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, 4 de marzo 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

Radicación No.:	66-001-31-05-004-2018-00323-00
Proceso:	Ordinario Laboral de primera instancia
Demandante:	Evelyn Yojana Ruiz Granados
Demandado:	Colpensiones y Porvenir S.A.
Juzgado:	Cuarto 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, marzo quince (15) dos mil veintiuno (2021)
Acta No 37 del 11 de marzo 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 Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado GERMÁN DARIO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Evelyn Yojana Ruiz Granados** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, la **Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A.**

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas en contra de la sentencia proferida el 28 de agosto de 2020 por el Juzgado Cuarto 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

Aspira la señora **Evelyn Yojana Ruiz Granados** que se declare la nulidad del traslado que hizo el 22-02-1997 desde el régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) que administra hoy **Colpensiones** hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP **Porvenir S.A**., declarando como válida y vigente su afiliación a la primera de ellas. En consecuencia, solicita que se condene a Colpensiones a recibirla nuevamente como su afiliada y por su parte, a Porvenir S.A. a que libere sus bases de datos y retorne los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones hacia Colpensiones, además de las costas a cargo de las codemandadas.

Como antecedentes, relata que se afilió al régimen de prima media el 15-10-1985, trasladándose al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 22-02-1997; que las circunstancias en que se produjo su decisión de cambiarse de régimen se debieron a que el asesor de la AFP que visitó las dependencias de su sitio de trabajo la convencieron de tomar tal decisión.

Agrega que la información que se le suministró fue limitada y parcializada por cuanto solo le indicaron que "podría pensionarse a más temprana edad; que el monto de la pensión sería más alto; que el ISS desaparecería; que de no tener beneficiarios se perdería la pensión en el RPM en tanto que en el RAIS pasaría a sus herederos hasta el quinto grado de consanguinidad y, de no querer reclamar la pensión, podía solicitar la devolución de su capital ahorrado y de su bono pensional.

En suma, se queja de no haber sido debidamente informada, considerando que no hubo un debido consentimiento informado; que para su decisión no contó con comparativos ni proyecciones de una posible mesada: que desconocía las consecuencias de su decisión y que tampoco se le advirtió de la limitante de edad que tendría en caso de querer retornar al régimen de prima media.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, al contestar aceptó la afiliación que tuvo la demandante en el RPM, indicando no constarle lo demás. Se opuso a lo pretendido arguyendo que el acto jurídico por

medio del cual se trasladó lo hizo conforme a derecho cumpliendo con todos los requisitos legales que se le imponían. Como excepciones de mérito invocó las denominadas *"inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y prescripción".*

Luego la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A.** aceptó los hechos relativos a la vinculación que tuvo la actora en el ISS, hoy Colpensiones, además del traslado al RAIS administrado por Porvenir S.A. Asegura haber brindado a la demandante toda la información suficiente y que para el momento de la decisión de traslado, no existía la obligación de realizar proyecciones de mesadas. Además, indicó que al momento de cumplir la demandante los 47 años no era obligatorio realizar una reasesoría, razón por la cual siempre se actuó conforme a derecho.

Finalmente, aseguró que sus asesores comerciales eran idóneos y bien capacitados, negó la existencia de cualquier vicio en el consentimiento asegurando que la demandante no solo había firmado el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones, sino que además había permanecido en el RAIS por muchos años aceptando las condiciones de él. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las siguientes: *"Validez y eficacia de la afiliación al rais e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la supuesta nulidad relativa, prescripción y buena fe".*

2. Sentencia de primera instancia

La Jueza Cuarta Laboral del Circuito decidió la litis declarando la ineficacia del traslado que hizo la señora Evelyn Johana Ruiz al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., ordenando a esta última a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos financieros, bono pensional en caso de que exista, sumas adicionales de la aseguradora en caso de haberlas recibido, los saldos, frutos e intereses, así como los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos de la AFP, sumas que se debían devolver debidamente indexadas dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia. De otro lado, ordenó a Colpensiones, aceptar sin dilaciones el traslado de la demandante desde el RAIS al régimen de prima media (RPM) y sin solución de continuidad desde el momento en que se afilió a este último. Finalmente, condenó en costas a PORVENIR S.A. y en favor de la actora.

Para llegar a tal determinación, la A-quo hizo un recuento legal y jurisprudencial respecto del deber de información a cargo de las AFP, la cual debía ser clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, ventajas, desventajas, riesgos y consecuencias del cambio de régimen. Recalca, que cada vez han sido mayores los requerimientos y la rigurosidad en la información que se debe suministrar, según la etapa histórica en que se produjera la afiliación y, en todo caso, la carga de la prueba estaba en cabeza de los fondos de pensiones, independientemente de que el afiliado estuviera o no inmerso en el régimen de transición, sin que además fuera suficiente el simple diligenciamiento del formulario.

Hizo referencia a que desde el 05-08-2020 la Sala Laboral de esta Corporación había acogido la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia por lo que había abandonado la línea relativa a la indemnización de perjuicios que se pedía en los alegatos.

Frente al caso concreto, concluyó que el asunto se debía resolver desde la ineficacia y que de acuerdo al material probatorio existente en el expediente, este no daba cuenta del tipo de información otorgado a la demandante, por lo que Porvenir S.A. no había cumplido con la carga de acreditar que otorgó la información necesaria a la demandante para haber tomado la decisión de traslado sin que además, fuera suficiente la suscripción del formulario de afiliación con la expresión de haber sido libre y voluntaria porque dicho documento tampoco daba cuenta de la información que se le suministró a la accionante para migrar hacia el RAIS.

En cuanto al interrogatorio, concluyó que ninguna confesión se había logrado y que, por el contrario, la demandante había reiterado haber recibido información muy limitada porque le informaron solo las ventajas del RAIS, por lo que Porvenir S.A. no había cumplido con la carga probatoria de demostrar que la información ofrecida era adecuada y necesaria de manera tal que la decisión de traslado se hubiera realizado con total conocimiento., es decir, bajo un consentimiento informado.

3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta

Porvenir presentó recurso de apelación manifestando inconformidad frente a lo decidido, por cuanto consideraba que había cumplido con el deber de información dado a que para el 22-02-1997 la obligación que había era la de proporcionar

información de manera verbal y, además, obraba la suscripción del formulario de afiliación.

Del interrogatorio, refirió que hubo asesoría e información porque nada tenía que ver que la demandante no recordara los pormenores de lo informado después de tanto tiempo; que al dársele crédito a lo manifestado por aquélla, lo que se hacía era poner en desventaja al fondo demandado e insiste, en que la actora fue quien no cumplió como consumidora financiera porque tenía obligaciones de informarse y que al ser docente tenía toda posibilidad para ilustrarse sobre el tema; que no hizo uso del retracto, ni del periodo de gracia; que no fue diligente y que aun así alegaba su propia culpa. Así mismo, hizo referencia a que era el factor económico lo que la motivaba a retornar al RPM, frente a lo cual, lo que debió adelantar era un proceso de resarcimiento de perjuicios.

De otro lado, indicó la recurrente que siendo la ineficacia la consecuencia jurídica de la falta del deber de información, en tal caso no habría lugar a la devolución de los rendimientos, sumas adicionales, cuotas de garantía de pensión mínima, intereses, y demás aspectos contemplados en la sentencia porque al tenerse el acto como inexistente, lo único a devolver eran los aportes. Adicional a ello, explicó que todos esos rubros se generaban por la permanencia en el RAIS y por la gestión que había realizado el fondo de pensiones, por lo que no había lugar a devolver los dineros que fueron obtenidos por autorización legal, además que tal aspecto constituía un enriquecimiento sin causa en perjuicio del fondo de pensiones y a favor de Colpensiones.

Frente a los seguros previsionales, refirió que eran un componente de las pensiones de invalidez y sobrevivencia, sin que hubiera razón para trasladarlos hacia Colpensiones, máxime cuando eran cancelados de manera mensual a una aseguradora para el pago de las sumas adicionales y en esa medida, era imposible devolverlas.

Finalmente, mostró inconformidad con la condena en costas procesales al considerar que se actuó de buena fe y en estricto cumplimiento de sus deberes.

Por su parte, **Colpensiones** presentó recurso de apelación manifestando su inconformidad respecto de la declaratoria de la ineficacia, considerando que ello va en contra de la norma que prohíbe regresar o cambiar de fondo de pensiones faltándole menos de diez años. Además, comparte la posición de la codemandada en el sentido de que la demandante debió promover proceso por resarcimiento de

perjuicios al ser su interés netamente económico por lo que solicitaba aplicar el precedente que había en ese sentido.

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 esta instancia.

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 las AFP (s) demandada(s), la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.

v) Establecer si es dable ordenar la devolución de las cuotas de administración, rendimientos y prima de seguros previsionales a Colpensiones.

vi) Establecer si hay lugar a exonerar en costas a la AFP del RAIS Porvenir S.A.

vii) Definir si en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, es dable ordenar la devolución 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, 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]"***

[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

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 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

[2] Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

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:*

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la*

	Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	*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.*
>
> *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:

---

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

"De 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

[4] Ibídem

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

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, el resto de 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.

6.6. 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.

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 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.

Pues bien, en el presente asunto la AFP Porvenir S.A. afirma en su alzada que brindaron la información que era jurídicamente pertinente sin que precise en qué consistió la misma. Dicho aspecto, se tornaría suficiente para concluir, que efectivamente la información que recibió la parte actora fue insuficiente y sesgada al momento de hacer el traslado, tal y como se afirmó en la demanda y, como se vio en el precedente jurisprudencial citado en precedencia.

De hecho, los citados precedentes dejan al descubierto que, 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 esbozados en líneas atrás.

