado horizontal a PORVENIR S.A.?

En caso de que la respuesta al primer interrogante sea positiva, le corresponde a la Colegiatura, establecer:

ii. 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.

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

iv. Determinar si es procedente ordenar la exoneración de costas procesales a cargo de la AFP recurrente.

6. Consideraciones

6.1. Principio de congruencia – excepciones.

De conformidad con principio de congruencia contemplado en el artículo 281 del estatuto procesal *"la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."*

En relación con dicho principio, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el juez no está limitado a la literalidad de las reclamaciones o *causa petendi*, sino a la fundamentación y demostración que sobre estas haga el actor, a quien se le impone el deber de aportar los elementos de juicio que las acrediten y conduzcan a una decisión favorable. (CSJ SL 3980-2021)

Así las cosas, la congruencia no se limita a que las condenas impuestas sean un calco de las pretensiones de la demanda, pues bien puede ocurrir que la solución jurídica resultante del examen fidedigno y sin alteración de los hechos y con respaldo en el ordenamiento normativo, sea distinta a la propuesta por el demandante. Verbigracia, cuando se reclama la nulidad del traslado, pero lo que procede es la ineficacia, y así se declara. Es por ello que la demostración de la incongruencia no se puede limitar a un cotejo mecánico entre las pretensiones de la demanda y lo decidido por el juez, pues también es preciso poner de presente la actividad que despliega el fallador en su labor de juzgamiento para resolver el litigio mediante la interpretación o aplicación de la ley sustancial, según las apreciaciones probatorias del litigio, caso en el cual, los aspectos meramente jurídicos o razonamientos de puro derecho y los medios de orden público, no constituyen medios nuevos. (Ver sentencias CSJ SL3850-2020, CSJ SL1910-2020).

Cabe señalar que la jurisprudencia laboral se opone a que las decisiones judiciales, menos aún las dictadas en sede de casación, se funden en hechos y pretensiones nuevas que no se plantearon en la demanda y frente a los que los cuales la parte demandada no tuvo oportunidad de resistir. Al respecto, en la sentencia CSJ SL591 de 2023, dejó claro que la Ley procesal proscribe que el juez en la sentencia varíe la causa petendi con la introducción de hechos nuevos o modifique el petitum de la demanda o los medios exceptivos propuestos por la

contraparte, salvo cuando la ley habilite su actuación oficiosa.

Por lo anterior, ha adoctrinado la Corte entre otras en la sentencia CSJ SL2159-2022 que el principio de congruencia tiene determinadas excepciones en el ordenamiento jurídico, entre ellas: i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes -artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-, ii) existencia de hechos sobrevinientes, iii) aplicación del principio de *iura novit curia* (CSJ SL2966-2022; iv) el uso de las facultades ultra y extra petita, -artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-.

En lo que atañe a la última excepción, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL 3850-2020, que memora la sentencia CSJ SL 2808-2018, explicó que:

> *"La facultad extra petita -por fuera de lo pedido- requiere rigorosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio.*
>
> *Y por su parte, la ultra petita -más allá de lo solicitado- exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y que (ii) que no emerja del juicio que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor".*

6.2. 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.

6.3. "El deber de información a cargo de las administradoras de

fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación[1]"

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 1993[2], norma en la que se destaca la importancia de los principios de debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.

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

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

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

[2] Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

manera libre, espontánea y sin presiones.

4) En numerosas sentencias del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, se ha establecido que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que el traslado de régimen pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica o con la suscripción de un formato; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones *"dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito."*

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

Dicho deber, como lo ha enseñado la Corte, es exigible desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación a la administradora, pues el sistema pensional, del que obviamente son protagonistas de primer orden las Administradoras de Fondos de Pensiones, se supone que actúan mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que tienen la obligación de brindar información confiable a los ciudadanos quienes les van a

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.

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

Etapa acumulativa	*Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información*	*Contenido mínimo y alcance del deber de información*
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003*	*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*

	Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	*pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

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".

6.4. "El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado" [3]

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

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

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

[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

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

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

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

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

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

momento del traslado al RAIS.

Además de lo anterior, ha precisado el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021) que la suscripción de varios formularios de afiliación dentro del mismo RAIS, tampoco es suficiente para declarar eficaz el primer traslado si de todas maneras no se demuestra que al interesado o interesada se le brindó la información suficiente y clara respecto a las ventajas y desventajas del cambio de régimen, en tanto el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas, al respecto en la sentencia SL 5688 de 2021[4] 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 2021[5] traída a colación en la CSJ SL1926-2022[6] añadió:

"Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de

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

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

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

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 2022[7] también recogió las posturas contrarias establecidas por las Sala de Descongestión de la Corte en las providencias CSJ SL249-2022 y SL259-2022, y en su lugar ratificó:

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

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

[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.

