

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso Colpensiones presentó 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, 14 de octubre 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.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.
Juzgado: Quinto 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, octubre veinticuatro (24) de dos mil veintidós (2022)
Acta No. 173 del 20 de octubre 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 de Decisión Laboral Presidida por la Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

SEPÚLVEDA y el Magistrado GERMÁN DARIO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado **Alicia Arango Ocampo** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** y la **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 el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. en contra de la sentencia proferida el 21 de junio de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira; asimismo, se revisará la decisión de instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta respecto de Colpensiones. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. Demanda y su contestación

La citada demandante busca que se declare la nulidad de la afiliación que realizó a la Porvenir S.A., a través de la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS).

En consecuencia, procura que se condene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con ocasión de su afiliación.

Por último, pide que se condene a los demandados a cancelar las costas procesales y a lo extra y ultra petita debatido y probado en el proceso.

En sustento de lo pretendido, relata la demandante que nació el 30 de septiembre de 1960 y que en el 7 de julio de 1980 se encontraba cotizando al RPM,

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

luego perteneció a Colmena en noviembre de 1996, hasta que de manera discontinua e irregular, su empleador le cotizo a ING, hoy Protección S.A., en el año 2001. Posteriormente, en enero de 1999 fue trasladada por su empleador de manera rutinaria y formalista, a Porvenir S.A ..

Refiere que, no hubo una asesoría adecuada, oportuna y altamente especializada, ya que la decisión de traslado tenía que ser fruto de un convencimiento profesional acerca de los requisitos de edad mínima, saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para acceder a la pensión, ventajas, desventajas, beneficios y los riesgos que representaba hacer dicho traslado.

Por último, señala que el 26 de noviembre de 2019 Colpensiones negó su solicitud de traslado al régimen de prima media, bajo el argumento de que se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda arguyendo que no se evidencia que existiere por parte de la AFP Colmena S.A, engaño alguno o acto que evidencie motivo para que se declare el traslado de la actora como ineficaz, como tampoco lo es el realizado horizontalmente a la AFP Porvenir S.A.; anudado a lo anterior, afirma que afiliación de la actora se dio en virtud a la libertad de escogencia de régimen pensional y no a una nulidad por vicio en el consentimiento como se alega.

En esa medida, invocó 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: Colpensiones"; e "Imposibilidad de condena en costas".

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

Protección S.A. se opuso a todo lo pretendido por la demandada, manifestando que dicho suceso jurídico no debe adolecer de vicios en el consentimiento que deban recaer sobre la voluntad de la actora porque no existieron precisamente las maniobras preterintencionales que se le endilgan.

En ese sentido, propuso excepciones de mérito que denominó como "Genérica ó innominada"; "Prescripción"; "Buena fe"; "Compensación"; "Exoneración de condena en costas"; "Inexistencia de la obligación"; "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."

Por su parte, **Porvenir S.A** se opuso a lo pretendido por la parte demandante, señalando que el traslado de régimen fue realizado por la AFP Protección y , demás, que el acto jurídico mediante el cual la demandante se trasladó de régimen produjo los correspondientes efectos; particularmente la realización de aportes a su cuenta de ahorro individual, durante más de 24 años. En ese medida, explica que el hecho de que las mesadas pensionales proyectadas en la actualidad en el RAIS sean inferiores a las estimadas hace más 24 años, no significa que la información brindada por el asesor de Protección, hubiese sido engañosa y falsa.

En virtud de lo antedicho, como excepciones de mérito esgrimió las de "*Validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento*"; "*Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de*

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

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"; "Buena fe"; e "innominada o genérica".

2. Sentencia de primera instancia

La Jueza de primera instancia desestimó los medios exceptivos propuestos por las codemandadas y declaró la ineficacia del traslado de régimen que Alicia Arango Ocampo efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante solicitud del 07 de octubre de 1996, efectivo a partir del 01 de diciembre del mismo año a través de Colmena hoy Protección S.A. y con ello el traslado efectuado a Porvenir S.A. el 10 de octubre de 1998, efectivo a partir del 01 de diciembre del mismo año y a Horizonte el 27 de diciembre de 2004, efectivo a partir del 01 de febrero de 2005.

En consecuencia, ordenó a Porvenir S.A., que proceda a devolver a Colpensiones, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de Alicia Arango Ocampo, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación, incluyendo lo que en su momento aportó a través de Colmena hoy Protección S.A., sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimiento, frutos e intereses.

