

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso la parte demandante y las demandadas Porvenir S.A y Colpensiones 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, 29 de enero de 2021

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

Sin necesidad de firma Artículo 2, inciso 2 Decreto Presidencial 806 de 2020 y artículo 28 del Acuerdo PCSJA20-11567 C.S.J.

Radicado: 66001-31-05-002-2018-00006-00
Demandante: Luz Mary Gutiérrez Gómez
Demandado: Porvenir S.A, Protección S.A. y Colpensiones
Juzgado: Segundo Laboral del Circuito

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISION LABORAL PRESIDIDA POR LA DRA. ANA LUCÍA
CAICEDO CALDERON

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, febrero ocho (8) dos mil veintiuno (2021)

Acta No. 13 del 4 de febrero del 2021

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

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones, en contra de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2020, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira; asimismo, se revisará la sentencia en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

I. Demanda y Contestación

Luz Mary Gutiérrez Gómez solicita que se declare la nulidad del traslado que desde el régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) hizo en julio de 1995 hacia el régimen de ahorro individual (en adelante RAIS) administrado por Colmena hoy Protección S.A., además de la realizada en enero de 2005 ante Porvenir S.A. y, en consecuencia, se declare como válida y vigente la afiliación a Colpensiones, ordenando a Porvenir S.A., a la devolución de los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con sus frutos e intereses, además de los rendimientos y condena en costas a las accionadas.

Los hechos que soportan las pretensiones se resumen en que la demandante se afilió al régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) desde el 14-05-1980, trasladándose al RAIS en julio de 1995, a través de la AFP Colmena AIG, hoy Protección S.A.

Rememora que, posteriormente, en enero del 2005, se trasladó hacia Porvenir S.A., donde se encuentra actualmente, contando con 1058 semanas y con \$231.281.585 en la cuenta de ahorro individual al 2-01-2018, según respuesta dada el 04-12-2017, en donde se le informa que la edad en la cual se pensionaría sería a los 59 años, con una mesada pensional de \$737.717.

Recrimina que tanto el agente comercial de Colmena hoy Protección S.A., como el de Porvenir S.A., incumplieron con las obligaciones legales de ofrecerle la debida asesoría porque únicamente se le dijo lo siguiente: de trasladarse podía pensionarse a más temprana edad que en el ISS; que la mesada sería más alta; que el ISS desaparecería; que de no tener beneficiarios la pensión pasaba a sus herederos y que en el ISS se perdería y, que de no querer pensionarse podía solicitar la devolución de su capital y bono pensional. Por las razones anteriores, asegura que no se le dio el consentimiento informado al no suministrársele proyecciones, comparaciones ni indicársele sobre los beneficios y consecuencias del traslado y, además que ninguna advertencia se le hizo sobre la limitante para poder retornar al

ISS. Agrega que, Porvenir S.A tampoco le informó sobre el periodo de gracia que tenía para valorar su permanencia en el RAIS.

Culmina rememorando que el 22-11-2017 solicitó trasladarse nuevamente a Colpensiones, frente a lo cual obtuvo una negativa por encontrarse a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

Colpensiones, dio respuesta a la demanda, aceptando únicamente la vinculación que tuvo la actora al régimen de prima media, se opuso a las pretensiones bajo el argumento que el traslado de régimen se hizo conforme a derecho y que no era procedente el traslado por la prohibición de estar a menos de los diez años para cumplir la edad mínima pensional. Como excepciones formuló las de *"inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe e imposibilidad de condena en costas"* (fs. 81 a 91).

Protección, al contestar indicó que los hechos no era ciertos o que no le constaban, se opuso a lo pretendido bajo el argumento de que no se indujo en error al demandante por cuanto ninguna maniobra se había realizado, que además, la actora no contaba con beneficios transicionales y el acto jurídico atacado había sido producto de un acto voluntario, consciente y ajustado a derecho, sin que se hubiera hecho uso del derecho de retracto, además que de existir un vicio éste estaría prescrito (*fs.104 a 139*).

Porvenir, al contestar negó la mayoría de los hechos, se opuso a lo pretendido bajo el argumento que el acto atacado había sido realizado de manera libre, voluntaria y sin presiones, sin que para la época del traslado hubiera existido obligación de contar con memorias escritas de la asesoría dada y tampoco se le había omitido información. (*fs.157 a 191*).

