

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquín Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

**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, 21 de enero de 2021

**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.

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquín Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones  
Juzgado: Tercero Laboral del Circuito

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA  
SALA DE DECISION LABORAL PRESIDIDA POR LA DRA. ANA LUCÍA  
CAICEDO CALDERON**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, primero (1º) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Acta No. 10 del 28 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 Presidida por la Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquín Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado GERMÁN DARÍO GOEZ VINAZCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Joaquín Emilio Becerra Cabrera** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones"** y la **Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones"**.

## **PUNTO A TRATAR**

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, en contra de la sentencia proferida el 8 de julio de 2020, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira; asimismo, se revisará la sentencia en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

### **1. La demanda y su contestación**

Solicita el demandante se declare la nulidad de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual administrado por **Horizonte S.A**, hoy **PORVENIR S.A.** y en virtud de ello, se le ordene a ésta a trasladar a **Colpensiones** sus cotizaciones y, a esta última a recibirlo nuevamente como afiliado, condenando en las costas.

Para fundar tales pretensiones, informa que nació el 09-08-1959, afiliándose al régimen de prima media desde el 15-03-1980, entidad donde cotizó hasta el traslado de régimen realizado el 04-09-1999 ante Porvenir S.A. antes Horizonte S.A.

En suma, recrimina que no recibió asesoría alguna por parte del fondo privado, pues su decisión fue influenciada por su empleador y, que en respuesta a

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

un derecho de petición el 21-03-2019 que elevó a Colpensiones para retornar a dicho fondo de pensiones, lo que obtuvo fue una negativa al estar en el margen de los diez años previos a la edad mínima (fol. 1-23).

**Colpensiones** aceptó únicamente el hecho relativo a la vinculación que tuvo al régimen de prima media, su defensa la enfocó a que el cambio de régimen era válido y que fue ratificado a falta del derecho de retracto y, además, no era posible aceptar el traslado del demandante por faltarle menos de diez años para la edad mínima pensional. Se opone a las pretensiones y excepciona: "*caducidad, inexistencia de la obligación de traslado, prescripción y falta de legitimación en la causa* (fol. 76 sgts).

**Porvenir S.A** (antes Horizonte S.A.), al contestar aceptó la fecha de natalicio del actor, la vinculación que tenía al régimen público, el traslado de régimen del demandante y las respuestas de la AFP a los derechos de petición.

La demandada se opuso a las pretensiones alegando que el acto de afiliación era válido porque además no se había hecho uso del derecho de retracto y no era posible el traslado al faltarle al demandante menos de diez años para la pensión.

Agrega que para el tiempo en que se hizo el traslado no había obligación de una asesoría personalizada; que la afiliación era libre, voluntaria y sin presiones, además que no era exigible contar con soportes.

Como medios exceptivos presentó las innominadas, prescripción, buena fe, compensación, exoneración 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, inexistencia de la fuente de la obligación, inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

por parte de esta entidad llamada a juicio, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado, excepción de mérito seguro provisional, excepción de mérito cuotas de administración (fl. 93-130).

## **2. Sentencia de primera instancia**

La Jueza de primer grado, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante en el año 1999, por lo que el régimen al que se encontraba válidamente afiliado era al de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Conforme a ello, ordenó a PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones todo el capital de la cuenta de ahorro individual detallando los ciclos de cotización y, a Colpensiones, le ordenó habilitar la afiliación, actualizar la historia laboral y a recibir toda la información de PORVENIR S.A, condenando a ésta última en costas.

Para llegar a tal determinación, hizo una ilustración histórica de los requisitos de la afiliación a un régimen pensional; de la libertad de selección por parte de los afiliados y de las formalidades, requisitos y efectos del debido diligenciamiento del formulario de afiliación e hizo consideraciones frente a la movilidad entre regímenes, arguyendo que este tenía inherente el concepto de libertad y voluntad, implicando ello que la decisión debía estar precedida de conocimiento pleno e información por parte del usuario para hacer eficaz el acto jurídico.

Así mismo, concluye que no era suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación para entender eficaz el traslado bajo el entendido que era obligación de las AFP´s informar previamente al afiliado sobre las características, condiciones, riesgos, diferencias, requisitos, efectos, beneficios, perjuicios y demás aspectos relevantes de los regímenes pensionales, exigencias contempladas desde la génesis

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663/93, además del desarrollo jurisprudencial que frente a ello se tiene.