En ese sentido, ordenó a Protección S.A. y a Porvenir S.A. que devuelvan a Colpensiones con cargo a sus propios recursos el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobraron, así como las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales que descontaron durante el período que Alicia Arango Ocampo estuvo afiliada a esos fondos, debidamente indexados.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

Por otra parte, ordenó a Colpensiones que acepte el retorno del actor, sin solución de continuidad y dispuso comunicar la decisión a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la presente decisión, con el fin de que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 30 de junio de 1996-día anterior a la efectividad del traslado-, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se hubiese generado en favor de la actora y que tenía como fecha de redención normal el 30 de septiembre de 2020.

Asimismo, condenó a Porvenir S.A. que, en caso de haberse efectuado la redención del bono pensional, proceda a restituir la suma pagada por ese concepto a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y/o a la entidad que hubiese efectuado el pago, monto que deberá ser indexado con cargo a sus propios recursos.

Por último, condenó en costas a Porvenir S.A. y Protección S.A. a favor de la demandante en un 100%.

Para llegar a tal determinación el A-quo hizo un recuento legal y jurisprudencial respecto del deber de información a cargo de las AFP, la cual debía ser clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional. Resaltó que, las AFPs Protección S.A. y Porvenir S.A. incumplieron con la carga de la prueba que le correspondía en el proceso, tendiente a acreditar que llevó a cabo el deber de información. De igual forma, indicó que no operan los actos de relacionamiento en los casos de ineficacia del traslado.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

Precisó que la sola suscripción del formulario de afiliación por sí solo no logra demostrar la información que se brindó a la promotora de la litis al momento de afiliarse, a pesar de que en él exista una cláusula que refiera que la afiliación del demandante fue libre, consciente y voluntaria. Además, resaltó que del interrogatorio rendido por la actora no se desprende que se le haya brindado información suficiente frente a las características del RAIS.

Por lo dicho, concluyó que la decisión de la parte demandante no estuvo precedida de la comprensión suficiente ni el real consentimiento para llevarla a cabo, razón por la cual debía declararse la ineficacia del acto de traslado.

3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta

Protección S.A. atacó la providencia arguyendo que la demandante si recibió las asesorías correspondientes y que ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, se benefició de los rendimientos y prerrogativas propias de dicho régimen pensional por más de 26 años.

Alegó que, a las AFPs en años anteriores se les exigía un deber de información básico, pues sólo se exigía la obligatoriedad del formulario, en donde se plasmaba con la firma del afiliado, de esa forma quedaba constancia de su voluntad de permanecer en dicha entidad. En consecuencia, no se puede pretender que la jurisprudencia que viene a partir del año 2008, tenga efectos retroactivos para la época del traslado en el año 1996, la actual jurisprudencia es mucho más rigurosa acerca de cómo deben las AFPs asesorar y los soportes que estas deben tener sobre las asesorías.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

Advirtió que, del interrogatorio de parte se desprende que la actora confiesa, ya que poco a poco fue mencionando toda la información que se le suministro en la asesoría.

Indicó que se encuentra en desacuerdo con la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, debido a que con ello se está violentado el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 del año 2003 y la ley penal colombiana, porque se obliga proferir resolución judicial contraria a la ley, ya que ordena el reintegro de los gastos de administración como sanción, cuando su descuento obedece a una orden legal de estricto cumplimiento, al interior de la legislación no existe este tipo de sanciones; asimismo, respecto del seguro previsional, dicho porcentaje fue descontado con base a la ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio, que fue un tercero de buena fe.

Por su parte, **Porvenir S.A.** atacó la sentencia arguyendo que para la época del traslado se realizaba la asesoría de manera verbal, los fondos de pensiones no tenían el deber de dejar documentada la asesoría brindada a sus posibles afiliados, solo bastaba con que la afiliada firmará el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones.

Señaló que se encuentra en desacuerdo con (a) la devolución de los gastos de administración, los cuales estaban dispuestos por la gestión de la administradora de fondo de pensiones, comisión con la que se cubrían los costos de operación de las AFP para generar los rendimientos financieros a favor del afiliado sobre el saldo de su cuenta de ahorro individual; (b) con la devolución de la prima de seguro previsional que eran primas encaminadas a proteger la suerte del demandante.

Por otra parte, consideró que no es de recibo que se trasladen los rendimientos financieros, puesto que el RPM no tiene la característica de aquellos;

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

asimismo, consideró que se está vulnerando el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, ya que no tiene sentido que se condene al traslado de rendimientos y al mismo tiempo al de los gastos de administración que fueron cobrados en virtud de la ley.

