

**CONSTANCIA SECRETARIAL:** Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso las codemandadas, Colpensiones y Protección S.A., 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, 28 de marzo de 2022

**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.:** 66001310500220190006901

**Proceso:** Ordinario Laboral

**Demandante:** Clara Luz Benjumea Palacio

**Demandado:** Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.

**Juzgado:** Segundo Laboral del Circuito de Pereira

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA  
SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, abril dieciocho (18) de dos mil veintidós (2022)

Acta No. 54 del 7 de abril de 2022

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 Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado GERMÁN DARIO GOMEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Clara Luz Benjumea Palacio** en contra de **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** y las **Administradora 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 partes en contienda, en contra de la sentencia proferida el 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

## **1. La Demanda y contestación**

Pretende la demandante que se declare la ineficacia, o subsidiariamente la nulidad, de la afiliación y del traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), administrado por Horizonte (hoy Porvenir S.A.); así como de la afiliación posterior que hizo hacia Santander (hoy Protección S.A.). De igual forma, solicita que se declare que tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de vejez, a partir del 20 de octubre de 2017, cuando acreditó los requisitos para acceder a la prestación en el RPM.

En consecuencia, pide que se condene a Porvenir S.A. y Protección S.A. a trasladar a Colpensiones sus aportes con los respectivos rendimientos, sin ningún tipo de descuento por cuota de administración. Adicionalmente, procura que se condene a Porvenir S.A. y a Protección S.A. a pagar la diferencia existente entre los aportes que la señora Clara Luz Benjumea Palacio realizó en dichos fondos de pensiones y los que hubiera efectuado en caso de haber continuado afiliada a Colpensiones.

Asimismo, solicita que se condene a Colpensiones a recibir sus aportes y reactivar su afiliación, y a Porvenir S.A. y a Protección S.A., a título de perjuicios y como consecuencia del incumplimiento contractual, a reconocer y pagar a su favor las mesadas pensionales dejadas de percibir desde el 20 de octubre de 2017, fecha en que reunió requisitos de edad y semanas cotizadas, hasta la ejecutoria de la sentencia.

De igual forma, requiere que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez con la mesada pensional que corresponda, a partir de la ejecutoria de la sentencia, más los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o, subsidiariamente, la indexación de las condenas.

Por último, pretende que se condene a las entidades demandadas a cancelar las costas procesales que se generen en el proceso.

Como sustento de lo solicitado, relata que nació el 20 de octubre de 1960 y que el 8 de abril de 1994 se afilió al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones). Así mismo, afirma que el 26 de marzo de 1999 suscribió formulario de vinculación al RAIS con la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.), sin una información suficiente o

asesoría previa; además, la asesora que diligenció el formulario de afiliación no le dio a conocer las ventajas, desventajas y riesgos de trasladarse del RPM al RAIS.

Por otra parte, refiere que suscribió formulario de afiliación el 22 de noviembre de 2002 con la AFP Santander (hoy Protección S.A.), sin que se diera una asesoría previa en la que se indicara que debía leer el formulario antes de su suscripción, siendo la misma asesora de la administradora quien lo diligenció, por lo que sólo se limitó a firmar.

Finalmente, indica que el 28 de noviembre de 2017 Colpensiones negó su solicitud de traslado bajo el argumento de que se encontraba a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse. Además, hace notar que actualmente cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el RPM bajo los postulados de la Ley 797 de 2003.

**Colpensiones** solicitó que se negaran los pedidos de la actora aduciendo que el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez y no se evidencia engaño o acto alguno que represente motivo para declarar el traslado como nulo. Además, refirió que la afiliación de la demandante al RAIS se dio en virtud de su libertad de escogencia de régimen pensional. En ese sentido, propuso como excepciones de mérito las que denominó "*Validez de la afiliación al RAIS*", "*Saneamiento de una presunta nulidad*", "*Solicitud de traslado de dineros de gastos de administración*", "*Prescripción*", "*Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal*", "*Buena fe*" e "*Imposibilidad de condena en costas*".

