

**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, 23 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

**Radicación No.:** 66001310500320190041801  
**Proceso:** Ordinario Laboral de primera instancia  
**Demandante:** Héctor Capacho Lozano  
**Demandado:** Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.  
**Juzgado:** Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**  
**SALA DE DECISION LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, doce (12) de julio de dos mil veintiuno (2021)  
Acta No. 109 del 8 de julio de 2021

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN, como Ponente, y OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA, y el Magistrado GERMÁN DARIO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Héctor Capacho Lozano** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** y las **Administradoras de Fondos de Pensiones – Porvenir S.A y Protección S.A.**

**PUNTO A TRATAR**

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas, Protección S.A. y Colpensiones, en contra de la sentencia proferida el 1º de febrero de 2021 por el Juzgado Tercero 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**

Pretende el demandante que se declare la nulidad de la afiliación que hizo a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Davivir (hoy Protección S.A) y, consecuentemente, se ordene a Colpensiones recibirlo como afiliado cotizante y a Protección S.A. a liberarlo de su base de datos, trasladando a Colpensiones sus cotizaciones. Asimismo, pide que se condene a dicha AFP al pago de las costas procesales.

Para así pedir, relata que en diciembre de 1984 se afilió al régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM), cotizando en dicho régimen hasta noviembre de 1998.

Indica que el 17 de octubre de 1998 suscribió formulario de afiliación con Davivir (hoy Protección S.A), dado que el asesor de esa la AFP le aseguró que de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) su mesada pensional sería mucho más alta de la que recibiría en el régimen de prima media, y que en caso de no querer recibir la pensión podría solicitar la devolución de saldos, incluido el bono pensional; sin embargo, nunca se le informó sobre las desventajas que tendría al afiliarse a ese régimen.

Refiere que, en documento proferido por la AFP Protección S.A., de fecha 10 de septiembre de 2019, se acepta que dicha AFP no cuenta con documento alguno que permita determinar cuál fue el asesoramiento dado por el agente comercial de la AFP Davivir.

Por último, resalta que el 23 de agosto de 2019 Colpensiones negó su solicitud de traslado bajo el argumento de que se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

A pesar de que Porvenir S.A. fue relacionada como una de las entidades demandadas, no se hace mención alguna a esa AFP en los hechos ni en las pretensiones de la demanda; pese a ello, el despacho de conocimiento la vinculó al proceso sin mayores miramientos.

**Porvenir S.A.** en su contestación manifestó que el demandante nunca ha estado afiliado a esa sociedad y, por ende, nunca ha realizado aportes en la misma. En tal sentido, propuso como excepciones de mérito las de *"Falta de legitimación en la causa por pasiva"*; *"Prescripción"* y *Buena fe"*.

**Colpensiones** alegó que el traslado efectuado por el actor al RAIS tiene plena validez y no era procedente acceder a sus pretensiones por cuanto existe prohibición expresa en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. En ese orden de ideas, invocó como excepciones perentorias las de *"Inexistencia de la obligación demandada"* y *"prescripción"*.

Por su parte, **Protección S.A.** señaló que el señor Capacho Lozano no pudo ser víctima de la omisión en la información en el momento de su decisión de trasladarse de régimen, pues ésta se concretó en un acto de su propia voluntad, aunado a que no era beneficiario del régimen de transición, por lo que no pudo ser susceptible de engaño por no habersele hecho incurrir en error al momento de su contratación en lo relativo de sus derechos prestacionales y condiciones del régimen que lo acogía.

En ese orden de ideas, solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones que denominó *"Prescripción"*, *"Buena fe"*, *"Compensación"*, *"Exoneración de condena en costas"*, *"Inexistencia de la obligación"*, *"Falta de causa para pedir"*, *"Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada"*, *"Inexistencia de la fuente de la obligación"*, *"Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad"*, *"Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio"*, *"Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado"*, *"Excepción de mérito seguro previsional"* y *"Excepción de mérito cuotas de administración"*.

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

La Jueza de primera instancia, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional que efectuó el señor Héctor Capacho Lozano el 17 de octubre de 1998. Igualmente, determinó que el actor se encuentra debidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, actualmente administrado por Colpensiones.

En consecuencia, ordenó a Protección S.A. hacer la devolución de todo el capital que aparece en la cuenta individual a nombre del señor Capacho Lozano -en los términos expuestos en la parte considerativa- y condenó a Colpensiones a habilitar su afiliación y, una vez reciba la información procedente de Protección S.A., adopte las medidas correctivas para actualizar la historia laboral de su afiliado.

En igual sentido, advirtió tanto a Colpensiones como al señor Capacho Lozano, que cualquier clase de reclamación de derechos derivados del régimen de prima media con prestación definida, debería ser agotado frente a las decisiones administrativas inicialmente establecidas para el efecto.

Por último, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades Protección S.A y por Colpensiones, declaró que la entidad Porvenir S.A. no tiene ninguna responsabilidad en el presente asunto y condenó en costas a la entidad Protección S.A. y en favor del demandante en un 100%.

Para llegar a tal determinación la A-quo se fundamentó, en general, en los artículos 13 literal b) inciso final, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, Artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993 (estatuto orgánico del sistema financiero), y en forma general en toda la jurisprudencia al respecto, acatando el precedente jurisprudencial de acuerdo al artículo 234 de la Constitución Política.

En cuanto al interrogatorio de parte, concluyó que el señor Héctor Capacho Lozano no tiene claro qué significa el RAIS, ni el régimen de prima media, ni cómo se pensiona en cada uno de ellos.

Concluyó que el acto jurídico de traslado que se llevó a cabo el 17 de octubre de 1998 era ineficaz porque Protección S.A. no demostró qué clase de información suministró al demandante; cuyas consecuencias eran que el promotor de la litis seguía en el RPM y, por ende, Colpensiones debía reactivar esa afiliación; siendo necesario que la AFP traslade a Colpensiones lo existente en la cuenta de ahorro individual, incluyendo saldos, frutos, intereses, rendimientos, cuotas de administración y seguros previsionales.

Indicó que no operaba el fenómeno de la prescripción dado que el derecho en litigio era el de la seguridad social y precisó que Colpensiones debía estar atenta a cualquier reclamación pensional que llegara a instaurar el demandante.

Por último, refirió que no había lugar a emitir condena en contra de la AFP Porvenir S.A. al estar demostrado que la demandante nunca tuvo vinculación con dicha entidad.

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

**Protección S.A.** atacó el fallo de instancia arguyendo que ordenar la devolución de las sumas percibidas por gastos de administración resulta inequitativo con el fondo, toda vez que estas fueron causadas por su actividad como administradora. Asimismo, refiere que la rentabilidad generada a la cuenta de ahorro individual se debe a la buena administración efectuada por Protección; de manera que declararse que el afiliado nunca estuvo en el RAIS, tales rendimientos y gastos de administración tampoco ocurrieron.

Por otra parte, solicitó que se revocara la condena en costas en razón a que dicha entidad actuó en apego a la Ley y a la buena fe.

Por su parte, **Colpensiones** solicitó que se revocara la sentencia de primer grado en razón a que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 impide al señor Héctor Capacho Lozano trasladarse de régimen por faltarle menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad para pensionarse.

Asimismo, indicó que la asesoría y la información suministrada por la AFP al momento de la afiliación debieron ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario de afiliación; agregando que, al ordenarse el traslado, Colpensiones debe afrontar la carga prestacional de recibir al demandante nuevamente como su afiliado.

### **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 las apelaciones 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 a la(s) AFP(s) demandada(s) la devolución, con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales a Colpensiones.

vi) Establecer si hay lugar a exonerar en costas a la AFP Protección S.A.

## 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<sup>1</sup>"**

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

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

**2)** Adicionalmente, se tiene previsto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los

---

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

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

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:*

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.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003  Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, 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 perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014  Artículo 3.º 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"<sup>3</sup>**

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:

---

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

*"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.*

*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"<sup>4</sup>**

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

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

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

---

<sup>4</sup> *Ibíd*em

*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 desvirtuarse 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 1º de julio de 2020, también con Ponencia del Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA en la que se reafirma que por cuenta de la ineficacia, las cosas deben retrotraerse al estado en que se

encontraban antes de ocurrir el traslado de régimen. Dijo la sentencia:

*"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 los 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 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.

Con relación al factor vinculante del precedente judicial, recuérdese que la Corte Constitucional, en sentencia SU-053-2015, lo ha definido 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).

Ahora, enfocándose el análisis en el caso concreto, la AFP Protección S.A. afirma que brindó 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(s) AFP(s) demandada(s) llamó(aron) a declarar a su contraparte procesal, de cuya intervención, en definitiva no lograron 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. 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).

En este punto, nótese que, durante el interrogatorio al demandante, en suma, ninguna confesión hizo en favor de las codemandadas, pues ésta se centró en señalar que en el año 1998 se trasladó a Davivir sin conocer los pormenores del nuevo régimen al que se acogía.

A juicio de esta colegiatura, al 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 Protección S.A. no acreditó 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.

Por otra parte, vale aclarar que, si bien en la parte resolutive de la sentencia en el ordinal tercero solo se ordenó a Protección S.A. remitir hacia Colpensiones los saldos de la cuenta individual, lo cierto es que en la parte considerativa se indicó que además de los saldos, debían ser trasladados los frutos, intereses, rendimientos, cuotas de administración descontados, razón por la cual la decisión fue atacada en esos aspectos por parte de la AFP demandada.

Ahora, frente a la orden que se acaba de mencionar y que fue objeto de repudio por la AFP, al respecto 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 estos mismos argumentos también resulta viable la orden a la AFP de reintegrar a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos, los valores utilizados en seguros previsionales y 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.

En suma, se dispondrá modificar el ordinal tercero de la sentencia, para adicionar, por una parte, las órdenes que se contemplaron en la parte considerativa pero no se fijaron en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, y por otra, para ordenar el traslado de las cuotas de administración, y los valores utilizados en seguros previsionales y de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados. Esto último conforme al grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones.

Ahora, frente al argumento de Colpensiones de 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.

De otro lado, respecto a la solicitud de la AFP tendiente a que no se le condene en costas procesales bajo el argumento de que se cumplió con los requisitos legales exigidos al momento del traslado, hay que indicar, en primer lugar, que al haber existido controversia e incluso oposición frente al debate jurídico puesto en conocimiento de la Judicatura, conforme lo faculta el artículo 365 del CGP, hay lugar a condenar en costas a quien resulta vencido en la contienda y, en segundo lugar, por cuanto -contrario a lo expuesto en la censura- en la presente litis no quedó acreditado que se hubiese cumplido el deber legal de brindar al demandante la asesoría exigida en el momento en que se trasladó al RAIS, de ahí que se esté declarando la ineficacia del acto.

Finalmente, 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.

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

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

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala de Decisión Laboral presidida por la Magistrada**

**Ana Lucía Caicedo Calderón**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, ordenando a la Administradora de Fondos de Pensiones Protección que traslade a Colpensiones, además del saldo de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y sumas adicionales con sus respectivos frutos e intereses. Así mismo debe trasladar, con cargo a sus propios recursos, los valores utilizados en las cuotas de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y de garantía de pensión mínima, sumas todas que deben pagarse debidamente indexadas.

**SEGUNDO. ADICIONAR** para aclarar la sentencia de primer grado, en el sentido de **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 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 y/o de conformidad con la normatividad que regula la materia.

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

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

**SEXTO: RECONOCER PERSONERÍA** a la Dra. **Mariluz Gallego Bedoya**, identificada con la Cédula de ciudadanía No. 52.406.928 de Bogotá y Tarjeta profesional No. 227.045 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de Colpensiones.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Con firma electrónica al final del documento

La Magistrada y el Magistrado,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Con firma electrónica al final del documento

Aclaro voto

**GERMAN DARIO GOEZ 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:

**2736b9007f4ce68bbaf326b4f3fd47a04e73e149033e1550f32de784598e  
14d5**

Radicación No.: 66001310500320190041801  
Demandante: Héctor Capacho Lozano  
Demandado: Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.

Documento generado en 09/07/2021 08:53:04 AM