En ese sentido, indicó que la actora no puede regresar al RPM, en tanto que, se encuentra inmerso en la prohibición legal establecida en el literal e del artículo 2 de la ley 797 de 2003 .

Por último, señaló que no se encuentra conforme con la condena en costas, ya que considera que en el proceso no se observa que haya una actuación de mala fe por su parte.

Finalmente, **Colpensiones** en su alzada, atacó la sentencia de primera instancia refiriendo que la actora se traslado al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones; asimismo, de las pruebas obrantes en el proceso, no se evidencia una indebida asesoría por parte de las AFPs, por lo tanto, no hay lugar a que se le ordene admitir la afiliación de la actora, debido a que la afiliación en el RAIS se encuentra vigente, eficaz y válida. Adicionalmente, en la época del traslado no existía esa obligación documental, la asesoría se hacía de manera verbal y presencial, solo bastaba con la suscripción del formulario de afiliación

Señaló que, los afiliados no pueden trasladarse de régimen pensional cuando les faltaren 10 años o menos, la demandante no cumple con el requisito de edad para poder trasladarse al RPM, en vista de que, cuenta con 61 años de edad, sobre paso su edad de pensión.

Solicitó que se de aplicación a la sentencia C-1024 de 2004 y la sentencia SU-062 de 2015, que estiman que nadie puede resultar subsidiado a costa de recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados, de modo que, el RPM se descapatilizaría. También, peticionó que se vuelva a evaluar el interrogatorio de

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

parte rendido por la actora, de manera integral, ya que se hizo una omisión a la verdad, ello debe ser un indicio grave en contra de la demandante, en virtud de que si se le brindó la asesoría correcta, simplemente ahora por una situación pensional cambiante pretende regresar al RPM.

Alegó que, cuando una persona hace un traslado de régimen y traslados horizontales en los regímenes de pensiones privados, se asume que recibió en dichas oportunidades asesorías pertinentes y esto demuestra su ánimo de permanecer en el RAIS, puesto que conoce sus ventajas y desventajas.

Por último, solicitó que se le absuelva de la condena en costas, porque es un tercero que nada tiene que ver con el acto jurídico de traslado de régimen pensional.

4. Alegatos de conclusión

Analizados los alegatos presentados por escrito por Colpensiones, 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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

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 la AFP demandada, la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.
- v. Establecer si es dable ordenar a la AFP demandada 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. 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.
- vii. Analizar cuál es el precedente aplicable en la actualidad respecto de los actos de relacionamiento.
- viii. Establecer si hay lugar a exonerar en costas a las AFP Porvenir S.A.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

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 creación¹”

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 1993², 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.

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

² Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

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 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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

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 la defensa 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 3 etapas, de cuyo análisis se llega a la conclusión de que a las AFP les compete, desde su creación, el deber de suministrar una información **necesaria y transparente**, que con el transcurrir del tiempo esta exigencia cambió, pasando de un deber de información necesaria al de **asesoría y buen consejo**, y finalmente al de **doble asesoría**, explicando en qué consiste cada uno de esos conceptos. Dicho recuento histórico, se compendia de la siguiente manera:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</i> <i>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</i> <i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

	<i>personal</i>	
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Con lo dicho precedentemente queda resuelto el primer problema jurídico.

6.3. “El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado”³

El segundo problema jurídico relativo al valor probatorio de los formularios de afiliación, fue abordado en la sentencia a la que venimos haciendo referencia, en el sentido de que los formularios de afiliación a lo sumo acreditan un consentimiento, **pero no informado**, tal como se expresa a continuación:

“Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado. (...)

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un

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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

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 RAIS⁴, 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

⁴ 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.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

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 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. Los actos de relacionamiento, reasesorías, falta de retorno al RPM en el tiempo estipulado por la ley, publicaciones de prensa y

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

extractos de la cuenta de ahorro individual no desestiman la ineficacia por la falta de información al momento del traslado al RAIS

Además de lo anterior, ha precisado el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021) 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, en tanto el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas, al respecto en la sentencia SL 5688 de 2021⁴ que memora la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 expuso:

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En este orden de ideas, en la sentencia CSJ SL 5686 de 2021⁵ traída a colación en la CSJ SL1926-2022⁶ añadió:

“Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigerar los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021”.

Posteriormente, la sentencia CSJ SL1055 de 2022⁷ recogió además las posturas contrarias establecidas por las Sala de Descongestión de la Corte en las providencias CSJ SL249-2022 y SL259-2022, y en su lugar ratificó:

“los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad”

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 a 1 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.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

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”.

Finalmente, en el mismo sentido se ha pronunciado el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, respecto a las publicaciones de prensa y extractos de la cuenta de ahorro individual, en este orden en la sentencia CSJ 1618-2022⁸ precisó:

“Respecto a las citadas publicaciones así como frente a los extractos de cuenta de ahorro individual que se remitieron a la demandante y la información en ellos contenida, a los que se hizo referencia en la declaración de parte por ella vertida en el proceso, es claro para la Sala que, aunque pueda ser de interés para el afiliado, por si solos no tienen la virtualidad de acreditar que la AFP cumplió con su obligación legal de información y su deber orientador, de manera permanente desde antes de vincular a la señora Gloria Pinilla Anzola”.

6.5. “De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado”⁵

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:

⁵ Ibídem

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

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

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

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

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

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

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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

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

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

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

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

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

[..]

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido,

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

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.

6.7. Caso concreto

Se pretende por esta vía ordinaria que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, dada la omisión de información clara y precisa, que ha debido brindarle la AFP a la parte actora en orden a conocer las condiciones y consecuencias de migración de régimen.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

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 a la afiliada, 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 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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

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.

Protección S.A. afirma en su contestación de la demanda y en su alzada que brindó 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 parte actora fue insuficiente y sesgada al momento de hacer el traslado, pues como se vio en el precedente jurisprudencial, para la fecha de la creación de las AFP existían normas en el código civil y en el estatuto financiero que obligaban a los fondos a brindar una asesoría adecuada de cara a lo que 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 AFPs 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, pero sobre todo, no se le puso de presente que perdería los beneficios transicionales al cambiar de régimen. El otro elemento de prueba que esgrime la

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

AFP es el formulario de afiliación suscrito por el promotor de la litis, pero dicho documento no logra evidenciar la información que se le brindó. En tal virtud se estima acertada la valoración probatoria efectuada por la operadora judicial de instancia.

En cuanto a las condenas impartidas a cargo de las Porvenir S.A. y Protección S.A., se dirá que de conformidad con las sentencias SL1421 de 2019 y SL 2611 de 2020, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, previamente citadas, es su deber trasladar a Colpensiones los gastos de administración, debidamente indexados, cancelados por la parte actora en razón a que los mismos fueron el resultado de una conducta indebida al momento del traslado, de modo que no pueden permanecer en sus arcas sino retornar al régimen de prima media. 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 este punto es oportuno recordar 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).

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

Frente al argumento de Colpensiones, referente a que era improcedente permitir que la demandante se trasladara hacia dicha entidad al superar la edad mínima pensional, basta mencionar que uno de los efectos de la ineficacia es que justamente las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido y, en este caso, dicha declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, conlleva al regreso automático de la demandante al régimen solidario de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, del cual ya hacía parte la demandante.

En este punto, conviene recordar que, la Sala de Casación Labora de la Corte Suprema de Justicia⁶ manifestó que los actos u omisiones posteriores del afiliado, como el de no retornar al régimen de prima media con prestación definida en la oportunidad legal prevista para ello o trasladarse entre fondos privados, no convalidan el incumplimiento del deber de información de la AFP, tales actuaciones del afiliado se dan de manera posterior, de modo que, dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden a la declaratoria de ineficacia.

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

⁶ Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral. SL 1055, rad 87911 del 3 de marzo de 2022. MP. Iván Mauricio Lenis Gómez.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

asesoría exigida en el momento en que se trasladó al RAIS, de ahí que se esté declarando la ineficacia del acto.

Importa precisar que 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, fue acertada la determinación de la A-quo 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.

En esta instancia de conformidad a lo consagrado en el artículo 365 del CGP, se condenará en costas procesales a Protección S.A., Porvenir S.A y Colpensiones a favor de la parte actora, las cuales se liquidarán por la secretaría del juzgado de origen.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira 21 de junio 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Alicia Arango Ocampo** en contra de **Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.**

Radicación No.: 66001-31-05-005-2020-00172-01
Demandante: Alicia Arango Ocampo
Demandado: Colpensiones y otros.

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

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
Aclara voto

Con firma electrónica al final del documento
GERMAN DARIO GÓEZ 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: **f23ff762082b8dca2f80e8352f59e5e7fbb3dd72cd86d45f47cd965ee5dfd6**

Documento generado en 21/10/2022 02:09:03 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**