**Porvenir S.A.** se opuso a lo pretendido señalando que la AFP Horizonte proporcionó a la demandante información real, veraz y oportuna sobre las características del RAIS, sus diferencias frente al RPM, las consecuencias derivadas de su traslado y le otorgó asesoría ajustada a los parámetros legales vigentes para la época, en virtud de los cuales no era obligatorio realizar proyecciones financieras de las mesadas pensionales de los potenciales afiliados. Además, agregó que fue con base en dicha información que la gestora del pleito de forma libre, espontánea y sin presiones, decidió vincularse a Horizonte. Igualmente, afirmó que Horizonte le explicó acerca de la imposibilidad de determinar, a priori, el monto de su mesada pensional, pues éste dependía de unos factores externos, cuyo conocimiento era imposible obtener al momento de la afiliación. En tal sentido, propuso las excepciones de mérito denominadas como "*Validez y eficacia de la afiliación a horizonte e inexistencia de vicios en el consentimiento*", "*Saneamiento de la eventual nulidad relativa*", "*Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de*

*administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS", "Inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS", "Prescripción" y, "Buena fe".*

La AFP **Protección S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda alegando que la señora Clara Luz Benjumea Palacio no pudo ser víctima de la omisión en la información en el momento de su decisión de trasladarse de régimen, pues esta obedecía a su propia voluntad y no se le hizo incurrir en error sobre el objeto de la contratación en lo relativo a sus derechos prestacionales, características y condiciones del régimen que la acogía. Bajo tal disertación, propuso las excepciones perentorias de *"Prescripción", "Buena fe", "Compensación", "Exoneración de condena en costas", "Inexistencia de la obligación", "Falta de causa para pedir", "falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada", "Inexistencia de la fuente de la obligación", "Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad", "Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio", "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" y la "genérica o innominada".*

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

La Jueza de instancia declaró la ineficacia de la afiliación de la señora Clara Luz Benjumea Palacio a la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.), suscrita el 26 de marzo de 1999, que constituyó su traslado de régimen pensional. En igual sentido, declaró la ineficacia de los traslados efectuados el 30 de noviembre de 2000, de Horizonte a Porvenir S.A., y el 22 de noviembre de 2002 a la AFP Pensiones y Cesantías Santander, posteriormente ING (hoy Protección S.A.).

Asimismo, condenó a la AFP Protección S.A. a efectuar el traslado a Colpensiones del valor existente en la cuenta de ahorros individual de la demandante, con los rendimientos financieros producidos durante el tiempo de afiliación. Por otra parte, condenó a Porvenir S.A. y Protección S.A. a la devolución a Colpensiones de los gastos de administración, comisiones, costos de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, con cargos a sus propias utilidades y debidamente indexados.

Por consiguiente, ordenó a Colpensiones tener como vinculada a la demandante sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida, determinando que ella tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague la pensión de vejez, bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, a partir de la fecha de retiro definitivo del servicio oficial.

Seguidamente, ordenó comunicar la decisión adoptada a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público 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.

Por último, condenó en costas a Porvenir S.A. en un 80%, a favor de la demandante.

Para llegar a tal determinación, la A-quo hizo un recuento legal y jurisprudencial respecto del deber de información a cargo de las AFP, advirtiendo que esta debía ser suficiente y completa, de manera que permitiera a la demandante tomar decisiones informadas. Refirió que en estos casos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado y, en todo caso, la parte demandada sólo aportó el formulario de afiliación como prueba del cumplimiento del deber de información; documento que a lo sumo acredita un consentimiento, pero no informado. En cuanto al interrogatorio escuchado, concluyó que en él no se advirtió confesión que denotara que se le suministró la información oportuna a la promotora de la litis.

Respecto a la pensión de vejez, advirtió que a pesar de que la señora Clara Luz Benjumea Palacio cumplió 57 años el 20 de octubre de 2017, y cotizó 1.941.67 semanas hasta agosto de 2019, en el interrogatorio de parte dio cuenta de encontrarse prestando sus servicios en una empresa social del estado, por lo que su derecho pensional se causaría a partir de la fecha del retiro definitivo del servicio oficial, sin que hubiera lugar, por ende, al reconocimiento de los intereses moratorios al no existir mesadas pensionales insolutas.

Finalmente, en cuanto a la indemnización de perjuicios, consideró que no fueron probados dentro del proceso.

### **3. Procedencia de la consulta y recursos de apelación**

Sea lo primero indicar que, en atención a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la seguridad social, la decisión de primera instancia será revisada en su integridad al haber resultado condenada una entidad de la que es garante la nación.

Con relación a los recursos de alzada, ha de decirse que el apoderado judicial de la **parte demandante** solicitó que se modifique parcialmente la sentencia, concretamente en lo relativo al momento a partir del cual se debe conceder la pensión de vejez, pues, a su juicio, se debió tener en cuenta que su clienta dejó de cotizar al sistema general de pensiones el 31 de agosto de 2019, cuando tenía más de 58 años y un total de 1.941.57 semanas cotizadas, siendo el 1º de septiembre de 2019 la fecha a partir de la cual le asiste el derecho del reconocimiento pensional.

Por otra parte, advirtió que la obligación de cotizar de la señora Benjumea cesó al momento en que reunió los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, pues el monto de su pensión no se iba a incrementar con cotizaciones adicionales al contar con más de 1.800 semanas, tal como se lo informó Protección S.A. en comunicado del 29 de agosto del año 2017, cuando le puso de presente que tanto a los 57 años como a los 60, se reconocería pensión en cuantía del salario mínimo.

Finalmente, solicita que, en caso de mantenerse la decisión primigenia, se disponga que el reconocimiento de las mesadas causadas desde el 1º de septiembre del año 2019, así como los intereses moratorios, esté en cabeza de las AFP demandadas a título de indemnización, hasta tanto se realice la inclusión en nómina por parte de Colpensiones.

**Porvenir S.A.** en su recurso de apelación alegó que quedó demostrado el cumplimiento al deber de asesoría básico y necesario, el cual se centraba en exponer las implicaciones propias del traslado de régimen pensional, las características de los regímenes coexistentes para aquella data, así como los requisitos que debía cumplir para acceder a las diferentes gracias pensionales.

Hizo notar que la demandante se encuentra incurso en la prohibición contenida en el literal e, artículo 2, de la Ley 797 de 2003, toda vez que excedió la edad para acceder a la prestación económica en dicho régimen pensional. Además, ratificó su interés de escoger el RAIS con la suscripción de los formularios de

afiliación a las AFP Horizonte, Porvenir e ING., permaneciendo aproximadamente por 20 años y beneficiándose de los rendimientos financieros percibidos.

Alegó que la demandante no hizo uso del derecho de retracto en ninguna de las oportunidades y recibió asesoría en tres ocasiones, emitiendo su consentimiento de manera libre, voluntaria y sin presiones, al suscribir los formularios de afiliación. Aunado a ello, arguye que la demandante pretende que sean revertidas las consecuencias que considera adversas, motivada por un aspecto netamente económico. Por lo tanto, no le asiste ningún tipo de obligación, toda vez que ya giró con destino a ING (hoy Protección) la totalidad de los dineros que fueron depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros.

Argumentó que no era procedente girar los emolumentos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, toda vez que al declararse inexistente el acto de vinculación o afiliación, todo lo que se deriva del mismo seguiría igual suerte. Así mismo, refirió que los seguros previsionales y las cuotas o gastos de administración tienen su origen en el ordenamiento legal y su traslado con destino a Colpensiones constituye enriquecimiento sin justa causa.

Por último, sostiene que su actuar obedeció al cumplimiento de las obligaciones que la ley le imponía, y ahora se le imponen obligaciones que no le asistían de manera retroactiva. En consecuencia, solicita absolver a Porvenir S.A de la totalidad de las condenas impuestas e imponer costas a cargo de la actora.

**Protección S.A.**, reprochó la condena que dispuso que reintegrara los gastos de administración y seguros previsionales, alegando que el artículo 20 de la Ley 100 del 1993, modificado por el artículo 7º de la ley 797 de 2003, ordena descontar las sumas respectivas con el fin de girarlas a las entidades encargadas de cubrir los riesgos a favor de los afiliados, como lo son el reaseguro ante Fogafín, el seguro previsional por invalidez o sobrevivencia y el fondo de garantía de pensión mínima; siendo por ende una obligación a cargo de los fondos privados.

En cuanto a los precedentes jurisprudenciales aplicados por la A quo, manifestó que ellos violan el contenido del artículo 1746 del Código Civil, pues se niegan las restituciones mutuas a favor de los fondos privados. En igual sentido, considera que dicha jurisprudencia viola el precedente de septiembre de 2008, magistrado ponente Eduardo López Villegas, según la cual los gastos de administración, incluida la comisión por administración, debe considerarse una

prestación acaecida y en consecuencia no es o no sería susceptible de retrotraerse en el tiempo.

Asimismo, indicó que se viola el contenido de la doctrina de los actos propios como institución jurídica universal, el principio de caducidad de las acciones, el principio de igualdad y el derecho al debido proceso.

Resalta que la demandante reconoció haber suscrito voluntariamente tres diferentes traslados horizontales entre administradoras, siendo la firma del formulario suficiente para considerar eficaz el acto de la vinculación. Finalmente, indicó que la demandante incumplió las obligaciones que como afiliada le impone el artículo 4 del Decreto 2241 de 2010.

Por su parte, **Colpensiones** sustentó su censura alegando que la ineficacia del traslado atenta contra la sostenibilidad del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, a quien se le impone la carga de resarcir un daño que no causó y que se dio en consecuencia de la decisión de un afiliado que no se interesó en retornar al régimen sino hasta el momento en que evidenció un perjuicio económico.

De otro lado, indicó que el interrogatorio de parte no se puede tener como único medio de prueba para conceder lo pedido por la demandante; además, la sentencia desconoce los postulados de la Corte Constitucional, en razón a que la limitación del traslado cuando falten menos de diez años para arribar a la edad de pensión se debe a la necesidad de garantizar la abierta competencia entre regímenes; tal como lo preceptúa el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Agregó que la afiliación de la señora Benjumea Palacio fue válida y cumplió con los requisitos establecidos en la normatividad vigente para el momento de su traslado. Sin embargo, solicita que, en el evento de confirmar el fallo de primera instancia, a título de sanción se ordene a la AFP del RAIS el pago de un cálculo actuarial, equivalente al valor total de las mesadas pensionales a pagar, liquidadas bajo los parámetros del RPM, teniendo en cuenta para ello la expectativa de vida de la demandante y la de sus posibles beneficiarios.

#### **4. Alegatos de conclusión**

Analizados los alegatos presentados por las codemandadas, 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 más adelante.

## **5. Problemas jurídicos por resolver**

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

- i. Establecer si para el momento en que la parte actora efectuó el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, existía normatividad vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al potencial afiliado información suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen.
- ii. Definir si para dar por cumplido el deber de información de las AFP es suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación.
- iii. Determinar la carga probatoria que les corresponde a cada una de las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales.
- iv. Analizar si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de las AFP demandadas, la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.
- v. Establecer si el movimiento de los afiliados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad convalida el traslado inicial efectuado desde el RPM hacia el RAIS y, por tanto, configura actos de relacionamiento.
- vi. Determinar si hay razón suficiente para apartarse del precedente jurisprudencial existente frente a la ineficacia del traslado de régimen.
- vii. Estudiar si es dable ordenar a las AFP demandadas 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.

- viii. Definir si, una vez surtido el debate frente a la ineficacia, corresponde a la jurisdicción ordinaria definir la situación pensional de la demandante, en calidad de empleada pública, frente a Colpensiones.
- ix. Concluir si la prohibición señalada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, es atendible en aquellos eventos donde se discute la ineficacia del traslado de régimen pensional.
- x. Establecer si hay lugar a exonerar en costas a las AFP Porvenir 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:

Sentencia SL 31989 del 9 sep. 2008, SL 31314 9 sep. 2008, SL 33083 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, 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 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."

---

<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

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 de 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 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 AFP demandadas se encuentran en una situación de ventaja que les permite aportar las evidencias respecto a si se le brindó al afiliado la información cierta, suficiente, comprensible y oportuna a la hora de convencerlo de trasladarse de régimen.

Ahora bien, como quiera que uno de los argumentos de las AFP es que la normatividad del deber de información se ha venido dando paulatinamente, 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 tres 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>	<p><i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</i></p> <p><i>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</i></p> <p><i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i></p>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<p><i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i></p> <p><i>Decreto 2241 de 2010</i></p>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<p><i>Ley 1748 de 2014</i></p> <p><i>Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015</i></p> <p><i>Circular Externa n° 016 de 2016</i></p>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

#### **1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible**

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

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

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad

*por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.*

Con lo dicho precedentemente queda resuelto el primer problema jurídico.

### **6.3. “El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado”<sup>3</sup>**

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

---

<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

suscripción de varios formularios de afiliación dentro del mismo RAIS<sup>4</sup>, 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 2019 SL 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 al 1º 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.*

---

<sup>4</sup> Con lo que se descarta igualmente la tesis que alude a los “actos de relacionamiento” para desestimar la ineficacia por la falta de información al momento del traslado al RAIS.

*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>5</sup>**

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

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

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

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

---

<sup>5</sup> *Ibídem*

*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 desfavor 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, los últimos problemas jurídicos se analizarán al evaluar el acervo probatorio del caso concreto, esto es, se estudiará si el movimiento de fondos dentro del RAIS configuran actos de relacionamiento que permitan concluir la intención clara del demandante a permanecer en dicho régimen; posteriormente, se analizará si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de las AFP demandadas la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen. Y, en caso positivo se entrará a definir si cuando se declara la ineficacia del traslado, hay lugar en condenar en costas a las AFP.

#### **6.6. Régimen de personal de las Empresas Sociales del Estado - E.S.E. - Competencia cuando se declara la ineficacia de traslado de un empleado público**

Disponen los artículos 1º y 2º del Decreto 1876 de 1994 que las Empresas Sociales del Estado son una categoría especial de entidad pública, que hace parte del Sistema de Seguridad Social en Salud. Estas son de carácter descentralizado, tienen personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, y su objetivo es la prestación del servicio de salud.

Con relación a su régimen de personal, el artículo 17 de la misma normativa dispone que *"Las personas que se vinculen a una Empresa Social del Estado tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales"*, últimos que, conforme a lo dispuesto en el párrafo del artículo 674 del Decreto 1298 de 1994, son *"quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones."*

Una vez establecida la calidad de los trabajadores y trabajadoras de las E.S.E., es preciso señalar que en aquellos eventos en los que un empleado o una empleada pública persiga la declaratoria de ineficacia del traslado realizado al RAIS, es la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral la encargada de dirimir el conflicto, independientemente de que la parte interesada ostente tal condición *-la de empleado o empleada pública-*, como quiera que la vinculación del fondo privado de pensiones al proceso genera una suerte de *fuero de atracción* en la jurisdicción ordinaria laboral, atendiendo lo dispuesto en el artículo 2º del C.P.T. y S.S., que determina como parte de su competencia general, la correspondiente a dirimir las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras.

No obstante lo anterior, una vez resuelta de manera favorable la declaratoria de ineficacia, pierde jurisdicción el juez laboral para pronunciarse sobre la procedencia, por ejemplo, de la pensión de vejez de la parte actora, dado que a partir de ese momento se dan los presupuestos establecidos en el numeral 4º del artículo 104 del CPACA, que establece que la Jurisdicción de la Contencioso Administrativo conocerá de los procesos relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público, como lo es la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

Lo anterior permite colegir que, por regla general, las controversias relativas al sistema general de seguridad social son de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, sin embargo, frente a los litigios relacionados con la pensión de vejez de los empleados públicos *-cuando el régimen es administrado por una entidad de derecho público-*, como acontece en el caso en concreto, la competencia para dirimirlos recae en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

## **6.7. Caso Concreto**

Se pretende por esta vía ordinaria que se declare la ineficacia o subsidiariamente 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 a la actora por parte de la A.F.P. por cuanto no le dio 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, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

Por otra parte, como sustento a sus recursos de apelación, las AFP de Porvenir S.A. y Protección S.A. manifiestan que los traslados horizontales efectuados por la demandante representan actos que permiten inferir la voluntad de la afiliada de continuar en el RAIS, toda vez que en cada uno de los cambios de fondo recibió asesoría por parte de diferentes funcionarios de los fondos privados, en aras de brindarle información completa, clara y pertinente sobre las consecuencias del traslado, así como las ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

No obstante, para esta Sala de Decisión dichos argumentos no resultan aceptables, pues como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, radicado No. 78667 y en la reciente sentencia SL5686 de 2021, la teoría de los actos de relacionamiento no denota el compromiso serio del afiliado de pertenecer al RAIS, toda vez que cuando la actuación del traslado se encuentra viciada no se convalida por los traslados realizados dentro del mentado régimen pensional; en otras palabras, la acción de cambiarse de fondo privado en el RAIS *no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales*. En efecto, la Alta Corporación reitera que la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó el demandante y precisamente la omisión a dicho deber genera la ineficacia.

A pesar de que las demandadas afirmaron que los traslados de la demandante evidencian, de forma inequívoca, su intención de mantenerse en el RAIS, no resulta acertado concluir que la actora recibió por parte de los fondos una asesoría clara y

suficiente acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias financieras que asumiría en cada uno de ellos, entre otras cosas porque la asesoría en el cambio horizontal dentro del mismo RAIS, se centra en los rendimientos financieros que ofrece una AFP privada frente a su competencia (otra AFP privada) y no en las características del RAIS VS RPM. En conclusión, la decisión de cambiarse de un fondo privado a otro en ningún caso suple la omisión de las entidades administradoras en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados.

Para determinar si los fondos privados demandados cumplieron con el deber de información, resulta pertinente traer a colisión la línea jurisprudencial desarrollada por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencias anteriormente citadas, en concordancia con el artículo 1604 del C.C., ha establecido que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa a la afiliada, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

Así pues, la negligencia en que eventualmente incurren las administradoras de pensiones, al no suministrar la información adecuada y precisa al 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 las AFP demandadas no cumplieron con la carga que se les 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 cada 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.

Tanto Porvenir S.A. como Protección S.A., afirmaron en su contestación que brindaron la información seria y veraz que para la época era jurídicamente pertinente a la parte demandante sin que se precise en qué consistió tal cosa. Ello sería suficiente para concluir, que efectivamente la información que recibió la demandante 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 consistían 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 AFP demandadas llamaron a declarar a su contraparte procesal, de cuya declaración, la Sala considera que nunca 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, tal como lo concluyó la A-quo. El otro elemento de prueba que esgrime la AFP es el formulario de afiliación suscrito por la promotora de la litis, pero dicho documento no logra evidenciar la información que se le brindó, en el traslado del RPM al RAIS.

De hecho, la demandante al rendir interrogatorio se limitó a decir que no recibió una asesoría previa al momento de la suscripción del formulario ante la AFP Horizonte, pues su afiliación se dio en virtud de la firma de los documentos para tomar posesión del cargo. Respecto a las demás afiliaciones dentro del RAIS, refiere que tampoco recibió una verdadera asesoría, en atención a que los asesores llegaban al lugar donde se encontraba y solo le indicaban que firmara, con el

argumento de que habían sido enviados por la parte administrativa de la empresa. Manifiesta que en todas las ocasiones se limitó únicamente a firmar el formulario, sin que se le indicara que debía leer el formulario, ni tampoco le suministraron más información.

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

Ahora, de conformidad con el precedente jurisprudencial traído a colación y las circunstancias que rodearon el caso, es evidente que la AFP Porvenir S.A. y la AFP Protección S.A. debían otorgar a la señora Clara Luz Benjumea Palacio una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrearía. Sin embargo, los fondos demandados no lograron probar que cumplieron con el deber de informar plenamente a la afiliada, por lo que no puede alegarse que existió una manifestación libre y voluntaria, por cuanto la demandante desconocía la incidencia de su elección de régimen frente a sus derechos prestacionales.

Aclarado lo anterior, frente a la orden de trasladar a Colpensiones rendimientos, gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales cobrados a la afiliada, lo cual reprochan Porvenir S.A. en su alzada, se dirá que de conformidad con las sentencias SL1421 de 2019 y SL 2611 de 2020, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, previamente citadas, es un deber trasladar a Colpensiones los gastos de administración, en razón a que los mismos fueron el resultado de una conducta indebida al momento del traslado, de modo que no pueden permanecer en sus arcas sino retornar al régimen de prima media. Bajo esa misma perspectiva también resulta viable la orden de reintegrar a Colpensiones, además de los respectivos rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual, los valores utilizados en seguros previsionales, las cuotas de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, sumas todas que deben pagarse debidamente indexadas, por lo que se confirmará la sentencia apelada frente a tal decisión.

