

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 Presidencial No. 806 del 4 de junio de 2020.

Adicionalmente, el apoderado principal de Colpensiones presentó sustitución del poder a la Dra. Paula Andrea Murillo Betancur, portadora de la tarjeta profesional No. 305.746 del C.S.J.

Pereira, 10 de junio 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.

Radicación No. : 66001310500420190035101

Demandantes : Solly Clarena Castilla de Palacio

Demandado : Protección S.A. y Colpensiones

Juzgado : Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada : Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISION LABORAL No. 1 PRESIDIDA POR LA

MAGISTRADA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, veintiuno (21) de junio dos mil veintiuno (2021)

Acta No. 96 del 17 de junio de 2021

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto Presidencial No. 806 del 4 de junio de 2020, 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 Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón -integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado GERMÁN DARIO GÓEZ VINASCO-, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Solly Clarena Castilla de Palacio**, en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones – y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. -en adelante Protección S.A. y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir –en adelante Porvenir-**

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, en contra de la sentencia proferida el 21 de enero de 2021, por el Juzgado Cuarto 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 la demandante que se declare la nulidad de su afiliación y traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuada inicialmente a Protección S.A. y posteriormente a Horizonte Pensiones y Cesantías (hoy Porvenir

S.A.), consecuencia de lo cual se condene a Porvenir a trasladar el saldo de su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, sin descuentos de ninguna clase, y a esta última entidad, que los reciba y proceda a afiliarla al Régimen de Prima Media y le pague en su momento la pensión a que haya lugar.

Para fundar tales pretensiones, informa que nació el 09-10-1965, que se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el ISS -Hoy Colpensiones- el 3 de noviembre de 1994, donde acumuló 135 semanas cotizadas hasta el 20 de noviembre de 1997, fecha en que se trasladó al RAIS, incitada por representantes o agentes comerciales de la AFP COLMENA, que luego se llamó ING y que hoy en día fue absorbida por PROTECCIÓN S.A.

Agrega que su traslado se efectuó debido a que la administradora privada la indujo a error afirmando que en el RAIS se le reconocería una mesada pensional más alta y a menor edad que la podría obtener en el ISS, lo que la motivó a acceder al traslado. Le recrimina igualmente al asesor que no le haya brindado la suficiente información para entender las consecuencias del traslado y que se haya limitado a ofrecerle una mayor pensión, sin informarle las diferencias entre regímenes pensionales, ni los pros y contras del traslado.

Seguidamente indica que el 12 de octubre de 2001 se trasladó dentro del mismo RAIS a la AFP Horizonte, hoy Porvenir, donde actualmente se encuentra afiliada sin poder regresar a COLPENSIONES, como quiera que le fue negado el traslado por faltarle menos de 10 años para obtener la pensión.

Colpensiones aceptó los hechos relativos a la vinculación que tuvo la actora al régimen de prima media y su traslado al RAIS; la negativa de aceptar el traslado por faltarle menos de diez años para la edad mínima pensional. Se opone a las

pretensiones arguyendo que el traslado de régimen es válido y excepciona: "Inexistencia de la obligación demandada" y "prescripción"

PROTECCIÓN S.A., por su parte, adujo que la vinculación de la demandante a la AFP fue válida, pues su voluntad de traslado fue totalmente consiente del acto suscrito en cuanto a sus consecuencias jurídicas, de modo que la actora jamás fue inducida a error como pretende hacerlo ver y en todo caso no hizo uso del derecho al retracto ni retornó dentro del término mínimo al Régimen de Prima Media. En tal virtud, se opuso a las pretensiones y propuso como fórmula de la defensa las excepciones denominadas genérica o innominada", "prescripción", "buena fe", "compensación", "exoneración de condena en costas", "inexistencia de la obligación". "falta de causa para pedir", "falta de legitimación en la causa", "inexistencia de la fuente de la obligación", "inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad", "ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de la entidad llamada a juicio" u "afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado".

Porvenir S.A., al contestar aceptó la vigencia de la vinculación de la actora al RAIS, los aportes realizados y las respuestas otorgadas por Porvenir S.A, pero advirtió que el primer traslado dentro de dicho régimen no lo había efectuado esa AFP sino Protección y se opuso a las pretensiones, presentando como medios exceptivos los denominados "genérica o innominada", "prescripción", "buena fe", "compensación", "exoneración de condena en costas", "inexistencia de la obligación". "falta de causa para pedir", "falta de legitimación en la causa", "inexistencia de la fuente de la obligación", "inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad", "ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de la entidad llamada a juicio" u "afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado".

En su defensa, señaló que a la demandante se le había brindado toda la información pertinente, clara, veraz y oportuna respecto de las diferencias de cada

régimen y las consecuencias del traslado y que, conforme a ello, la actora había suscrito el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones, por lo que el traslado de régimen debía considerarse válido y vigente. De otro lado, señaló que el acto jurídico atacado era válido porque el formulario de afiliación se suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones, acto que fue precedido de la asesoría con personal capacitado, pero de llegarse a una conclusión contraria, tal situación ya estaría saneada.

2. Sentencia de primera instancia

La jueza declaró la ineficacia, tanto del traslado de la demandante a la AFP COLMENA –HOY PROTECCIÓN- el 20 de noviembre de 1997 como del traslado horizontal que efectuó el 12 de octubre de 2001 a PORVENIR, donde se encuentra afiliada actualmente.

Consecuencia de la anterior declaración, ordenó a PORVENIR que traslade con destino a COLPENSIONES: la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora con los respectivos rendimientos financieros, el bono pensional, en caso de que exista; las sumas adicionales de la aseguradora en caso de haberlas recibido y en general todos los saldos, frutos e intereses; así como los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y los seguros previsionales, pero con cargo a los propios recursos de la AFP y debidamente indexadas, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la decisión.

Asimismo, le ordenó a COLPENSIONES que una vez PORVENIR cumpla con lo ordenado, proceda aceptar sin dilaciones el traslado de SOLLY CLARENA CASTILLA DE PALACIO del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad desde el momento en que se afilió a este último régimen.

Finalmente, le ordenó a PROTECCIÓN S.A. que devuelva a COLPENSIONES los gastos de administración y comisiones cobradas, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, correspondientes al tiempo en que la señora SOLLY CLARENA CASTILLA DE PALACIO estuvo allí afiliada, esto es, desde el 20 de noviembre de 1997 hasta el 11 de octubre de 2001 y condenó en costas procesales a PROTECCIÓN S.A., en un 100% de las causadas.

Para llegar a tal determinación, la a-quo empieza por hacer un recuento legal y jurisprudencial de las normas y precedentes jurídicos aplicables al caso de marras, seguidamente se refiere de manera detallada a las pruebas allegadas al proceso y concluye que ninguna de ellas dan cuenta de la información que le otorgó el funcionario de colmena en el año 1997 a la demandante, en razón de lo cual concluye que las AFPs llamadas al juicio no demostraron el cumplimiento del deber de información a la hora de gestionar el traslado de la actora al RAIS y aclaró que sola suscripción del formulario de traslado no es prueba suficiente para acreditar la información brindada a la demandante, quien además informó en interrogatorio de parte que la información que recibió para su traslado fue elemental y se dio en una reunión grupal con los funcionarios de la empresa donde laboraba en aquel entonces, en las que les dieron a conocer las supuestas bondades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a partir de argumentos dirigidos a demostrar la preminencia del sector privado sobre el público y la supuesta idea de que la pensión del RAIS era más jugosa que la del ISS, que se podían pensionar indistintamente de la edad, pero no le dieron a conocer, como es exigido en la ley y recordado por la jurisprudencia, cuáles eran las características del régimen de ahorro individual, cuáles eran las características del régimen de prima media con prestación definida; no le hablaron de las distintas modalidades de pensión, del bono pensional, de aportes voluntarios; no le dijeron que sus aportes iban a estar sujetos a las fluctuaciones de la economía y antes de cumplir 47 años no fue abordada por ningún asesor para procurar su traslado antes de cumplir la edad mínima para hacerlo, pues tan sólo vino a conocer características de los sistemas públicos y privados hace 2 años, cuando se interesó por consultar, de modo que no hubo confesión alguna que permita acreditar

que en ese entonces Colmena (Hoy Protección) cumplió con el deber de información y buen consejo, lo que tiene como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, a la que accedió.