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

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

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

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural 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 1618-2022[8] precisó:

> *"Respecto a las citadas publicaciones así como frente a los extractos de cuenta de ahorro individual que se remitieron a la demandante y la información en ellos contenida, a los que se hizo referencia en la declaración de parte por ella vertida en el proceso, es claro para la Sala que, aunque pueda ser de interés para el afiliado, por si solos no tienen la virtualidad de acreditar que la AFP cumplió con su obligación legal de información y su deber orientador, de manera permanente desde antes de vincular a la señora Gloria Pinilla Anzola".*

6.6. "De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado" [9]

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

[9] Ibidem

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.*
>
> *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 disfavor de los consumidores financieros".

6.7. 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 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 demás información relevante que los justifiquen".*

6.8. Caso concreto

Piden las recurrentes que se revoque la sentencia atacada, porque la jueza habría desbordado la facultad instituida en el artículo 50 del C.P.T y de la S.S., violentando los derechos de contradicción y defensa de las partes al dictar una sentencia incongruente.

En aras de resolver el objeto del reproche de alzada, se tiene que al momento de subsanar la demanda el actor presentó dos escritos de subsanación con pretensiones disímiles, para aclarar la cuestión litigiosa, pero la *a-quo* tuvo por subsanada la demanda con el primero de los escritos, restándole validez al segundo.

Asimismo, tal como lo expone la AFP recurrente, la jueza en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y de la S.S. celebrada el 25 de agosto de 2022[10], solicitó la aclaración de las pretensiones y rechazó la posibilidad de decidir una ineficacia de traslado de régimen pensional, por no haber sido planteada la pretensión en esos términos, y, en consecuencia, se estableció que las pretensiones de la demanda serían las indicadas en las páginas 4 y 5 del escrito de subsanación, del siguiente tenor:

> *"PRIMERO: Solicito señor Juez DECLARAR que COLPENSIONES incumplió con su obligación legal de brindar la doble asesoría al demandante señor ALVARO PELAEZ CASTELLANOS al momento de su traslado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, requisito que debía cumplir antes del mencionado traslado.*
>
> *SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, Solicito al señor(a) Juez DECLARAR procedente el traslado del Demandante señor Álvaro Peláez Castellanos, al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y el respectivo traslado de todos los aportes realizados al régimen de ahorro individual."*

En la misma etapa procesal, la *a-quo* ordenó integrar el contradictorio con la

[10] Archivo 24 cuaderno de primera instancia

sociedad Colfondos S.A. y, una vez agotadas las etapas previas a la fijación del litigio, se estableció como problema jurídico: *"Determinar si COLPENSIONES y/o PORVENIR incumplieron con su obligación legal de brindar la doble asesoría al demandante señor ALVARO PELAEZ CASTELLANOS, al momento de su traslado a PORVENIR S.A. y sí, cómo consecuencia de ello es dable ordenar el traslado del demandante al régimen de prima media."*

De acuerdo con lo anterior, es evidente que en la demanda y la subsanación no se alegan actos u omisiones atentatorios del deber de información en la antesala del primer traslado, esto es, del régimen pensional de Prima Media administrado por el ISS -hoy Colpensiones- a Colfondos S.A., pues los hechos y pretensiones se refieren al incumplimiento del deber de doble asesoría que el demandante le atribuye a COLPENSIONES en el último traslado horizontal que tuvo lugar en 2011, cuando se trasladó a PORVENIR, AFP en la que en la actualidad sigue afiliado.

Al respecto, se señala en los hechos 7 al 13, y 18 a 21, lo siguiente: que el traslado de COLFONDOS a PORVENIR data del 02 de agosto del 2011(hecho 7); que el demandante ignoraba las implicaciones que a mediano y largo plazo tenía esa decisión (hecho 8); que, al momento de suscribir ese traslado a PORVENIR, no recibió la *"doble asesoría"* por parte de los funcionarios de ambos regímenes (hecho 9); que justo al momento de dicho traslado era el momento propicio para recibir la doble asesoría, pues le faltaban 11 años para cumplir la edad de pensión (hecho 11); que dicho traslado se hizo con base en falsas e ilusorias promesas, *"como que al momento de pensionarse iba a recibir un valor más alto en la mesada pensional de la que recibiría en Colpensiones y sin mencionar siquiera que debía recibir la doble asesoría antes del traslado"* (hecho 12); que debido a la falta de asesoría, diligencia y trasparencia por parte del fondo de pensiones PORVENIR al que se encuentra afiliado actualmente, sus expectativas pensionales a través del Régimen