En torno a la prohibición señalada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, a que se hacen alusión tanto Porvenir S.A. como Colpensiones en la alzada como un aspecto que impide acceder a las pretensiones, tal referencia se torna inaplicable y por ende, impróspera en atención a que lo aquí analizado no es el traslado voluntario, sino el efecto de la ineficacia del cambio de régimen pensional a falta de información detallada y completa al momento del traslado de régimen. En efecto, una de las consecuencias 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.

De otro lado, respecto a la solicitud de la AFP Porvenir S.A., que no se le condene en costas, bajo el argumento de que se cumplió con los requisitos legales exigidos al momento del traslado, suficiente es con 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.

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

Ahora, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban al momento del traslado de régimen, es necesario confirmar la orden 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 833 de 2016. Ello en razón a que no existe dentro del plenario prueba que acredite que el bono ha sido liquidado, emitido y cancelado por parte de esa cartera ministerial.

Por último, se dirá que al haber sido reconocido por la demandante que actualmente se desempeña en el cargo de auxiliar de enfermería en el Hospital San Joaquín, en la ESE Salud Pereira, no hay lugar a confirmar la orden de reconocimiento de la pensión a partir del momento de su desvinculación del servicio público, por cuanto, tal como se explicara previamente, la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral no podía pronunciarse frente a su derecho prestacional, pues aquel es un debate que debe surtirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en caso de existir controversia. Con todo, se modificará el ordinal 8º de la sentencia de primer grado, para, en su lugar, ordenar a Colpensiones que proceda a estudiar el derecho pensional de la señora Clara Luz Benjumea Palacio, atendiendo la ineficacia declarada en esta litis, una vez aquella haga la respectiva solicitud del derecho pensional.

Con lo anterior se entienden despachados desfavorablemente los argumentos planteados por el demandante en la alzada, siendo del caso manifestar, respecto de la indemnización solicitada a título de perjuicio en cabeza de las AFP demandadas, que no puede pasarse por alto que en el libelo genitor no existe una pretensión declarativa de responsabilidad que dé lugar a una condena como la perseguida por el censor. Por el contrario, sólo se advierte una pretensión condenatoria que deriva de la declaratoria de nulidad, pedida como subsidiaria, pero que la Corte Suprema ha identificado como la misma ineficacia.

Con todo, como esta jurisdicción no puede pronunciarse sobre la pensión reclamada, no era posible establecer el perjuicio alegado, esto es, que tenía derecho a la mesada desde que reunió los requisitos; siendo del caso anotar que, al ser empleada pública, solo puede disfrutar de la pensión cuando se retire, por lo que no se evidencia la generación de un perjuicio.

En esta instancia no habrá condena en costas por no haber prosperado ninguno de los recursos.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal 8º de la sentencia proferida el 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira por las razones expuestas, en el sentido de **ORDENAR** a Colpensiones que proceda a estudiar el derecho pensional de la señora Clara Luz Benjumea Palacio, atendiendo la ineficacia declarada en esta litis, una vez aquella haga la respectiva solicitud del derecho pensional.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la decisión de primer grado.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento  
**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento  
**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**  
Aclaro voto

Con firma electrónica al final del documento

**GERMAN DARIO GOEZ VINASCO**

**Firmado Por:**

**Ana Lucia Caicedo Calderon**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 1 Laboral**  
**Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Olga Lucia Hoyos Sepulveda**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 4 Laboral**  
**Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Firma Con Aclaración De Voto**

**German Dario Goetz Vinasco**  
**Magistrado**  
**Sala 003 Laboral**  
**Tribunal Superior 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: **0cedf507b3c692f2cb7666f6a3b5eff5d04af93471f99053e5fc7de4e6030e28**

Documento generado en 08/04/2022 11:51:06 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**