En cuanto a los medios exceptivos, tanto Protección S.A. como Porvenir S.A. formularon las 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, ausencia de personería sustantiva por pasiva de Protección, inexistencia de fuente de la obligación, inexistencia de causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esa entidad, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado y la genérica"*

II. Sentencia de primera instancia.

La a-quo al decidir la litis, declaró la ineficacia de las afiliaciones que conllevaron al traslado de régimen de la Sra. **Luz Mary Gutiérrez Gómez**, al **RAIS** el 01 de julio de 1995 y el 10 de diciembre de 2004, ante **Protección S.A.** (antes Colmena) y luego ante **Porvenir S.A.** (antes Horizonte) y, declaró que, para todos los efectos legales, la actora nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el **RPM**, administrado hoy por Colpensiones, debiéndose tener a la demandante como vinculada sin solución de continuidad.

En consecuencia, ordenó a **Porvenir S.A.** a realizar el traslado a Colpensiones de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus respectivos rendimientos financieros y, condenó a **Protección S.A.**, y a **Porvenir S.A.**, a realizar la devolución a **Colpensiones** de los gastos de administración y comisiones cobrados durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación de la actora con dichas AFP, por el tiempo en que estuvo afiliada a cada una de ellas, y con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados. Además de la devolución del bono pensional, en caso de que exista, de las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, pero con cargo a los propios recursos de las AFP, últimas sumas que debían devolverse indexadas, a partir del momento en que se afilió allí y durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación con dichas AFPs. Finalmente, condenó en costas procesales a Protección S.A. y a Porvenir S.A.

Para llegar a tal determinación, hizo un recuento jurisprudencial relativo al deber de información que le asiste a las AFP's y del concepto de ineficacia en sentido amplio, el cual también abarcaba la nulidad del traslado, para lo cual, tuvo como referente la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

De otro lado, refirió que la carga de la prueba recaía en las AFP's, y que el deber de información estaba establecido desde su misma creación porque existía normatividad respecto a la información que debían de ofrecer a los afiliados, ubicándose en el contexto histórico y jurídico vigente al momento del acto jurídico de traslado. De esa manera, reflexionó que debía de acreditarse que el usuario recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna, sin que fuera suficiente el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación o lo signado en ellos porque con ello solo se acreditaba un consentimiento pero no informado.

Con soporte en la línea jurisprudencial trazada, concluyó que para los traslados de régimen del **1-07-1995** y el **10-12-2004**, las AFP no cumplieron con la carga de probar que suministraron la información necesaria, amplia, suficiente y oportuna

con las características exigidas para la época, pues el único medio de prueba arrimado por éstas correspondió al formulario signado por la parte demandante, lo cual no era suficiente.

Dispuso que la declaración de ineficacia recaía en los dos traslados al RAIS, y por tanto no surtían efecto, advirtiendo que de la documental aportada se concluía que la demandante se trasladó al RAIS (Colmena hoy Protección S.A.) el 01-07-1995 retornando al ISS el 31-10-1999, donde permaneció hasta el 10-12-2004, momento en la cual que se trasladó nuevamente al RAIS (Horizonte hoy Porvenir S.A.).

III. Recurso de apelación y procedencia de la consulta

El apoderado de Protección S.A. y Porvenir S.A., manifestó su desacuerdo con la decisión, recriminando que la actora ninguna prueba arrimó para demostrar vicios en el consentimiento o la inducción al error frente a la nulidad de los traslados solicitados y, desde el punto de vista de la ineficacia, en el escrito de demanda se había confesado que la demandante había recibido asesoría, además que había permanecido por tantos años en el RAIS, pretendiendo ahora obtener beneficios económicos de cada régimen so pretexto de una mesada de mayor valor al interior del régimen de prima media a diferencia del RAIS.

En suma, cuestiona la línea jurisprudencial aplicada por los operadores de justicia, en primer lugar, porque exageraba las cargas probatorias sin tener en cuenta las obligaciones que existían al momento del traslado, ello, en la medida que se les estaba exigiendo un hecho imposible como “predecir el futuro” por cuanto no era posible que por vía de simulación de mesadas y con tanta anticipación, se determinaran las diferencias que podrían existir frente a cada régimen en la medida que, para la época, no se podían establecer referentes futuros como el IBC, IBL, salarios e interrupciones laborales y, en segundo lugar, al considerar que debía hacerse la devolución de los gastos de administración en contravía con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993. En este último punto explica que de presumirse que con la ineficacia la demandante nunca se vinculó en el RAIS, en ese caso no había lugar a que se beneficiara de los rendimientos obtenidos, los cuales eran una contraprestación por la comisión recibida por la AFP en virtud de la gestión que realizaba para generar frutos a los aportes realizados por el afiliado.