Respecto al derecho de retracto, refirió que el legislador lo previó como una oportunidad de carácter optativo y no imperativo, por lo que, de no haberse ejercitado, ello no le podía generar efectos negativos.

En torno a las pruebas, indicó que el formulario solo demostraba el hecho de la afiliación, pero no que se cumplió con la información que requería el afiliado para decir que obtuvo una decisión informada.

Para el caso, estableció que la AFP había incumplido con su deber de información porque había quedado en evidencia que al demandante no se le había suministrado la información suficiente, pues la encontró precaria y sobredimensionada porque no se explicaron las diferencias entre los regímenes, las características, pues solo se dijo lo conveniente del RAIS.

Culmina su análisis indicando que solo ahora es que el actor vino a entender que existían diferencias entre los regímenes pensionales, lo cual debió entender en el momento del traslado, sin que, además, la AFP Porvenir hubiera cumplido con la carga de la prueba que le incumbía para demostrar la clase de información que suministró.

### **3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta**

La apoderada judicial de Porvenir S.A., atacó la decisión en primer lugar frente a la ineficacia declarada, indicando que al demandante se le había asesorado al momento del traslado; que además el afiliado había ratificado su permanencia en el RAIS aceptando las características al estar haciendo parte de él, por más de 20 años.

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

Arguyó, que el tipo de información dada al demandante era acorde con lo exigido para la época en que se produjo el traslado, porque era una información básica, la obligación era el formulario debidamente suscrito con la anotación que era libre, voluntaria y sin presiones; que para entonces la información era verbal y por ello no se le pueden aplicar las normas de manera retroactiva.

En segundo lugar, recriminó que se le hubiera condenado en costas en la medida que se había cumplido con el deber legal y se había actuado de buena fe.

A su turno, el vocero judicial de Colpensiones sustentó su alzada aduciendo la imposibilidad de traslado faltando diez años para pensionarse; que era una exigencia legal que impedía acceder al retorno del demandante al régimen de prima media.

Atacó la decisión arguyendo que la asesoría otorgada por la AFP Porvenir S.A debía analizarse de acuerdo con las exigencias del momento en que se produjo en la medida que no se le podía exigir una información con características de una ley que para el momento no existía, considerando que se había desconocido la normativa aplicable porque la AFP demandada había cumplido con el deber de información atendiendo las exigencias de la época y, la valoración probatoria debía ser acorde al momento en que se produjo el traslado.

Así mismo, refiere que no era posible que se hubiera sorprendido a la parte demandada con la carga dinámica de la prueba para exigir al fondo una actividad probatoria que no podía ser aplicada y sin asignarle un esfuerzo probatorio al demandante; que el deber del demandante era el haberse asesorado ya que del contrato de afiliación se generaban obligaciones recíprocas y, el silencio del demandante por tantos años daba a entender que había estado de acuerdo con el

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

régimen al que se trasladó; que la decisión había sido consciente y en esos términos cualquier vicio estaría saneado.

Finalmente hay que advertir que se concedió el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, lo que le permite a la Sala revisar la totalidad de la sentencia de primera instancia.

#### **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

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación.

iii) Determinar la carga probatoria que les corresponde a cada una de las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales.

iv) Analizar si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de la AFP demandada la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.

v) Establecer si Porvenir S.A. debió ser condenado en costas de acuerdo con su participación en el acto jurídico que ocasionó la ineficacia.

vi) Definir si en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, es dable ordenar la devolución de las cuotas de administración y de otros valores por parte de la(s) AFP(s) demandada(s), con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, durante el periodo en que estuvo afiliada la parte demandante en cada entidad.

## **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,

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

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<sup>1</sup>"**

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.

---

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

Además, sus actividades se encuentran reguladas por el Decreto 663 de 1993<sup>2</sup>, 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 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

---

<sup>2</sup> Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

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, respecto del deber de información en su inicio, 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:*

<b><i>Etapas acumulativas</i></b>	<b><i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i></b>	<b><i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i></b>
<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>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

	<i>Circular Externa N° 016 de 2016</i>	
--	--	--

#### **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”<sup>3</sup>**

---

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

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

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.*

*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

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

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".*

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

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 Porvenir 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 el demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado el 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 Porvenir 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 Porvenir 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”<sup>4</sup>**

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*

---

<sup>4</sup> *Ibíd*em

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

*recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

*Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.*

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

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

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

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

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

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 1º 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:

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

*"Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de el 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 las AFP's demandadas la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.

### **6.1. Caso concreto**

Se pretende por esta vía ordinaria que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, dada la omisión de dar 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 la migración de régimen.

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

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(a) afiliado(a), 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 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

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

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.

Pues bien, en el presente asunto la AFP Porvenir S.A. afirma en su contestación que brindó la asesoría, es decir, que brindó información seria y veraz que para la época era jurídicamente pertinente a la parte demandante sin que se precise en qué consistió la misma. Ello sería suficiente para concluir, que efectivamente 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.

Con todo, hay que indicar que como prueba del cumplimiento del deber de información y buen consejo, Porvenir S.A. llamó a declarar a su contraparte procesal, de cuya intervención, no se logró desvirtuar la poca o ninguna información recibida, pues el 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.

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

Lo anterior se afirma, porque el accionante en su interrogatorio negó haber sido asesorado, únicamente hizo referencia a que su empleador lo impulsó a ello porque lo único que le dijo el representante del fondo privado era que el ISS se iba a acabar.

Aunado a ello, con el otro elemento de prueba que se esgrime por la AFP, esto es, el formulario de afiliación suscrito por la promotora de la litis, con ello tampoco se logra evidenciar la información que se le brindó a la afiliada.

Lo anterior, porque 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 el 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.

Ahora, frente al argumento de Colpensiones en que era improcedente permitir que el demandante se trasladara hacia dicha entidad al faltarle menos de diez años para lograr la edad mínima pensional, basta mencionar que uno de los efectos de la ineficacia es que justamente 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 del demandante al régimen solidario de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, del cual ya hacía parte la demandante.

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

Por otra parte, y en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se dirá que de conformidad con las sentencias SL1421 de 2019 y SL 2611 de 2020, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, previamente citadas, es un deber trasladar a Colpensiones, y con cargo a sus propios recursos, 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 debe reintegrar a dicha entidad (Colpensiones), los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, sumas todas que deben pagarse debidamente indexadas.

En suma, se dispondrá adicionar el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia al estimarse abstracta la orden allí impartida, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. el traslado de las cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y sumas adicionales con sus respectivos frutos e intereses, en complemento de las anteriormente citadas.

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, 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.

Las costas en esta instancia correrán a cargo de la **Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones"** y la **Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A.**, por la no prosperidad de los recursos y lo será a favor de la demandante, las cuales serán liquidados por la secretaría del juzgado de origen. No se impondrá costas en contra de COLPENSIONES porque a pesar de que

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

no salió avante su apelación, de todas maneras en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se ordenó el traslado de varia sumas de dinero en su favor.

En lo demás se confirmará la sentencia de primera instancia.

Finalmente, se reconocerá personería jurídica a la Dra. **Mariluz Gallego Bedoya**, identificada con la Cédula de ciudadanía No. 52.406.928 de Bogotá y Tarjeta profesional No. 227.045 del Consejo Superior de la Judicatura, quien allegó la sustitución de poder que le hiciera el Dr. Miguel Ángel Ramírez Gaitán, apoderado especial de Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala de Decisión Laboral presidida por la Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, en el sentido que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. también deberá trasladar a Colpensiones, bonos pensionales, el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y sumas adicionales con sus respectivos frutos e intereses. De igual manera debe trasladar a COLPENSIONES, y con cargo a sus propios recursos, los valores utilizados en las cuotas de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y de garantía de pensión mínima, sumas todas que deben pagarse debidamente indexadas.

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la **Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A.**, a favor de la demandante. Líquidense por la secretaría del juzgado de origen.

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

**CUARTO: RECONOCER PERSONERÍA** a la Dra. **Mariluz Gallego Bedoya**, identificada con la Cédula de ciudadanía No. 52.406.928 de Bogotá y Tarjeta profesional No. 227.045 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,

Sin necesidad de firma (Decreto 806 de 2020)  
**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**  
ACLARA VOTO

Radicado: 660013105-003-2019-00153-01  
Demanda: Joaquin Emilio Becerra Cabrera  
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

  
**GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO**