

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso las partes presentaron alegatos de conclusión en el término de traslado dispuestos en la lista fijada el 16 de enero de 2024, como se observa en los archivos 06, 07, 09 y 10 del cuaderno de segunda instancia. El Ministerio Público no rindió concepto en esta instancia procesal.

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.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra
Juzgado: Tercero 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, dieciocho (18) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Acta No. 40 del 14 de marzo 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 **MARTHA LUCÍA CÁRDENAS TRUJILLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

– COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala entra a resolver el grado jurisdiccional de consulta dispuesto en favor de Colpensiones, y los recursos de apelación propuestos por dicha administradora y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. Demanda y su contestación

Pretende la promotora del litigio que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) a través de PORVENIR S.A. y, en consecuencia, se ordene a esta AFP a devolver la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, frutos e intereses, sin descuentos por concepto de gastos de administración o aseguramiento a COLPENSIONES, última de quien persigue se le ordene recibirla como afiliada.

En sustento de lo pretendido, relata, en síntesis, que nació el 14 de julio de 1961, que comenzó a cotizar al RPM en 1991 y que en julio de 2003 se trasladó al RAIS a través de PORVENIR S.A., sin que esta última decisión estuviera precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, puesto que lo único que se le indicó para convencerla de la migración fue que el ISS se liquidaría y por

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

lo tanto la única opción viable para pensionarse era el fondo privado, último en el que podría obtener la pensión a más temprana edad o solicitar el dinero en cualquier tiempo.

Por último, indica que el 06 de octubre de 2021, COLPENSIONES negó su solicitud de traslado por faltarse menos de diez años para pensionarse.

En respuesta a la demanda, **COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que la selección de cualquiera de los regímenes existentes – RAIS Y RPM – es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria y, por ello no está obligada a aceptar el traslado en la actualidad, en la medida que no se evidencia que existiere por parte de la AFP engaño alguno o acto que evidencia motivo para que se declare la ineficacia. Así, invocó como excepciones de fondo "*validez de la afiliación al RAIS*", "*aceptación implícita de la voluntad del afiliado*", "*saneamiento de una presunta nulidad*", "*prescripción*", "*buena fe*", "*imposibilidad de condena en costas*" , "*genérica*" y "*declaratoria de otras excepciones*".

Del mismo modo, **PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, argumentó en su defensa que la vinculación de la demandante fue completamente válida desde el punto de vista legal, toda vez que el formulario de afiliación contiene los requisitos mínimos contemplados en la normatividad de la época, adicional a lo cual los asesores encargados de promover las afiliaciones le informaban a los potenciales afiliados las características propias de cada régimen, sin que para dicho momento fuese una obligación de mantener constancia escrita de las asesorías o de realizar proyecciones financieras. De esa manera, invocó como excepciones mérito las que denominó "*validez y eficacia de la afiliación e inexistencia*

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

de vicios en el consentimiento”, "saneamiento de la eventual nulidad relativa”, "inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS”, "inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS”, "prescripción”, "buena fe" e "innominada o genérica”.

2. Sentencia de primera instancia

La jueza de primera instancia declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado el 04 de noviembre de 2003 por la demandante y, concluyó, por tanto, que aquella se encuentra afiliada al RPM. Así, ordenó a PORVENIR S.A. que ponga a disposición de COLPENSIONES todo lo que aparece en la cuenta individual de la actora, incluyendo intereses, rendimientos, frutos, cuotas de administración, prima del seguro previsional y porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, debidamente actualizados conforme al IPC. Concomitantemente, ordenó a Colpensiones habilitar la afiliación de la demandante y actualizar su historia laboral.

Por último, ordenó comunicar la decisión al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-OFICINA DE BONOS PENSIONALES, declaró no probados los medios exceptivos propuestos por las codemandadas y condenó a PORVENIR S.A. al pago de las costas procesales a favor de la parte demandante.

Para llegar a tal determinación la a-quo hizo un recuento legal y jurisprudencial respecto a las características del sistema pensional y particularmente de la libertad de escogencia de régimen pensional y el deber que tienen las AFP, desde su misma creación con la expedición de la ley 100 de 1993, de brindar a sus

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

posibles afiliados información suficiente, clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional con el fin de generar simetría entre los actores del sistema y un real consentimiento informado por parte del usuario. Agregó que, dada su obligación y las normas sustantivas y adjetivas, son las mismas AFP las que deben demostrar en el proceso que actuaron con la diligencia que les exige el legislador, so pena de declararse la ineficacia del acto jurídico y el consecuente retorno al régimen anterior.

En ese sentido, consideró, en síntesis, que la AFP demandada no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía en el proceso, tendiente a acreditar que llevó a cabo el deber de información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; ello en razón a que de la documental aportada no se logra extraer la calidad de la información que se brindó, dado que el formulario de afiliación únicamente funciona para nutrir la base de datos de la entidad, pero no para dar cuenta del cumplimiento del deber de información.

Advirtió, que, del interrogatorio rendido por la actora, no sé desprende ninguna confesión que permitiera concluir que el fondo sí cumplió a cabalidad con su deber de información, ya que es evidente el desconocimiento de la demandante sobre las características y diferencias entre ambos regímenes pensionales.

Por lo dicho, concluyó que la decisión de la actora no estuvo precedida de la comprensión suficiente ni el real consentimiento para llevarla a cabo, razón por la cual debía declararse la ineficacia del acto de traslado.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, argumentando que quedó acreditado en el plenario que la AFP brindó la información necesaria para la época, por lo cual el demandante suscribió de forma y voluntaria el formulario, adicional a lo cual la actora realizó actos de relacionamiento y no retornó al RPM cuando pudo hacerlo, lo que demuestra su conformidad de continuar en el fondo privado y, por tanto, solo al ver fallidas sus expectativas económicas, quiso retornar.

Por otra parte, respecto a la condena a devolver los gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, se opuso por cuanto dichos conceptos obedecen a un mandato legal de contraprestación por la gestión que realizan las AFP y son girados a las respectivas aseguradoras para amparar los riesgos, por lo que su retorno al RPM, es decir, a COLPENSIONES, se traduciría en un enriquecimiento sin justa causa para esta y un detrimento para la AFP.

Finalmente, solicita la absolución de costas procesales porque en su momento la AFP PORVENIR actuó de buena fe, con arreglo en la normatividad vigente para la época del traslado.

Por otro lado, La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** atacó la decisión de primera instancia argumentando que la demandante instaura la acción judicial en virtud del perjuicio económico que le va a ocasionar PORVENIR S.A. en su mesada pensional, imponiéndosele a COLPENSIONES la carga de resarcir un daño que no causó, por lo que debe adelantar es la acción de resarcimiento de perjuicios, razón por la cual, solicita que,

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

en caso de confirmarse el fallo, se condene a la AFP a pagar un cálculo actuarial equivalente a las mesadas liquidadas conforme al RPM.

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

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:

- 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.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

- 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. Analizar cuál es el precedente aplicable en la actualidad respecto de los actos de relacionamiento, incluida las reasesorías.
- vii. Establecer las consecuencias jurídicas de la declaratoria de la ineficacia del traslado respecto de las administradoras de Fondos de Pensiones.
- viii. Definir si la afiliación prolongada al RAIS y/o el traslado entre administradoras de dicho régimen denota un compromiso serio de permanecer en el RAIS y convalidan el acto de afiliación.
- ix. Establecer si hay lugar a exonerar en costas a Porvenir S.A.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

6. Consideraciones

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

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

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

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

fueron objeto de estudio por parte de la Sala de Casación Laboral, de modo que basta referirnos a su precedente para dar respuesta a los mismos, como veremos a continuación.

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

Dado que las Administradoras de Fondos de Pensiones son organismos profesionales, resulta aplicable el artículo 1604 del Código Civil, según el cual la prueba de la debida diligencia y cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, atendiendo a las siguientes razones:

- 1)** Las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen deberes de carácter profesional con sus afiliados y con los consumidores del mercado potencial en general. Además, sus actividades se encuentran reguladas por el Decreto 663 de 1993², norma en la que se destaca la importancia de los principios de debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.
- 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.

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

² Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

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

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

- 5)** Con sustento en lo anterior, es evidente que en todos los casos en que un afiliado ponga en cuestión la falta de información veraz, oportuna y completa de las incidencias del cambio del régimen pensional, y bajo tal premisa persiga la ineficacia de su traslado, la defensa de la AFP demandada debe 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

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

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

Ello así, también ha dicho el órgano de cierre de la especialidad laboral, que las AFP demandadas se encuentran en una situación de ventaja que les permite aportar las evidencias respecto a si se le brindó al afiliado la información cierta, suficiente, comprensible y oportuna a la hora de convencerlo de trasladarse de régimen.

Ahora bien, como quiera que uno de los argumentos de la defensa de las AFP es que la normatividad del deber de información se ha venido dando paulatinamente, vale la pena citar la sentencia del 8 de mayo de 2019 SL 1688-2019, Radicado 68838, con Ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se hace un didáctico recuento histórico de las normas que rigen la actividad de los Fondos de Pensiones privados, dividiéndolo en 3 etapas, de cuyo análisis se llega a la conclusión de que a las AFP les compete, desde su creación, el deber de suministrar una información **necesaria y transparente**, que con el transcurrir del tiempo esta exigencia 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

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
 Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
 Demandado: Colpensiones y otra

a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<p><i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</i></p> <p><i>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</i></p> <p><i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i></p>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<p><i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i></p> <p><i>Decreto 2241 de 2010</i></p>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<p><i>Ley 1748 de 2014</i></p> <p><i>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015</i></p> <p><i>Circular Externa n.º 016 de 2016</i></p>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

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

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

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

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.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

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

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

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

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

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

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

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 morigeradora los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

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

Posteriormente, la sentencia CSJ SL1055 de 2022⁷ también recogió las posturas

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

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

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

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

contrarias establecidas por las Sala de Descongestión de la Corte en las providencias CSJ SL249-2022 y SL259-2022, y en su lugar ratificó:

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

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

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

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

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo,

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

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

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

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 carga de la prueba recae en el fondo de pensiones. Dicha postura se ha mantenido

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 *Ibíd*em

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

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

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

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”.

6.6. Consecuencias de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

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.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

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. De la escogencia de Régimen Pensional con la entrada en vigor de la ley 100 de 1993.

En la sentencia CSJ SL 4334 de 2021 la Corte Suprema de Justicia instruyó sobre el cambio histórico de la reglamentación laboral entorno a la elección de régimen en los siguientes términos:

“Las leyes 6 de 1945 y 90 de 1945 crearon la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal- y el Instituto de Seguros Sociales, respectivamente. La primera normativa propició además la creación de un centenar de cajas de previsión a nivel territorial en los distintos departamentos, intendencias y municipios del país que no tuvieran organizadas instituciones de ese tipo (artículo 23).

Ello ocasionó que el sistema pensional fuera difuso, diverso y desorganizado, aunado a la gobernanza de distintos regímenes pensionales en los sectores de trabajo. En todo caso, las reglas pensionales, en términos generales, seguían el sistema de seguro social, característico de un esquema de prestación definida en proporción a la contribución del afiliado -prima media-, por lo que podía advertirse un sistema difuso administrado por el ISS y las diversas cajas o entes de previsión social.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

La Ley 100 de 1993 pretendió unificar la administración del sistema y por ello dispuso que la cobertura progresiva de las contingencias de la seguridad social se administraría, por regla general, a través de dos regímenes pensionales, el de prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad.

Ahora, si bien el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 consagró que la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida recaía en el ISS, lo cierto es que con el fin de resguardar las expectativas pensionales de las personas vinculadas a las múltiples cajas, fondos o entidades de previsión, se les autorizó para continuar con la administración de dicho régimen «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley»

Nótese entonces que la ley reconoce expresamente que la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE administraba el régimen de prima media y por ello debe entenderse como una entidad administradora del sistema de pensiones, tal y como lo ha precisado la Sala en jurisprudencia que tiene el carácter de reiterada (CSJ SL11746-2014, CSJ SL11438-2016, CSJ SL4041-2017 y CSJ SL3191- 2021).

Ahora, es oportuno señalar que el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009, que ordenó la supresión y liquidación de esa entidad de previsión social, también dispuso el traslado de sus afiliados al ISS. (...) hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, que asumió esta obligación de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011”.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

Como puede verse en la consolidación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, los trabajadores, en virtud del derecho a la libre escogencia de régimen pensional pudieron trasladarse o afiliarse a un régimen distinto del de prima media con prestación definida, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que dio paso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o en su defecto, afiliarse o permanecer afiliados al Régimen de Prima Media donde por ley se trasladaron entre las distintas entidades que tuvieron su administración.

6.8. Caso concreto

Se pretende por esta vía ordinaria que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que realizó la actora a través de PORVENIR S.A. el 04 de noviembre de 2003¹⁰, 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:

¹⁰ Archivo 17, página 64 cuaderno de primera instancia

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

i) Que, dependiendo del capital, puede pensionarse anticipadamente, esto es, antes de la edad mínima para la pensión de vejez. *ii)* La posibilidad para sus herederos de hacerse a la devolución de saldos, en caso de que no existieran beneficiarios para la pensión de sobrevivientes. *iii)* La devolución total del saldo en caso de no alcanzar a reunir el total de los requisitos legales para optar al beneficio pensional. *iv)* Tener la posibilidad de la pensión de vejez habiendo cotizado el mínimo de semanas requeridas a pesar de no reunir el capital suficiente para el financiamiento de la prestación económica. *v)* La posibilidad de que el reconocimiento de la pensión de vejez, una vez reunido los requisitos, se haga pronto. *vi)* La posibilidad de que sus aportes se conviertan en patrimonio sucesoral en un caso dado. *vii)* El hecho de que el afiliado es el único titular de la cuenta de ahorro individual en contraste con el fondo público cuyos ahorros hacen parte de un fondo común. *viii)* Los rendimientos financieros que le generen sus aportes abonados sobre el saldo de su cuenta de ahorro individual; y, *ix)* La posibilidad de seleccionar entre variadas modalidades de pensión, cuya ilustración resultaba vital, pues debió advertírsele en qué consistía cada una, así: La modalidad de renta vitalicia inmediata, la cual le quita la posibilidad de que los saldos de su cuenta de ahorro individual se conviertan en masa sucesoral, pero le garantiza una pensión de por vida. La modalidad de *retiro programado* la cual tiene la desventaja de que una vez se termine el saldo en la cuenta de ahorro individual, si supera la expectativa de vida tenida en cuenta por la AFP, se queda sin pensión de vejez durante los años posteriores. La modalidad de retiro programado con renta vitalicia, que combina las dos anteriores.

La AFP convocada al proceso afirma en su contestación de la demanda que brindó a la parte demandante la información seria y veraz que para la época era jurídicamente pertinente sin que se precise en qué consistió tal cosa. Ello sería suficiente para concluir, que efectivamente la información que recibió la parte actora

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

fue insuficiente y sesgada al momento de hacer el traslado, pues como se vio en el precedente jurisprudencial, para la fecha de la creación de las AFP existían normas en el código civil y en el estatuto financiero que obligaban a los fondos a brindar una asesoría adecuada de cara a lo que consistían el nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad por lo menos en los puntos que se acaban de esbozar.

Ahora, lo cierto es que las pasivas, como prueba del cumplimiento del deber de información, llamaron a declarar a su contraparte procesal, sin embargo, una vez rendido el interrogatorio de parte, no se logró desvirtuar la poca o incluso inexistente información recibida por la promotora de la litis, puesto que esta, sobre los pormenores que rodearon el traslado de régimen únicamente afirmó que a su lugar de trabajo, Clínica Los Rosales, llegó un grupo por parte del fondo privado y en una reunión de 7 personas les indicó que el ISS iba a desaparecer y que debían cambiarse porque era lo más conveniente para su futuro pensional, sobre todo porque esa administradora tenía apoyo internacional.

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 la afiliada accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados.

De lo expuesto, refulge como lo concluyó la jueza de instancia que la AFP convocada a juicio incumplió con la carga de la prueba que le asistía, esto es demostrar que el acto de traslado de la señora MARTHA LUCÍA CÁRDENAS TRUJILLO estuvo precedido de información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados, como quiera que la demandante

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

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

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, conlleva al regreso automático de la demandante al régimen solidario de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones.

Respecto al término de permanencia en el RAIS, conforme precisó la Sala Laboral, *"el acto jurídico no se torna en eficaz (...) porque el afiliado no haya expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo"*, pues dichos actos 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.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

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

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

Sin embargo, bajo las mismas premisas se adicionará la sentencia en el sentido de precisar que al momento del cumplimiento de las ordenes previstas en el numeral segundo, literales a) y b), *“tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*.

Adicional a lo indicado, atendiendo el argumento PORVENIR S.A según el cual se incurre en un detrimento de la AFP al ordenar que se devuelvan los gastos de administración y cuotas de seguro previsional, debe decirse que como en materia laboral no existe una norma expresa que regule esta figura, en aplicación del

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

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.

Ahora, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban al momento del traslado de régimen, es pertinente confirmar la orden de comunicar la decisión adoptada en este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de haber emitido el bono pensional, proceda con la anulación del mismo mediante trámite interno, aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 833 de 2016. Ello en razón a que no existe dentro del plenario prueba que acredite que el bono ha sido emitido y cancelado por parte de esa cartera ministerial y la actora no ha llegado a los 60 años, como para concluir que se efectuó la redención normal, por lo que no hay lugar a ordenar la devolución a cargo de la AFP, sino únicamente la anulación del título de deuda pública a cargo del Ministerio de Hacienda.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

Ahora, pese a que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese instrumento de deuda pública, lo cierto es que el mismo debió redimirse normalmente el 14 de julio de 2021, fecha en que la accionante cumplió los 60 años de edad; por lo que, teniendo en cuenta que el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 dispone que esta clase de bonos se pagan dentro del mes siguiente a la fecha de redención (sin necesidad de solicitud previa), muy seguramente el bono debió entrar a la cuenta de ahorro individual de la demandante antes de la emisión de esta sentencia; razón por la que, por cuenta de la ineficacia del traslado declarada en primera instancia y ratificada en esta sede, se adicionará la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a restituir la suma pagada por ese concepto pero a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, misma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del fondo privado.

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

Por último, improcedente resulta dar prosperidad a la solicitud elevada por Colpensiones en la alzada referente a condenar a las AFP a reconocer un cálculo actuarial equivalente al valor total de las mesadas pensionales a pagar, liquidadas

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

bajo los parámetros del Régimen de Prima Media, puesto que, al ser ajena al objeto del proceso, debe ser objeto de demanda de COLPENSIONES contra las AFP a efectos de que esta última ejerza debidamente su derecho de defensa. En consecuencia, el cálculo actuarial solicitado por COLPENSIONES no puede analizarse en este asunto porque no hay pretensiones en ese sentido.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira dentro del proceso ordinario laboral promovido **MARTHA LUCÍA CÁRDENAS TRUJILLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, el cual quedará de la siguiente manera:

3.1 ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. que proceda a trasladar a

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

COLPENSIONES las cotizaciones, saldos de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y sumas adicionales, con sus respectivos frutos e intereses, que se encuentren en la cuenta individual de la señora **MARTHA LUCÍA CÁRDENAS TRUJILLO**.

3.2 ORDENAR a PORVENIR S.A. que proceda a trasladar a **COLPENSIONES**, con cargo a sus propios recursos, las cuotas de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, sumas todas que deben pagarse debidamente indexadas.

3.3. Al momento de cumplirse la orden prevista en los numerales 3.1 y 3.2, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

SEGUNDO: ADICIONAR la providencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR a PORVENIR S.A.** que en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la señora **MARTHA LUCÍA CÁRDENAS TRUJILLO**, **RESTITUYA** la suma pagada por ese concepto a la Oficina de Bonos Pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, misma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2022-00047-01
Demandante: Martha Lucía Cárdenas Trujillo
Demandado: Colpensiones y otra

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a favor de la parte demandante. Liquídense por la secretaría del juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Aclara voto

Con firma electrónica al final del documento

GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **01107d03375b08a56b198aff2991ab19cb1a04aa320842abddd2925f33c1392f**

Documento generado en 15/03/2024 11:43:04 AM

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