3. Recurso de apelación

Contra la anterior decisión interponen recurso de apelación la totalidad de los codemandados, así:

PROTECCIÓN S.A., señala que se opone al fallo, pues en la decisión no se tuvo en cuenta que en virtud del artículo 244 de la Ley 100 de 1993, el formulario de vinculación es un documento al que no se le puede restar el valor probatorio que tiene, pues la información se otorgaba de manera verbal, por ser el requisito que se exigía para la época y no se puede exigir ahora la constancia escrita de la información que en su momento se le otorgó a la afiliada para convencerla del traslado de régimen, en razón de lo cual no puede ser condenada. De otra parte, hizo alusión a la imposibilidad de traslado para las personas que les falte menos de 10 años para pensionarse y adujo que dicha normatividad fue sometida a control previo de constitucionalidad y se declaró exequible; además, en el caso particular, la actora debía conocer las características del sistema pensional, pues de acuerdo al estatuto financiero, era su obligación informarse sobre los productos y servicios que pensaba adquirir y revisar los términos y condiciones del contrato suscrito. Respecto de la devolución de los gastos de administración y seguro previsional por todo el tiempo que la afiliada estuvo afiliada a dicho fondo, considera que la decisión no es justa, pues desconoce que durante todo ese tiempo la administradora administró los aportes de la actora con el mayor cuidado y diligencia, lo cual se puede constatar con los rendimientos financieros, por lo que, en virtud de la figura de restituciones mutuas, Art. 1746 del C.C., aunque se declare la nulidad o ineficacia, no se puede desconocer que el bien administrado produjo frutos y mejoras y que los mismos se deben conservar por haber realizado una excelente gestión, en caso contrario se constituiría

enriquecimiento sin causa en favor de la demandante y en detrimento del patrimonio de protección que no constituyen parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante. Finalmente indica que debe tener en cuenta que la demandante tiene unas condiciones especiales que le permitían reconocer los riesgos y ventajas del traslado y los tiempos mínimos de permanencia entre regímenes, como quiera que es abogada y lo era a la fecha en que se trasladó.

PORVENIR S.A. indica que por parte suya hubo un total cumplimiento del deber de asesoría y de la obligación de suministrar información veraz y suficiente a la actora a la hora de la afiliación a la AFP y advierte que, a su juicio, para la época del primer traslado al RAIS, la ley solo exigía la suscripción del formulario con la nota de que el traslado se hacía libre, voluntaria y sin presión alguna, requisito que en este caso se cumplió, tal como se acredita con el formulario adosado al proceso por Protección S.A. Adicionalmente, considera que las posteriores afiliaciones de la actora dentro del RAIS, trasladándose entre distintas AFP, han de entenderse como la ratificación de su deseo de permanencia al interior del RAIS, pues aunque ahora le endilgue al sistema pensional privado fallas en su deber de información, a todas luces es evidente que la motivación de regresar al RPM es eminentemente económica, ya que las tasas de rentabilidad, como es bien sabido, han disminuido en estos últimos años, pero eran altas al momento en que todavía podía retornar a COLPENSIONES, es decir, antes de encontrarse incurso en la prohibición legal de retorno, en razón de lo cual solicita la revocatoria de la sentencia de primer grado.

COLPENSIONES, por su parte, atacó la declaratoria de ineficacia al considerar que no era viable acceder al traslado de la afiliada hacia el RPM por cuanto aquélla estaba dentro de la prohibición de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima. De otro lado, frente a la información que suministró la AFP al momento del traslado de régimen, debió ser valorada según el tipo de información que se exigía para la época en que se materializó el traslado, por lo que no se le podía exigir a las AFP aspectos diferentes a los que estaban legalmente establecidos al momento histórico en que se firmó el formulario y de no ser así, se estaría transgrediendo el principio de confianza legítima.

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:

1. 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.
2. Definir si para dar por cumplido el deber de información de las AFP es suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación.

3. Determinar la carga probatoria que les corresponde a cada una de las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales.
4. 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.

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 creación⁴"

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 19935, 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 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:

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia</i>

	<p>Art. 97, numeral 1. ° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</p> <p>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</p>	<p>de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</p>
<p>Deber de información, asesoría y buen consejo</p>	<p>Artículo 3. °, literal c) de la Ley 1328 de 2009</p> <p>Decreto 2241 de 2010</p>	<p>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</p>
<p>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</p>	<p>Ley 1748 de 2014</p> <p>Artículo 3. ° del Decreto 2071 de 2015</p> <p>Circular Externa No. 016 de 2016</p>	<p>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</p>

6.3. 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”.

6.4. "El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado" 6

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:

"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.

6.5. "De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado"⁷

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

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

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

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

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

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”.