Con todo, 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, en definitiva no se logró desvirtuar la escasa o sesgada información recibida, según los hechos de la demanda, además porque la parte demandante tampoco 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, tal como lo concluyó la A-quo. Así mismo, con el otro elemento de prueba que se esgrime por las AFP, esto es, el formulario de afiliación suscrito por el (la) promotor(a) de la litis, tampoco se logra evidenciar la información que se le brindó al afiliado(a).

De hecho, nótese que la parte demandante al ser interrogada no confesó porque contrario a ello lo que hizo fue informar que era docente en idiomas; que su traslado de régimen se produjo porque los asesores de la AFP Porvenir S.A., en las instalaciones de su sitio de trabajo y de manera grupal, hicieron una intervención

que duró cerca de media hora; que básicamente habían dicho que el ISS se acabaría; que la mesada sería superior; que la pensión sería a más temprana edad y que había posibilidad de heredar los ahorros. De igual forma, mencionó que no hizo preguntas porque creyó que lo ofrecido era cierto; que nunca hicieron asesorías personalizadas ni pormenorizadas; que dio credibilidad a lo que se le dijo; que se sentía engañada por lo que se le hizo creer; que además de que la mesada sería inferior ahora comprendía que la información fue deficiente porque nunca le dijeron las desventajas, ni le hicieron comparativos y que tampoco supo del periodo de gracia.

Frente a lo anterior, a juicio de esta colegiatura, por lo menos a la demandante se le debió hacer un discernimiento mínimo de las limitantes que tenía el RAIS en contraste con el régimen de prima media, o viceversa, por lo que se le debió poner de presente –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.

Por lo anterior, razón tuvo la a-quo al concluir que en el presente asunto la(s) demandada(s) no acreditó (aron) la carga de probar que se cumplió con el deber de información conforme a las normativas citadas, las cuales eran aplicables al momento en que se produjo el traslado de régimen de la parte demandante.

Aclarado lo anterior, frente a la orden de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, comisiones y rendimientos, lo cual reprocha Porvenir S.A en su alzada, 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 los gastos de administración, 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. Bajo esa misma perspectiva también resulta viable la orden de reintegrar a Colpensiones, además de los respectivos rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual, los valores utilizados en seguros previsionales, las cuotas de garantía de pensión mínima, sumas todas que deben pagarse debidamente indexadas, por lo que se confirmará la sentencia apelada frente a tal decisión.

Ahora, frente al argumento de Colpensiones en que era improcedente permitir que la 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 de la demandante al régimen solidario de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, del cual ya hacía parte la demandante.

En torno a la manifestación que conjuntamente hicieron las demandadas, la cual consistió en que al notar un interés económico en la demandante frente al cambio de régimen, lo que debía de acogerse era el criterio según el cual, la acción a impetrar era la de indemnización de perjuicios y no la de ineficacia, frente a ello, vale la pena mencionar que el precedente de 2 Salas de Decisión de esta Corporación que echan de menos, fue desestimado por la Corte Suprema de Justicia, a través de varias sentencias de tutela, lo que obligó a los Magistrados que lideraba esa tesis a acoger la línea jurisprudencial que sobre el tema tiene fijada la Sala de Casación Laboral al que ya se hizo una amplia referencia.

En este punto, recuérdese que la Corte Constitucional en sentencia SU-053-2015, ha definido el precedente judicial como «*la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo»* y, en tal sentido, el emitido por los máximos órganos de cierre, "*guardan una estrecha relación con el derecho a la igualdad, garantía constitucional que le permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes, aunado al carácter ordenador y unificador de las sentencias de casación, en tanto aseguran una mayor coherencia del sistema jurídico, seguridad, confianza y certeza del derecho"* (STL4759-2020).

Finalmente, respecto a la solicitud de la AFP Porvenir direccionada a que no se le condene en costas procesales bajo el argumento de haber actuado de buena fe y conforme a la Ley, frente a ello, hay que indicar que tal aspecto lo faculta el artículo 365 del CGP, porque hay lugar a condenar en costas a quien resulta vencido en la contienda, razón por la cual no se accederá a tal petición.

Así las cosas, se dispondrá a confirmará la sentencia de primer grado en su integridad.

Las costas en esta instancia correrán a cargo de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** y de **Colpensiones** al no haber prosperado los recursos de alzada.

Finalmente, 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 Rodríguez, apoderado especial de Colpensiones.

Así mismo, se reconocerá personería jurídica a la Dra. **Rita Sierra González**, identificada con la Cédula de ciudadanía No. 45.441.483 y Tarjeta profesional No. 85.234 del Consejo Superior de la Judicatura, quien cuenta con poder especial para actuar, como apoderada inscrita en la firma Tous Abogados Asociados S.A.S. y a favor de la demandada Porvenir S.A.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito del 28-08-2020, en su integridad.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a **Porvenir S.A** y a **Colpensiones** a favor de la demandante. Liquídense por la secretaría del juzgado de origen.

TERCERO: RECONOCER PERSONERÍA 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, como apoderada de Colpensiones y a la Dra. **Rita Sierra González**, identificada con la Cédula de ciudadanía No. 45.441.483 y Tarjeta profesional No. 85.234 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

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

GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO