CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso las partes presentaron alegatos de conclusión por escrito dentro del término establecido en el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Pereira, 18 de diciembre de 2020

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario
Sin necesidad de firma Artículo 2, inciso 2 Decreto Presidencial 806 de 2020 y artículo 28 del Acuerdo PCSJA20-11567 C.S.J.

Providencia:	Sentencia de segunda instancia del 20 de enero de 2021
Radicación No.:	66001-31-05-002-2018-00616-01
Proceso:	Ordinario Laboral
Demandante:	José Benur Falla Encinarez
Demandado:	Porvenir S.A. y Colpensiones
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, veinte (20) de enero de dos mil veintiuno (2021)
Acta No. 04 del 19 de enero de 2021

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, 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 No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **José Benur Falla Encinarez** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-** y la **Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A.**

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a revolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de Colpensiones y Porvenir S.A. en contra de la sentencia proferida el 16 de junio de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira. Asimismo, se revisará la providencia de primer grado de manera íntegra en virtud del grado jurisdiccional de consulta admitido en esta instancia. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. La demanda y su contestación

Solicita el demandante que se declara la ineficacia de la afiliación llevada a cabo el 8 de junio de 1996, por medio de la cual se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior procura que se ordene a Porvenir S.A. que remita a Colpensiones el traslado de los fondos o aportes que reposen en su cuenta de ahorro individual, así como el detalle de la información en la que se plasmen los aportes efectuados

Por último, pide que se condene a las demandadas, Porvenir y Colpensiones, al pago de las costas procesales y a lo extra y ultra petita.

Para así pedir manifiesta que inició su vida laboral el 14 de abril de 1983, realizando las respectivas cotizaciones a pensión en el Instituto de Seguros Sociales. Agrega que en el mes de junio de 1996 asesores de la AFP Porvenir le ofrecieron una información mentirosa y lo persuadieron para que se trasladara al régimen de ahorro individual con solidaridad, la cual surtió efectos a partir del 9 de junio de dicha anualidad.

Refiere que el 16 de marzo de 2018 Porvenir S.A. efectuó simulación de su pensión, indicándole que al alcanzar los 62 años la misma equivaldría a $1.828.678; mientras que en cálculo realizado por Colpensiones su mesada ascendería a $2.622.889, lo cual denota el perjuicio que le causó quien le brindó la asesoría para trasladarse de régimen.

Por último, informa que Colpensiones, mediante oficio adiado el 7 de junio de 2018, negó su traslado bajo el argumento de que le faltaban menos de diez años para pensionarse.

En respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a la totalidad de las pretensiones, alegando que no se evidencia que existiera por parte de Porvenir S.A. engaño alguno o acto que evidencie motivo para que se declare el traslado como nulo; ello aunado a que las nulidades que hubiesen podido surgir se encuentran saneadas debido a que la acción rescisoria venció el 9 de junio de 2000. Bajo ese criterio, propuso las excepciones de mérito que denominó *"Validez de la afiliación al RAIS"; "Aceptación implícita de la voluntad del afiliado"; "Carga de la prueba a instancia de la parte actora"; "Saneamiento de una presunta nulidad"; "Prescripción"; "Buena fe"* e *"Imposibilidad de condena en costas".*

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A.** solicitó que se negaran los pedidos de la demanda en razón a que el demandante no pudo ser víctima de la omisión en la información en el momento de su decisión de trasladarse de régimen, concretándose su determinación en un acto de su propia voluntad, porque no es y no lo era susceptible de beneficiarse del régimen de transición.

De esta manera, como excepciones perentorias esgrimió las de *"Prescripción"; "Buena fe"; "Compensación"; "Exoneración de condena en costas"; "Inexistencia de la obligación"; "Falta de causa para pedir"; "Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada"; "Inexistencia de la fuente de la obligación"; "Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad"; "Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio"* y *"Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado"*.

2. Sentencia de primera instancia

La Jueza de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir S.A., suscrita por el señor Jose Benur Falla Encinarez el 8 de junio de 1996, determinando que para todos los efectos siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

Consecuencialmente, condenó a la AFP Porvenir a que efectúe el traslado a Colpensiones de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, la cual deberá estar debidamente indexada. Asimismo, condenó a dicha entidad a realizar el traslado de los respectivos rendimientos financieros, así como los gastos de

administración y comisiones cobrados durante el lapso en que estuvo afiliado el actor. Sumas que debían trasladarse debidamente indexadas.

Por otra parte, ordenó a Colpensiones que tuviera como vinculado al señor Falla Encinarez sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida.

Finalmente condenó a Porvenir S.A. al pago del 100% de las costas procesales a favor de la promotora de la litis.

Para llegar a tal determinación la A-quo consideró, en síntesis, que Porvenir 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 la sola suscripción del formulario de afiliación por sí solo no logra tal finalidad, a pesar de que en él exista una cláusula que refiera que la afiliación de la demandante fue libre, consciente y voluntaria, pues no se logra extraer la calidad de la información que se le brindó. Además, resaltó que, si bien el señor Falla Encinarez en su interrogatorio de parte aceptó que recibió una asesoría en la que esa entidad le explicó las bondades del RAIS, en momento alguno se le puso de presente cuáles eran las características de cada uno de los regímenes o los riesgos del traslado.

Por lo dicho, concluyó que la decisión del actor no estuvo precedida de la compresión suficiente ni el real consentimiento para llevarla a cabo, razón por la cual debía declarase la ineficacia del acto de traslado, sin que operara la prescripción por estar involucrado el reconocimiento de la pensión.

Por último, condenó en costas procesales a Porvenir S.A. a favor del demandante.

3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta

La apoderada de Porvenir S.A. atacó la sentencia de primera instancia arguyendo que en el proceso quedó demostrado que la afiliación del señor José Benur Falla a ese fondo se hizo de manera libre, voluntaria y sin presiones.

Agregó que su prohijada cumplió cabalmente con la carga de la prueba que le atañía para la fecha del traslado y que la jurisprudencia esbozada por la A-quo no podría aplicarse de manera retroactiva, pues actuó de buena fe, siendo improcedente la condena en costas procesales.

Por su parte, la apoderada judicial de Colpensiones atacó el fallo de instancia alegando que en está demostrado que el traslado del demandante al RAIS se hizo en aplicación de los parámetros legales y que es una motivación económica la que lo lleva ahora a solicitar el regreso al régimen de prima media.

4. Alegatos de conclusión

Analizados los alegatos presentados por escrito 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 a continuación. Por otra parte, el Ministerio Público no rindió concepto en este asunto.

5. Problemas jurídicos por resolver

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

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) Definir si es dable ordenar la devolución de las cuotas de administración y de otros valores por parte de la AFP demandada, con cargo a sus propios recursos debidamente indexados.

vi) Establecer si hay lugar a exonerar en costas al fondo de pensiones demandado.

vii) Definir si en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se debe ordenar el reintegro de otros valores por parte de la AFP demandada.

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 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 creación[1]**"**

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

1) Las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen deberes de carácter profesional con sus afiliados y con los consumidores del mercado potencial en general. Además, sus actividades se encuentran reguladas por el Decreto 663 de 1993[2], norma en la que se destaca la importancia de los principios de debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.

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

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

[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

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.".*

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 del buen consejo al transmitirle al afiliado toda aquella información que resultaba relevante para que tomara 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 en 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 AFPs 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 en su inicio era escasa, 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:

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

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

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

Con lo dicho precedentemente queda resuelto el primer problema jurídico.

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

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

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

Tal como se dijo en precedencia, el tema de la suscripción del formulario de traslado como única prueba para desvirtuar la negligencia en la remisión de información al afiliado, ha sido analizado en múltiples fallos de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, de cuyo contenido queda claro además que la suscripción de varios formularios de afiliación dentro del mismo 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. 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.