de Prima Media, se hacen nugatorias ante la imposibilidad de trasladar sus aportes a COLPENSIONES (hecho 18); que el incumplimiento de la exigencia de doble asesoría por parte de COLPENSIONES y PORVENIR antes de llevar a cabo el traslado, perjudica ostensiblemente sus intereses, afectando su vida futura en la vejez (hecho 19) y que PORVENIR faltó a la obligación de orientar con lealtad y transparencia (….) (hecho 21).

Nótese entonces que todo el caudal fáctico de la demanda se centra en discrepancias relacionadas con el traslado horizontal que tuvo lugar el 02 de agosto de 2011, fecha en que el demandante se trasladó de COLFONDOS a PORVENIR, pero ningún cuestionamiento se enfila en contra de las circunstancias que rodearon el traslado de régimen registrado en el mes de julio de 2001, fecha en que ocurrió el traslado del ISS -HOY COLPENSIONES- a COLFONDOS.

Así de hecho lo entendió la *a-quo* al formular el problema jurídico en la etapa de fijación del litigio, pues dejó por fuera de cualquier controversia el traslado de régimen que se efectuó en julio de 2001, y centró el debate fáctico y jurídico en determinar si COLPENSIONES y/o PORVENIR incumplieron con el deber de doble asesoría en el traslado horizontal de 2011 y si, como consecuencia de ello, era viable ordenar el traslado de régimen.

Pese a lo anterior, al momento de dictar fallo, la *a-quo* decidió hacer uso de las facultades extra petita para entrar a resolver si hubo fallas en el deber de información y asesoría que debía observarse en el traslado del ISS -hoy COLPENSIONES- a COLFONDOS, ocurrido en el año 2001, tras lo cual, concluyó que esta última no había cumplido con la carga de acreditar el cumplimiento de dichos deberes, en razón de lo cual el traslado de régimen se tornaba ineficaz.

Siguiendo ese hilo, con apoyo en las premisas enunciadas en el acápite 6.1., resulta necesario verificar si en el presente asunto se configuraron los requisitos habilitantes para que la *a-quo* haga uso de las facultades discrecionales extra y ultra petita o si, por el contrario, la sentencia atacada desconoció el principio de congruencia y vulneró el derecho de contradicción y defensa de las convocadas a juicio.

Con ese propósito, lo primero que advierte la Corporación, es que prima facie el uso de las facultades instituidas en el artículo 50 del C.P.T y de la S.S. constituye una excepción al principio de congruencia; sin embargo, ello por sí solo no deriva en la vulneración de los derechos de contradicción y defensa de los sujetos procesales.

Al tenor de lo anterior, ha de reiterarse que el juez solo se puede darse licencia de fulminar condena por fuera de lo pedido (extra petita), cuando los hechos que originan la decisión hayan sido discutidos en el proceso y además se encuentren debidamente acreditados. Estas limitaciones impiden que el juez decida caprichosamente y que sorprenda a los demandados con condenas ajenas a la situación jurídico procesal, toda vez que la facultad discrecional no puede ser ajena al contexto fáctico definido en la demanda, pues de lo contrario se desconocería el principio de contradicción con grave afectación del derecho de defensa, en la medida que la parte demandada no tendría oportunidad de controvertir los supuestos fácticos que sustentan la condena por fuera de lo pedido.

Puede ocurrir entonces que, en la demanda, en los medios de defensa o incluso en los alegatos, se planteen hechos que puedan dar lugar a condenas que

no hayan sido reclamadas y en este contexto el juez laboral queda habilitado para fallar por fuera de lo pedido, siempre que tales hechos estén debidamente probados. Lo que no puede ocurrir es que el demandado resulte condenado por hechos o planteamientos nuevos respecto de los cuales no tuvo la oportunidad de defenderse por no haber sido enunciados en la demanda o que hayan sido totalmente ajenos al debate fáctico. Esto ocurre cuando, por ejemplo, el hecho se discute, pero no se acredita, o cuando un hecho no es ni siquiera mencionado, pero aparece probado.