De otro lado, **Colpensiones** en su alzada, cuestiona la decisión de primer grado arguyendo que la afiliación al RAIS había sido válida al cumplir con los requisitos normativos porque la decisión de la demandante había sido libre, voluntaria

y sin presiones, además porque lo pretendido era obtener una mayor mesada, lo cual no era viable porque permaneció por muchos años en el RAIS y no era posible que hubiera sido engañada tras haber encontrado sus expectativas fallidas y, para el caso, Colpensiones tampoco había participado en la afiliación de la demandante en el RAIS y, por ende, no era dable que por omisiones del fondo privado se autorizara su retorno al régimen de prima media.

Finalmente hay que advertir que se concedió el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, lo que le permite a la Sala revisar la totalidad de la sentencia de primera instancia.

IV. Alegatos de conclusión

Analizados los alegatos presentados por escrito por las partes, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresa a continuación. Por otra parte, el Ministerio Público no rindió concepto en la etapa de alegatos en esta instancia.

V. 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) 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.

v) 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.

vi) En caso negativo, establecer la fecha a partir de la cual se debe declarar la ineficacia.

vii) Establecer si es dable ordenar la devolución de las cuotas de administración hacia Colpensiones.

viii) Definir si en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, es dable ordenar la devolución de otros valores por parte de la(s) AFP(s) demandada(s), con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, durante el periodo en que estuvo afiliada la parte demandante en cada entidad.

VI. 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.

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

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

allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones "dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito."

Con sustento en lo anterior, es evidente que en todos los casos en que un afiliado ponga en cuestión la falta de información veraz, oportuna y completa de las incidencias del cambio del régimen pensional, y bajo tal premisa persiga la ineficacia de su traslado, la defensa de la AFP demandada debe encaminarse a demostrar, bajo los medios probatorios a su alcance, que cumplió con el deber del buen consejo al transmitirle al afiliado toda aquella información que resultaba relevante para que tomara una decisión de tal trascendencia.

Dicho deber, como lo ha enseñado la Corte, es exigible desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación a la administradora, pues en el sistema pensional, del que obviamente son protagonistas de primer orden las Administradoras de Fondos de Pensiones, se supone que actúan mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que tienen la obligación de brindar información confiable a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Ello así, también ha dicho el órgano de cierre de la especialidad laboral, que las AFPs demandadas se encuentran en una situación de ventaja que les permite aportar las evidencias respecto a si se le brindó al afiliado la información cierta, suficiente, comprensible y oportuna a la hora de convencerlo de trasladarse de régimen.

Ahora bien, respecto del deber de información en su inicio, vale la pena citar la sentencia del 8 de mayo de 2019 SL 1688-2019, Radicado 68838, con Ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se hace un didáctico recuento histórico de las normas que rigen la actividad de los Fondos de Pensiones privados, dividiéndolo en 3 etapas, de cuyo análisis se llega a la conclusión de que a las AFP les compete, desde su creación, el deber de suministrar una información **necesaria y transparente**, que con el transcurrir del tiempo esta exigencia cambió, pasando de un deber de información necesaria al de **asesoría y buen consejo**, y finalmente al de **doble asesoría**, explicando en qué consiste cada uno de esos conceptos. Dicho recuento histórico, se compendia de la siguiente manera:

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

<i>Etapas acumulativas</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 personal</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>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>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</i> <i>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015</i> <i>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 investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Con lo dicho precedentemente queda resuelto el primer problema jurídico.

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

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

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

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

(...)

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna”.

Tal como se dijo en precedencia, el tema de la suscripción del formulario de traslado como única prueba para desvirtuar la negligencia en la remisión de información al afiliado, ha sido analizado en múltiples fallos de la Sala de Casación

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

de la Corte Suprema de Justicia, de cuyo contenido queda claro además que la suscripción de varios formularios de afiliación dentro del mismo RAIS, tampoco es suficiente para declarar eficaz el primer traslado si de todas maneras no se demuestra que al interesado o interesada se le brindó la información suficiente y clara respecto a las ventajas y desventajas del cambio de régimen. Entre estas sentencias, está la providencia CSJ SL12136-2014 en la que se dijo lo siguiente:

"De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

En ese orden, el Tribunal en su decisión incurrió en los yerros que se le endilgan, al considerar que no se acreditó el engaño por parte del actor, cuando resulta claro que la información, en este caso, del traslado de régimen, resulta ser de transparencia máxima, lo cual no puede ser ignorado por los jueces de instancia, dada la trascendencia del derecho pensional que está de por medio; de contera además, el juzgador desconoció el artículo 11 de la Ley 100/93, en donde se establece el respeto por los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos a quienes estén pensionados o hayan cumplido los requisitos, así como el literal b) del precepto 13 ibidem que trata sobre la selección libre y voluntaria de régimen".

Igual cosa se ha predicado de las reasesorías posteriores dadas al interior de las AFP, las cuales tampoco convalidan el traslado, como quedó dicho en la citada sentencia del 8 de mayo de 2019SL 1688-2019, así:

"Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección”.

6.4. "De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado"⁴

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

"Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el

⁴ Ibídem

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 desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

En la sentencia SL1421 de 2019, Rad. 56174, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, cuando se declaró la ineficacia del traslado, se dijo que una de las consecuencias de

tal situación era la devolución de las cuotas de administración a cargo de la AFP, tema que se planteó en los siguientes términos:

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

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

[...]

"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 quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de las AFP's demandadas la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.

6.6. Caso concreto

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

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las citadas sentencias, según las voces del artículo 1604 del C.C., la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y, en este tipo de asuntos, corresponde a la administradora de pensiones, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa al afiliado(a), acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

Así pues, la negligencia en que eventualmente incurren tales administradoras de pensiones, al no suministrar la información adecuada y precisa al(a) afiliado(a), recaerá en la eficacia del acto, dado que con la omisión o la defectuosa información se ha inducido en error al afectado(a). En curso del proceso la AFP demandada no cumplió con la carga que se le impone, esto es, **acreditar haber transmitido a la parte actora la información concreta y cierta, acerca de la implicación del traslado de régimen pensional.**

En realidad, mínimo la AFP tendría que haber dado la siguiente información: *i)* Que dependiendo del capital, puede pensionarse anticipadamente, esto es, antes de la edad mínima para la pensión de vejez. *ii)* La posibilidad para sus herederos de hacerse a la devolución de saldos, en caso de que no existieran beneficiarios para la pensión de sobrevivientes. *iii)* La devolución total del saldo en caso de no alcanzar a reunir el total de los requisitos legales para optar al beneficio pensional. *iv)* Tener la posibilidad de la pensión de vejez habiendo cotizado el mínimo de semanas requeridas a pesar de no reunir el capital suficiente para el financiamiento de la prestación económica. *v)* La posibilidad de que el reconocimiento de la pensión de

vejez, una vez reunido los requisitos, se haga pronto. *vi)* La posibilidad de que sus aportes se conviertan en patrimonio sucesoral en un caso dado. *vii)* El hecho de que el afiliado es el único titular de la cuenta de ahorro individual en contraste con el fondo público cuyos ahorros hacen parte de un fondo común. *viii)* Los rendimientos financieros que le generen sus aportes abonados sobre el saldo de su cuenta de ahorro individual; y, *ix)* La posibilidad de seleccionar entre variadas modalidades de pensión, cuya ilustración resultaba vital, pues debió advertírsele en qué consistía cada una, así: La modalidad de renta vitalicia inmediata, la cual le quita la posibilidad de que los saldos de su cuenta de ahorro individual se conviertan en masa sucesoral pero le garantiza una pensión de por vida. La modalidad de *retiro programado* la cual tiene la desventaja de que una vez se termine el saldo en la cuenta de ahorro individual, si supera la expectativa de vida tenida en cuenta por la AFP, se queda sin pensión de vejez durante los años posteriores. La modalidad de retiro programado con renta vitalicia, que combina las dos anteriores.

Pues bien, las demandadas AFP Protección S.A. y la AFP Porvenir S.A. en su alzada afirman que a la demandante se le brindó la información que para la época era jurídicamente pertinente en la medida que así se había confesado en los hechos de la demanda. En este aspecto, olvida la parte pasiva que según los planteamientos del introductor lo que se le cuestiona no fue precisamente la falta de información al momento de traslado sino la información insuficiente y parcializada.