En ese orden, el Tribunal en su decisión incurrió en los yerros que se le endilgan, al considerar que no se acreditó el engaño por parte del actor, cuando resulta claro que la información, en este caso, del traslado de régimen, resulta ser de transparencia máxima, lo cual no puede ser ignorado por los jueces de instancia, dada la trascendencia del derecho pensional que está de por medio; de contera además, el juzgador desconoció el artículo 11 de la Ley 100/93, en donde se establece el respeto por los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos

a quienes estén pensionados o hayan cumplido los requisitos, así como el literal b) del precepto 13 ibidem que trata sobre la selección libre y voluntaria de régimen".

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 2019SL 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. 0 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".

6.4. "De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado" [4]

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es 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.

[4] Ibidem

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

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

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

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

En la sentencia SL1421 de 2019, Rad. 56174, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, cuando se declaró la ineficacia del traslado, se dijo que una de las consecuencias de tal situación era la devolución de las cuotas de administración a cargo de la AFP, tema que se planteó en los siguientes términos:

"devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las

sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:
[…]
"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Dicha postura fue reiterada en la sentencia SL 2611 del 1° de julio de 2020, también con Ponencia del Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA en la que se reafirma que por cuenta de la ineficacia, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de ocurrir el traslado de régimen. Dijo la sentencia:

"Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, lo cual trae como consecuencia, que la accionante jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que Colfondos S.A. deberá devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, aspecto sobre el cual ya la Sala se ha pronunciado en oportunidades anteriores, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, …"

De lo anterior queda claro, que la ineficacia de traslado no sólo acarrea, a cargo de la AFP, la devolución de las cuotas de administración sino de toda suma que se hubiere utilizado por ejemplo para los seguros previsionales y las cuotas de garantía de pensión mínima, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo.

Finalmente, los últimos problemas jurídicos se analizarán al evaluar el acervo probatorio del caso concreto, esto es, se estudiará 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. Y en caso positivo se entrará a definir si cuando se declara la ineficacia del traslado.

6.6. Caso concreto

Se pretende por esta vía ordinaria que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, dada la omisión de información clara y precisa, que ha debido brindarle la A.F.P. 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(a), acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

Así pues, la negligencia en que eventualmente incurren tales administradoras de pensiones, al no suministrar la información adecuada y precisa al afiliado, recaerá en la eficacia del acto, dado que con la omisión o la defectuosa información se ha inducido en error al afectado(a). En curso del proceso la AFP demandada no cumplió con la carga que se le impone, esto es**, acreditar haber transmitido a la parte actora la información concreta y cierta, acerca de la implicación del traslado de régimen pensional.**

En realidad, mínimo la AFP tendría que haber dado la siguiente información: *i)* Que dependiendo del capital, puede pensionarse anticipadamente, esto es, antes de la edad

mínima para la pensión de vejez. *ii)* La posibilidad para sus herederos de hacerse a la devolución de saldos, en caso de que no existieran beneficiaros 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 afirma en su contestación y en el recurso de apelación, que durante el interrogatorio a su representante legal se probó que brindó la información seria y veraz de acuerdo con la época en que se produjo el traslado, contando con asesores capacitados para cumplir con el deber de información; sin embargo, lo que fuerza es concluir, que la información que recibió la parte actora fue insuficiente y sesgada al momento de hacer el traslado, pues como se vio en el precedente jurisprudencial, para la fecha de la creación de las AFP existían normas en el Código Civil y en el estatuto financiero que obligaban a los fondos a brindar una asesoría adecuada de cara a lo que consistía el nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad por lo menos en los puntos que se acaban de esbozar.

