

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso Protección, Colpensiones y Porvenir S.A. presentaron alegatos de conclusión en los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 1 de febrero de 2024, tal como se aprecia en los archivos 05, 07 y 08 del cuaderno de segunda instancia. El Ministerio Público rindió concepto en esta instancia procesal (archivo 09), y el demandante dejó transcurrir el término en silencio.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro
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, veintiséis (26) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Acta No. 27 del 22 de febrero de 2024

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 **Edilberto Romero Benítez** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y las**

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías –Porvenir S.A. y Protección S.A.

AUTO

Se reconoce personería amplía, legal y suficiente a la Dra. **Bertha Esperanza Yela Álvarez**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.122.782.103 y tarjeta profesional No. 294.800 del Consejo Superior de la Judicatura, para que represente los intereses de Colpensiones, de conformidad con la sustitución realizada por la sociedad Muñoz Medina Abogados S.A.S.

Asimismo, se le reconoce 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 en la sociedad Tous Abogados Asociados S.A.S quien ostenta la representación de dicha AFP.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta dispuesto en favor de Colpensiones, y los recursos de apelación propuestos por la misma entidad, Porvenir S.A. y Protección S.A. contra la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

1. Demanda y su contestación

El 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 que se condene a Colpensiones a recibirlo como afiliado, a Porvenir S.A. a hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones al RPM, a Protección S.A. y Porvenir S.A. al pago de las costas procesales, y lo que se demuestre bajo las facultades ultra y extra petita.

En sustento de lo pretendido, relata que nació el 29 de noviembre de 1956; que se afilió al ISS donde realizó aportes hasta diciembre de 2001 debido a que suscribió formulario de traslado al RAIS por medio de Porvenir S.A. el 27 de noviembre de 2001; y que se trasladó a Protección el 20 de febrero de 2007 sin percibir información adecuada, suficiente, clara y comprensible respecto de las consecuencias legales y económicas derivadas del traslado de régimen o la posibilidad para retornar al RPM.

Finalmente, expone que el 25 de noviembre de 2021 la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones le negó la solicitud de retorno al RPM.

En respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a todas y cada una de las pretensiones arguyendo que el traslado de régimen del actor se encuentra ajustado a derecho, y no se evidencia engaño, vicio o error que conlleve a la indebida

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

afiliación al RAIS que se llevó a cabo en virtud a la libertad de escogencia de régimen pensional.

Adicional a ello, a modo de solicitud especial en caso de una eventual sentencia desfavorable, ruega se condene a las AFP del RAIS a pagar un cálculo actuarial equivalente al valor total de mesadas pensionales a pagar, liquidadas bajo los parámetros del Régimen de Prima Media, teniendo en cuenta para ello, la expectativa de vida del demandante y la de sus posibles beneficiarios, argumentando que en el presente caso es un tercero afectado al no haber tenido participación en el "engaño u omisión" de la información entregada por los asesores de las AFP al demandante.

En su defensa, como excepciones de mérito formuló: "*validez de la afiliación al RAIS*", "*aceptación implícita de la voluntad del afiliado*", "*saneamiento de una presunta nulidad*", "*prescripción*", "*buena fe*", "*imposibilidad de condena en costas*", y "*genérica*".

A su turno, **Porvenir S.A.** mencionó que ha tenido como afiliado al actor en dos oportunidades, la primera desde el 1 de enero de 2002, en virtud de formulario de traslado de régimen suscrito el 27 de noviembre de 2021, y la segunda desde el 1 de octubre de 2008 como traslado de la AFP Protección a través de formulario del 14 de agosto de ese año.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señalando que no se presentó ninguna causal legal de ineficacia del acto jurídico de afiliación del demandante, que para la época del traslado no tenía el deber legal de realizar proyecciones financieras, y que el accionante no es beneficiario del régimen de transición, por lo que el

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

traslado es improcedente de conformidad con la prohibición establecida en el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. En ese orden, indicó como medios exceptivos de fondo: "*validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento*", "*inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS*", "*inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS*", "*prescripción*", "*buena fe*" e "*innominada o genérica*".

Finalmente, **Protección S.A.** indicó que no le constaban los hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones y en su defensa como medios perentorios propuso los que denominó: "*inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*", "*buena fe*", "*prescripción*", "*aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones*", "*innominada o genérica*".

2. Sentencia de primera instancia

La jueza de primera instancia desestimó las excepciones propuestas; declaró la ineficacia del traslado de régimen que EDILBERTO ROMERO BETINEZ efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A., declarando que se encontraba válidamente afiliado al RPM desde el 4 de agosto de 1987.

En consecuencia, condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la decisión y debidamente indexados, la

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

totalidad de los aportes acumulados en la cuenta individual de Edilberto Romero Benítez con sus respectivos rendimientos financieros, los aportes destinados para garantía de pensión mínima, las cuotas de administración, comisiones, la prima de reaseguros de FOGAFIN y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, estos últimos cuatro con cargo a sus propios recursos.

Asimismo, condenó a Protección S.A. a trasladar dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la decisión y debidamente indexados, la totalidad de los aportes acumulados en la cuenta individual del señor Edilberto romero Benítez con sus respectivos rendimientos financieros, los aportes destinados para garantía de pensión mínima, las cuotas de administración, comisiones, la prima de reaseguros de FOGAFIN y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes – estos últimos cuatro con cargo a los recursos propios- y con destino a Colpensiones, en caso de no haberlo hecho en su totalidad cuando el actor decidió trasladarse nuevamente a Porvenir S.A. el 14/08/2008.

Finalmente, condenó en costas a las accionadas en favor de la parte actora y dispuso el grado jurisdiccional de consulta, en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Para llegar a esta determinación la falladora judicial previa realización de un recuento normativo y jurisprudencial, indicó que, si bien el demandante suscribió formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, dicha suscripción no exime a las administradoras de fondos de pensiones de brindar información clara, cierta comprensible y oportuna de las características, condiciones, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional. Indicó a su vez que, bajo criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, al tratarse de ineficacias del traslado,

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

la carga dinámica de la prueba se invierte, correspondiéndole a las AFP demostrar que en su momento si otorgaron dicha información, para lo cual no era necesario que el accionante tuviera un derecho consolidado, una expectativa de pensión o que fuera beneficiario del régimen de transición. Señaló que, de los medios probatorios allegados al plenario por parte de las AFP Porvenir, no se logró acreditar el cumplimiento del deber de información, como quiera que el interrogatorio de parte no derivó en prueba de confesión y el formulario de afiliación solo permite corroborar el consentimiento, pero no que este haya sido informado. Agregó que los actos de relacionamiento, como la permanencia en el RAIS, no podían remediar la falta de información al momento del traslado de régimen.

Aclaró que, en el caso del actor, no era posible dar pasó a la resolución de un conflicto de multivinculación como se observa en la historia laboral, ya que el traslado de régimen pensional estuvo desprovisto del deber de información, y por tanto todos los actos posteriores al traslado eran ineficaces.

Finalmente, condenó en costas a las demandadas con sustento en el artículo 365 del C.G.P, que establece que tal imposición se realiza de manera objetiva, sin que se le permita al funcionario judicial, valorar aspectos subjetivos para absolver de dicha condena.

3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta

Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación informe con la condena dirigida a trasladar de forma indexada y con cargo a sus propios recursos los gastos de administración, aunado a los rendimientos financieros, expresa que dicha condena

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

desconoce lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, esto es las restituciones mutuas. Narra que los gastos de administración son una contraprestación directa de los rendimientos que obtuvo en el RAIS y que no se hubieran generado en el RPM, por lo que ordenar su devolución constituye un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Agrega que las primas de seguros previsionales fueron giradas a la aseguradora por mandato de la ley, por lo que ya no reposan en su haber. Por último, solicita la absolución de las costas procesales indicando que actuó de buena fe, como quiera que la ineficacia del traslado requiere declaración judicial.

En similares, términos recurrió **Protección S.A.** respecto de las condenas contenidas en el numeral tercero de la providencia. Adiciona que tampoco dispone de mecanismo legal que le permitan recuperar los descuentos destinados a cubrir la prima de reaseguros FOGAFIN, por lo que asumir la devolución con cargo a su propio patrimonio constituye un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones y el demandante.

Por último, **Colpensiones** señala que el traslado del demandante se ajustó a derecho, debido a que firmó el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones.

Expone que el actor no es beneficiario del régimen de transición, por lo que el traslado petitionado es improcedente debido a que se encuentra incurso en la prohibición de traslado contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Añade, que el actor persigue un fin netamente económico que debe perseguir a través una acción de responsabilidad de resarcimiento del eventual daño o perjuicio contenida en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 y no por medio de una

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

demanda ordinaria laboral, peticionando que sean acogidos los salvamentos de voto que difieren de la tesis de ineficacia del traslado adoptada por la Corte Suprema de Justicia.

Por último, ratifica la petición especial realizada en la demanda.

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/Concepto del Ministerio Público

Analizados los alegatos presentados por las demandadas, 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. El Ministerio Público por medio de concepto solicita que se confirme la sentencia de primera instancia.

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 los siguientes problemas jurídicos:

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

- i. Establecer si para el momento en que la parte actora efectuó el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, existía normatividad vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al potencial afiliado información suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen.
- ii. Definir si para dar por cumplido el deber de información de las AFP es suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación.
- iii. Determinar la carga probatoria que les corresponde a cada una de las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales.
- iv. Analizar si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de la AFP demandada, la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.
- v. Concluir si la prohibición señalada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, es atendible en aquellos eventos donde se discute la ineficacia del traslado de régimen pensional.
- vi. Determinar si la ineficacia del traslado solo es aplicable a afiliados beneficiarios del régimen de transición.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

- vii. Determinar si es procedente apartarse del precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral en cuanto a la ineficacia del traslado, sobre la base de que vulnera el principio de sostenibilidad financiera.
- viii. Establecer las consecuencias jurídicas de la declaratoria de la ineficacia del traslado respecto de las administradoras de Fondos de Pensiones.
- ix. Determinar si es procedente absolver a Porvenir S.A. de costas procesales impuestas.
- x. Analizar si es procedente condenar a las Administradoras del RAIS a título de sanción al pago de un cálculo actuarial equivalente al valor total de las mesadas pensionales liquidadas bajo los parámetros del régimen de prima media.

6. Consideraciones

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

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

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.

6.2. “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,

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

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, 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

² Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

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,

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

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>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</i> <i>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</i> <i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
 Demandante: Edilberto Romero Benítez
 Demandado: Colpensiones y otro

<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.

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

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 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.

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.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

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.

6.4. 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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

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”.

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

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

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.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

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 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:

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.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

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:

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

“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 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

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 Ibídem

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

6.6. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado.

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

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”.

6.7. Caso concreto

Se pretende por esta vía ordinaria que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que realizó el actor a través de Porvenir S.A, mediante solicitud del 27 de noviembre de 2001¹⁰, efectiva a partir de 1 de enero de 2002, y los posteriores traslados que realizó dentro de ese régimen de pensiones el 20 de febrero de 2007¹¹

¹⁰ Archivo 08, página 63 cuaderno de primera instancia.

¹¹ Archivo 04, página 10 cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

con destino a Protección S.A., efectivo a partir del 1 de abril de 2007 y el retorno a Porvenir S.A. el 14 de agosto de 2008¹², efectivo el 1 de octubre de ese año, conforme se desprende de los formularios de afiliación e historial de vinculaciones¹³, 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 Suprema de Justicia, en las citadas sentencias, según las voces del artículo 1604 del C.C., la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y, en este tipo de asuntos, corresponde a la administradora de pensiones, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa al afiliado, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

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

¹² Archivo 08, página 64 cuaderno de primera instancia.

¹³ Archivo 08, página 73 cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

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, Porvenir S.A. como prueba del cumplimiento del deber de información, llamó a declarar a su contraparte procesal, con el fin de demostrar que brindó la información seria y veraz que para la época era jurídicamente pertinente, pues como se vio en el precedente jurisprudencial, para la fecha de la creación de las AFP existían normas en el Código Civil y en el Estatuto Financiero que obligaban a los fondos a brindar una asesoría adecuada de cara a lo que consistía el nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad por lo menos en los puntos que se acaban de esbozar.

Sin embargo, rendido el interrogatorio de parte, no derivó en prueba de confesión, para dar por acreditado el presupuesto probatorio, ya que el actor únicamente expuso que suscribió el formulario de traslado de régimen pensional después de recibir una asesoría grupal en la que le manifestaron que las pensiones

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

gubernamentales se iban a acabar, y que la mejor opción era trasladarse a un fondo privado donde tendrían una cuenta de ahorro individual; empero, negó o no recordó haber recibido información respecto de los rendimientos financieros, la posibilidad de pensionarse anticipadamente o de retornar al RPM antes de cumplir 52 años de edad.

Ahora, si bien añadió que la decisión de trasladarse se funda en la posibilidad de adquirir una mesada superior en el RPM, esto de ningún modo desvía el origen de la litis, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados.

En cuanto a los comunicados de prensa¹⁴ es claro para la Sala que, aunque pueden ser de interés para el afiliado, por si solos no tienen la virtualidad de acreditar que la AFP cumplió con su obligación legal de información y su deber orientador al momento de la vinculación.

Por otra parte, es improcedente acudir a la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, ya que lo discutido en el caso objeto de estudio no es el traslado voluntario con la conservación o no del régimen de transición, sino el efecto de la ineficacia del cambio de régimen pensional a falta de información detallada y completa al momento del traslado de régimen, cuyo efecto no es otro que retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido y, en este caso, dicha declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional,

¹⁴ Archivo 15, páginas 29 a 31 cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

conlleva al regreso automático del demandante al régimen solidario de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, del cual ya hacía parte.

Cabe agregar, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias CSJ SL 3155 de 2022, CSJ SL 4322 de 2022 y CSJ SL 932 de 2023 expuso que el precedente de la Corporación relativo a la ineficacia del traslado pensional aplica con independencia de si el afiliado es beneficiario o no del régimen de transición, a quienes tengan una expectativa legítima o estén próximos a causar el derecho, pues ni la ley, ni la jurisprudencia establecen tales condiciones.

Con base en todo lo expuesto no es procedente apartarse del precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral en cuanto a la ineficacia del traslado, sobre la base de que vulnera el principio de sostenibilidad financiera, pues dicha afirmación carece de respaldo probatorio y se estructura sobre la base de un escenario incierto, fundado en que los montos trasladados serán insuficientes para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte del afiliado, máxime cuando la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sentado que las órdenes emitidas en procesos de ineficacia de traslado en contra de la Administradora del Régimen de Prima Media no derivan en un detrimento patrimonial o económico, pues simplemente debe aceptar el traslado.

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

1896), y del precedente judicial, definido en la sentencia SU- 053 de 2015 como «la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo» y, en tal sentido, el emitido por los máximos órganos de cierre, “guardan una estrecha relación con el derecho a la igualdad, garantía constitucional que le permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes, aunado al carácter ordenador y unificador de las sentencias de casación, en tanto aseguran una mayor coherencia del sistema jurídico, seguridad, confianza y certeza del derecho” (STL4759-2020). Así las cosas, no advierte la Sala que existan fundamentos jurídicos razonables para apartarse de los argumentos que sobre la materia a sentado el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

En este orden de ideas, se confirmará la declaratoria de la ineficacia del acto de afiliación sentado en primera instancia, debido a que la AFP demandada no demostró el cumplimiento de su deber de información, lo que acarrea la ineficacia del traslado, como ya se explicó.

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

Colpensiones, por lo que se confirmará la sentencia apelada frente a tal decisión.

Sin embargo, bajo las mismas premisas se adicionará la sentencia en el sentido de precisar a Porvenir S.A. que al momento del cumplimiento de la orden contenida en el numeral segundo *“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”*.

Asimismo, es necesario adicionar en la sentencia primigenia, con la orden de comunicar la decisión adoptada a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de haber emitido el bono pensional, con ocasión a las 243.57¹⁵ semanas cotizadas al RPM antes del traslado al RAIS, proceda con la anulación del mismo mediante trámite interno, aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 833 de 2016. Ello en razón a que no existe dentro del plenario prueba que acredite que el bono ha sido liquidado, emitido y cancelado por parte de esa cartera ministerial, y el actor arribó a la edad de redención normal el 29 de noviembre de 2018¹⁶.

Además, se adicionará la sentencia 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 del actor, 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, suma que deberá cancelarse de manera indexada, precisándose

¹⁵ Archivo 07, página 51 cuaderno de primera instancia.

¹⁶ Archivo 07, página 60 cuaderno de primera instancia

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del mentado fondo privado de pensiones.

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

Por otra parte, improcedente resulta condenarlas a título de sanción al pago de un cálculo actuarial equivalente al valor total de las mesadas pensionales liquidadas bajo los parámetros del régimen de prima media teniendo en cuenta para ello la expectativa de vida del demandante, pues teniendo en cuenta las implicaciones que ello implica para las administradoras del RAIS, ello debe ser objeto de demanda de Colpensiones contra la AFP a efectos de que esta última ejerza debidamente su derecho de defensa. En consecuencia, el cálculo actuarial solicitado

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

por Colpensiones no puede analizarse en este asunto porque no hay pretensiones en ese sentido. Por otra parte, no puede pasarse inadvertido que dentro de la acción de ineficacia las sanciones son taxativas y su interpretación restrictiva y la única sanción legal establecida para quienes atenten contra la afiliación libre, voluntaria e informada del trabajador es la prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuya imposición le compete al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso y no a la justicia del trabajo. Lo anterior sin perjuicio de las acciones por indemnización de perjuicios que eventualmente tienen el afiliado y Colpensiones.

Por último, respecto a la solicitud de la AFP Porvenir S.A., que no se le condene en costas, suficiente es con indicar, en primer lugar, que al haber existido controversia e incluso oposición frente al debate jurídico puesto en conocimiento de la Judicatura, conforme lo faculta el artículo 365 del CGP, hay lugar a condenar en costas a quien resulta vencido en la contienda y, en segundo lugar, por cuanto - contrario a lo expuesto en la censura- en la presente litis no quedó acreditado que se hubiese cumplido el deber legal de brindar al demandante la asesoría exigida o los plazos para retornar sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria, de ahí que se esté declarando la ineficacia del acto, aunado a que el actuar con lealtad y buena fe procesal no ha sido contemplado por la ley o la jurisprudencia como un eximente de condena en costas, pues contrario a ello, la Sala de Casación Laboral por medio de la sentencia STL 10364-2020 instó a esta Corporación a tener en cuenta que la condena en costas se debe fulminar con independencia de los factores subjetivos de la persona vencida en juicio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En este orden de ideas, en virtud del grado jurisdiccional de consulta se

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

revocará la condena en costas impuesta en contra de Colpensiones, como quiera que ninguna de las órdenes de la sentencia se dirigió en su contra, de ahí que no pueda tenerse como parte vencida en juicio, y 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. Líquidense por la secretaría del juzgado de origen.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia para **ORDENAR** a Porvenir S.A. y Protección S.A. que, al momento del traslado de las condenas impuestas en los numerales segundo y tercero de la providencia, 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.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia para **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.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia para **ORDENAR** a la AFP Porvenir S.A. que, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

ahorro individual del demandante, 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, de forma indexada. Se precisa que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del mentado fondo privado de pensiones.

CUARTO: MODIFICAR el numeral sexto de la sentencia de primera instancia, para **REVOCAR** la condena en costas impuesta a cargo de Colpensiones. Por lo anterior, el mentado numeral quedará de la siguiente manera: *"CONDENAR en costas a Porvenir S.A. y Protección S.A. y a favor de la parte actora. Las que serán liquidadas en el momento procesal oportuno por la secretaría del Juzgado."*

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Radicación No.: 66001-31-05-002-2021-00460-01
Demandante: Edilberto Romero Benítez
Demandado: Colpensiones y otro

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: **8981c5a6fb29aabde6aeda559f5c076d1cf2e201991206beec85a97967984e28**

Documento generado en 23/02/2024 03:24:28 PM

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