El uso de la facultad discrecional consagrada en el artículo 50 del C.P.T. y de la S.S., exige para todos los casos que concurran unidos dos elementos habilitantes: el hecho discutido y el hecho probado, el uno sin el otro impide la condena extra petita, porque una decisión basada en hechos indiscutidos, es decir, no sometidos a controversia, vulnera el principio de contradicción y defensa, y el otro, porque la legalidad y legitimidad de la decisión estriba en su correspondencia con la realidad, es decir, en la conexión directa que debe tener con las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, tal como lo señala el artículo 164 del C.G.P.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se observa que el demandante jamás cuestionó las circunstancias que rodearon el traslado de régimen, pese a lo cual salió favorecido con la declaración judicial de una ineficacia que no persiguió con el escrito inaugural. Empero, los hechos en que se funda la sentencia extra petita fueron afirmados y discutidos en el proceso porque la demandada Colfondos S.A. aseguró en su defensa haber cumplido con las formalidades para la afiliación del demandante y añadió que su vinculación al RAIS fue el resultado o la expresión de una voluntad libre y espontánea del afiliado, con lo cual se abrió la puerta a la verificación judicial del hecho, que, al haber sido desvirtuado, es decir, probado lo contrario, habilitó el uso de la facultad extra petita, a la cual acudió la a-quo, dentro

del margen discrecional que la da la norma, y, con base en ella, emitió la condena de que se duelen los apelantes.

Este proceder oficioso se juzga ajustado a derecho y no merece reproche alguno de la Corporación, porque se enmarca dentro de la autonomía reglada del juzgador y expresa una facultad discrecional que solo puede ser refutada cuando se emplea por fuera de los parámetros que autoriza el legislador, lo cual no ocurre en este caso.

Por lo anterior, se pasan a resolver los demás aspectos del recurso de apelación y la consulta en favor de Colpensiones, para lo cual resulta necesario verificar si en realidad Colfondos S.A no demostró el deber de información y asesoría al momento del traslado de régimen del demandante.

Dicho en otras palabras, si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que realizó el actor a través de Colfondos S.A el 14 de junio de 2001, efectivo desde el 1 de agosto de 2001, según se desprende del historial de vinculaciones[11], y por consiguiente, el traslado de AFP a Porvenir S.A el 02 de agosto de 2011[12], efectivo a partir del 1 de octubre de ese año, dada la omisión de información clara y precisa, que ha debido brindarle la AFP a la parte actora en orden a conocer las condiciones y consecuencias de migración de régimen.

De conformidad a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte

[11] Archivo 22, página 06 cuaderno de primera instancia.
[12] Archivo 03, página 03 cuaderno de primera instancia.

Suprema de Justicia, en las citadas sentencias, según las voces del artículo 1604 del C.C., la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y, en este tipo de asuntos, corresponde a la administradora de pensiones, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa a la afiliada, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

En este orden, para acreditar el deber exigido por la ley, rindió declaración el representante legal de Colfondos S.A y el demandante, y la testiga Erica Alexandra Gómez Ramírez, el primero depuso que el único documento que daba cuenta del momento del traslado de régimen, era el formulario que valga resaltar no fue aportado, ya que la asesoría se daba de forma verbal y de acuerdo a las políticas de Colfondos S.A. al momento de asesorar a los futuros afiliados se les pone de presente todas las características propias del régimen al que se van a trasladar; sin embargo, desconoció la información precisa que recibió el actor.

A su turno, el demandante relató que al momento de traslado de régimen le aseguraron que la pensión en el RAIS sería más alta que en el RPM; que en la antesala del traslado a Porvenir S.A. le dieron la misma información y le aseguraron que el fondo privado era mejor que el del Estado, y pese a que le informaron sobre la existencia de rendimientos financieros y la posibilidad de realizar aportes voluntarios, el fondo omitió indicarle la forma como se pensionaria en el RAIS y que una vez le faltaran 10 años para pensionarse ya no podía cambiar de régimen pensional. Agregó que conoce que en el RPM se pensionaría con un número determinado de semanas y con el promedio de los salarios de los últimos 10 años. Finalmente, indicó que no ha presentado la solicitud de pensión, y que instauró la demanda con el único fin de volver a Colpensiones para que lo pensione el Estado, porque la pensión con Porvenir S.A. es demasiado baja.

La testiga, compañera de trabajo del demandante poco tiempo después del traslado a Porvenir S.A. narró que no presenció la asesoría, pero que una vez inició a laboral buscaron que el demandante recibiera asesoría por parte de Colpensiones, empero no fue posible. Afirmó que, en la revisión de los documentos remitidos por los fondos, Colfondos S.A y Porvenir S.A nunca le informaron al actor que estaba próximo a tener 10 años para adquirir el derecho pensional y que, de no retornar al RPM en ese momento, después no lo podía hacer, información que si fue remitida por Protección S.A. y que una vez el demandante solicitó el retorno a Colpensiones le fue negado.