Frente a lo anterior, hay que indicar que como prueba del cumplimiento del deber de información y buen consejo, la AFP demandada llamó a declarar a su contraparte procesal, de cuya intervención no se logró ninguna confesión a favor de la parte demandada y, contrario a ello, se ratificó la escasa información que recibió y lo que se dejó de informar al momento de trasladarse, pues el actor fue reiterativo en que

únicamente se le indicaron sobre algunas ventajas o lo que al fondo privado le convenía decir, sin otorgar explicación específica o ampliada. Entonces, contrario a lo alegado en la alzada, no logró el fondo demandado demostrar el cumplimiento del deber de informar debidamente a la afiliada, pues la demandante jamás confesó que se le hubiera brindado una explicación pormenorizada de los pros y contras de su determinación, ni tampoco que se le hubiera indicado en qué momento alcanzaría su prestación en caso de continuar devengando el salario que percibía en ese entonces, ni se le hizo una proyección de la mesada a la que eventualmente tendría derecho. Aunado a ello, con el otro elemento de prueba que esgrime la AFP, esto es, el formulario de afiliación suscrito por la promotora de la litis, con él no se logra evidenciar la información que se le brindó a la afiliada. En tal virtud se estima acertada la valoración probatoria efectuada por la operadora judicial de instancia.

Además, a juicio de esta colegiatura, si el asesor de la demandada contaba con un conocimiento profundo de todas las posibilidades que ofrecía el RAIS, como se afirma en la defensa, también debía contar con un discernimiento mínimo de las limitantes que este tenía en contraste con el régimen de prima media, o viceversa, por lo que debió poner de presente a la demandante –al menos de manera sucinta- esas situaciones antes de permitirle diligenciar el formulario de vinculación; no obstante, la prueba documental sólo permite concluir que esa trascendental decisión se limitó a la suscripción del aludido documento.

En cuanto a la devolución de las cuotas de administración, se dirá que de conformidad con las sentencias SL1421 de 2019 y SL 2611 de 2020, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, previamente citadas, es su deber trasladar a Colpensiones los gastos de administración, debidamente indexados, cancelados por la actora en razón a que los mismos fueron el resultado de una conducta indebida al momento del traslado, de modo que no pueden permanecer en sus arcas sino retornar al régimen de prima media. De igual manera, la AFP deberá reintegrar a Colpensiones, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, sumas todas que deben pagarse debidamente indexadas, lo cual se concede en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones.

Ahora, es del caso enunciar que la declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, conlleva a que tiene como efecto que las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido y, en este caso, dicha

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

Así las cosas, se adicionará los numerales tercero y cuarto de la parte resolutiva de la sentencia en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir S.A. el traslado hacia Colpensiones de los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, sumas todas que deben pagarse debidamente indexadas.

Finalmente, respecto a la solicitud de Porvenir S.A. tendiente a que no se le condene en costas procesales por haber actuado de buena fe, frente a ello es de 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.

En suma, se confirmará en tal sentido la decisión de primer grado y en lo concerniente a las costas de segundo grado, correrán a cargo de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** y a favor de la demandante, sin que haya lugar a la imposición de costas respecto de Colpensiones porque a pesar de que no salió avante su recurso, por virtud del grado jurisdiccional de consulta se extendieron en su favor otras condenas a cargo de la AFP privada.

Por otra parte, se reconocerá personería jurídica a la Dra **Paula Andrea Murillo Betancur,** identificada con la Cédula de ciudadanía No. 1.088.307.467 de Pereira y Tarjeta profesional No. 305.746 del Consejo Superior de la Judicatura, quien allegó la sustitución de poder que le hiciera el Dr. José Octavio Zuluaga, apoderado especial de Colpensiones.

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 los numerales tercero y cuarto de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la **Administradora de Fondos**

de Pensiones – Porvenir S.A. que, además de la devolución de las sumas ordenadas en primera instancia, debe reintegrar a COLPENSIONES, con cargo a sus propios recursos, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, sumas todas que deben pagarse debidamente indexadas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** a favor de la demandante. Sin costas respecto de Colpensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de instancia.

CUARTO: RECONOCER PERSONERÍA Dra. **Paula Andrea Murillo Betancur,** identificada con la Cédula de ciudadanía No. 1.088.307.467 de Pereira y Tarjeta profesional No. 305.746 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
ACLARA VOTO

Sin necesidad de firma (Decreto 806 de 2020)

JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ

ACLARA VOTO