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

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

"devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

"Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera

producido, lo cual trae como consecuencia, que la accionante jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que Colfondos S.A. deberá devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, aspecto sobre el cual ya la Sala se ha pronunciado en oportunidades anteriores, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, ...”

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

Finalmente, los últimos problemas jurídicos se analizarán al evaluar el acervo probatorio del caso concreto, esto es, se estudiará si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de las AFP´s demandadas la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.

6.7. 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 con 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 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 Protección afirma en su contestación que brindó la asesoría con personal capacitado, 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, las codemandadas llamaron a declarar a su contraparte procesal, de cuya intervención, no se logró desvirtuar la poca información recibida, pues la demandante jamás confesó que se le hubiera brindado una explicación pormenorizada de los pros y contras de su determinación, ni tampoco que se le hubiera indicado en qué momento alcanzaría su prestación en caso de continuar devengando el salario que percibía en ese entonces, ni se le hizo una proyección de la mesada a la que eventualmente tendría derecho, pues al momento de traslado, como ella misma lo mencionó, el asesor se limitó a diligenciar con ella el formulario

sin transmitirle ninguna información respecto de la magnitud y el impacto de que implicaba el traslado.

Lo anterior se afirma, porque la accionante en su interrogatorio relató que estando en su lugar de trabajo, los reunieron en grupo y les dijeron que se iba a acabar el ISS, que si se cambiaban de régimen se iban a jubilar más jóvenes, sin más información y sin la posibilidad de una asesoría personalizada y profesional al respecto.

Aparte de lo anterior, el hecho de que la actora sea abogada y lo fuera desde el momento de la primera afiliación, no es un argumento de recibo para obviar el deber de información, como quiera que: 1) aunque la actora es abogada e incluso jueza, lo cierto es que su especialidad es en áreas distintas al derecho laboral y la seguridad social, pues toda su vida ha laborado como asesora de empresas del sector público y privado y en esta última etapa de su vida como jueza civil, de modo que no es de su experticia la información que ha debido recibir del asesor que gestionó su traslado al RAIS, la cual ha debido recibir de manera clara, suficiente, veraz y entendible, carga con la que la AFP, como atrás se indicó, no cumplió y es esa la razón que amerita la declaratoria de ineficacia.

Adicionalmente, si la asesora 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 la esta tenía en contraste con el régimen de prima media, o viceversa, por lo que debió poner de presente a la demandante –al menos de manera sucinta- esas situaciones antes de permitirle diligenciar el formulario de vinculación; no obstante, la prueba documental sólo permite concluir que esa trascendental decisión se limitó a la suscripción del aludido documento.

Ahora, frente al argumento de Colpensiones respecto a es 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.

Ahora bien, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, resulta necesario adicionar para aclarar la providencia de instancia, en el sentido de comunicar la decisión adoptada en este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de haber emitido el bono pensional, proceda con la anulación del mismo mediante trámite interno, aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016.

En todo lo demás se confirmará la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de las codemandadas por no haber prosperado su recurso de apelación.

Finalmente, se reconocerá personería jurídica a la Dra. Paula Andrea Murillo Betancur, portadora de la tarjeta profesional No. 305.746 del C.S.J., para que represente como apoderada sustituta a 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 un numeral para aclarar la sentencia de primer grado, en el sentido de que se debe COMUNICAR a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de que, en caso de que haya emitido un bono pensional a favor de la demandante, proceda a anularlo de conformidad con la normatividad que regula la materia"

SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus partes el fallo de primera instancia.

TERCERO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones –**, la **Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** y la **Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir**. Líquidense por el juzgado de origen.

CUARTO: RECONOCER PERSONERÍA a la Dra. Paula Andrea Murillo Betancur, portadora de la tarjeta profesional No. 305.746 del C.S de Judicatura, como apoderada sustituta de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Con firma electrónica al final del documento

La Magistrada y el Magistrado,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

ACLARA VOTO

Con firma electrónica al final del documento

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

Con firma electrónica al final del documento

Firmado Por:

ANA LUCIA CAICEDO CALDERON

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

OLGA LUCIA HOYOS SEPULVEDA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 4 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

Firma Con Aclaración De Voto

GERMAN DARIO GOEZ VINASCO

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 003 SUPERIOR SALA LABORAL DE LA
CIUDAD DE PEREIRA-RISARALDA**

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

Código de verificación:

**ea44da53cbe3869b60314646ad631942461fcd6842eac1c3724ee4de0ec6
bd5**

Documento generado en 18/06/2021 11:44:41 a. m.