Como puede verse, de los relatos anteriores se desprende, como lo aseveró el representante legal de Colfondos S.A. que la información que esta AFP brindaba a los futuros afiliados era parcializada, pues en sus palabras *"al momento de asesorar a los futuros afiliados se les pone de presente todas las características propias del régimen al que se van a trasladar",* es decir que la información otorgada se limita a las características del RAIS y no se les informa a los afiliados las consecuencias, beneficios y desventajas de mutar de régimen pensional, lo que a todas luces impide que la decisión del afiliado sea cierta, suficiente, comprensible y oportuna.

Ahora, teniendo en cuenta que la declaración del demandante no derivó en prueba de confesión y que la posibilidad de retornar al RPM con el fin de percibir una mesada superior no impide valorar las circunstancias de tiempo, modo y lugar a fin de esclarecer si la AFP cumplió con el deber de información, se confirmará la declaratoria de la ineficacia del acto de trasladó de régimen sentado en primera instancia, debido a que la la AFP Colfondos S.A no demostró el cumplimiento de su

deber de información, lo que acarrea la ineficacia del traslado, como ya se explicó.

Corolario de lo expuesto, inane resulta revisar si el deber de doble asesoría se encontraba vigente para la época del traslado, pues habiéndose declarado ineficaz el traslado de régimen, igual efecto jurídico sufren los traslados horizontales dentro del RAIS.

En cuanto a las condenas impartidas a cargo de Colfondos S.A y Porvenir S.A se dirá que en estricto acatamiento de las consecuencias previstas por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias CSJ SL1084-2023, CSJ SL 932-2023, CSJ SL 4297-2022, CSJ SL3465-2022, CSJ SL2229-2022 y CSJ SL3188-2022, previamente 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 confirmarán los ordinales tercero y cuarto de la sentencia recurrida y consultada.

Bajo las mismas premisas, se adicionará la sentencia para precisar que al momento del cumplimiento de las ordenes previstas en los numerales tercero y cuarto "*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".*

De otro lado, respecto a la solicitud de la AFP Porvenir S.A, que no se le

condene en costas, bajo el argumento de que actuó de buena fe y conforme a derecho, suficiente es con indicar, en primer lugar, que al haber existido controversia e incluso oposición frente al debate jurídico puesto en conocimiento de la Judicatura, conforme lo ordena el artículo 365 del CGP hay lugar a condenar en costas a quien resulta vencido en la contienda y, en segundo lugar, porque la censura no acreditó haber informado en debida forma a la actora al momento del traslado, con el fin de que retornara dentro de los términos de ley o en los periodos de gracia, pues ni siquiera el 1 de febrero de 2012, cuando el actor solicitó la clave de internet[13], le pusieron de presente la posibilidad de retorno al RPM, solicitud de valga la pena aclarar no reemplazan o suplen la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información, 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.

Ahora, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban al momento del traslado de régimen, se confirmará la orden de comunicar la decisión adoptada en este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de haber emitido el bono pensional, proceda con la anulación del mismo mediante trámite interno, aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 833 de 2016. Ello en razón a que no existe dentro del plenario prueba que acredite que el bono ha sido emitido y cancelado por parte de esa cartera ministerial y la actora arribó a la edad de redención normal de bono el 01 de marzo de 2022, cuando cumplió 62 años.

[13] Archivo 17, página 65 cuaderno de primera instancia.

En el mismo sentido, se confirmará el numeral sexto para ordenar a Porvenir S.A. que, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual por las 843,5 semanas cotizadas en el régimen de prima media, según se percibe en la historia laboral[14], restituya la suma pagada por ese concepto a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y/o la entidad que hubiese efectuado el pago, debidamente indexado.

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 la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en favor de la parte actora. Liquídense 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: SEGUNDO: ADICIONAR los numerales tercero y cuarto, para ordenar a Porvenir S.A. y Colfondos 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.

[14] Archivo 17, página 66 cuaderno de primera instancia.

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

TERCERO: 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.,** en favor de la parte actora**.** Liquídense por la secretaría del juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento
ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
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 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: 9609f30ddfed0a90ab235620cc80d4d553fbb15d37727170d16c653332e799e5
Documento generado en 04/08/2023 07:18:11 AM

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