Significa lo anterior, que de haber sido la información suministrada por las demandadas la única que se le ofreció a la demandante, con ello se tornaría suficiente para concluir, que efectivamente la información que recibió la parte actora fue insuficiente y sesgada al momento de hacer el traslado, porque, como se vio en el precedente jurisprudencial traído a colación, con ello queda al descubierto que para la fecha de la creación de las AFP, existían normas en el código civil y en el estatuto financiero que obligaban a los fondos a brindar una asesoría adecuada de cara a lo que consistía el nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad por lo menos en los puntos esbozados en líneas atrás.

Con todo, hay que indicar que como prueba del cumplimiento del deber de información y buen consejo, las AFP demandadas llamaron a declarar a su contraparte procesal, sin lograr con ello desvirtuar la escasa información recibida, pues la demandante nunca confesó que se le hubiera brindado una explicación pormenorizada de los pros y contras de su determinación de cambiar de régimen pensional, 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

o que se le hubiese realizado una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

De hecho, de la disertación realizada por la promotora de la litis, ésta únicamente aceptó que le llamó la atención las ventajas que le eran indicadas por los promotores de ambos fondos privados, al punto de considerar que todo ello era certero. Resaltó, que durante el traslado realizado del fondo público hacia Protección S.A (antes Colmena), la información suministrada fue muy poca; que recuerda haber retornado al ISS porque trabajó por espacio de dos años allí, y que a finales del 2004 fue nuevamente abordada por el fondo privado Porvenir S.A. (antes BBVA Horizonte) donde le dijeron varias de las ventajas del RAIS y que siempre se le dijo que las condiciones pensionales serían mejores.

Así mismo, con el otro elemento de prueba que esgrimen las AFP, esto es, los formularios de afiliación suscritos por la promotora de la litis (fls. 140 y 192, tomo I), tampoco se logra evidenciar la información que se le brindó a la afiliada.

Además, a juicio de esta colegiatura, por lo menos al demandante se le debió hacer un discernimiento mínimo de las limitantes que tenía el RAIS en contraste con el régimen de prima media, o viceversa, por lo que se le debió poner de presente – al menos de manera sucinta- esas situaciones antes de permitírsele el diligenciamiento del formulario, documento del que sólo se puede concluir que esa trascendental decisión se limitó a la suscripción de este.

Por lo anterior, razón tuvo la a-quo al concluir que en el presente asunto las demandadas no cumplieron con la carga de probar que cumplieron con el deber de información conforme a las normativas citadas, las cuales eran aplicables al momento en que se produjo el traslado de régimen de la demandante.

Ahora bien, respecto del cuestionamiento realizado por los voceros de los fondos de pensiones recurrentes, respecto a que probatoriamente se le estaba exigiendo una simulación de las mesadas como carga probatoria, tal reflexión resulta equivocada porque el actuar reprochado, como se indicó en líneas precedentes, lo constituyó la poca y parcializada información dada por las AFP's.

Además, respecto de los argumentos expuestos por el vocero judicial de Protección S.A y Porvenir S.A., resta decir que ha sido conteste la jurisprudencia en determinar que, en casos como el presente, en los que en la demanda se pretende la "nulidad" del traslado, pero de los fundamentos fácticos y jurídicos se desprenda que el propósito es el retorno al Régimen de Prima Media por el incumplimiento del

deber de información por parte de los asesores de una AFP; debe entenderse que la figura jurídica perseguida es la ineficacia y con ello, no se vulnera el ordenamiento jurídico adjetivo, al ser un deber de la administración de justicia, la interpretación del fin perseguido en el proceso más allá del formalismo de la literalidad de una acepción.

Aclarado lo anterior, frente a la orden de trasladar a Colpensiones los gastos de administración y los valores utilizados en seguros previsionales, lo cual reprochan los fondos privados 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, con cargo a sus propios recursos, 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, al igual que resulta viable la orden de reintegrar a Colpensiones, los valores utilizados en seguros previsionales y cuotas de garantía de pensión mínima, sumas todas que deben pagarse debidamente indexadas, tal y como fue ordenado por la A-quo.

No obstante, también hay que tener en cuenta que, en este caso en particular, de acuerdo con los formularios de afiliación de fols. 140 y 192, lo cual se corrobora no solo con lo indicado por la demandante sino también por lo reportado en el documento SIAF de folio 195, tomo II, la actora se trasladó en dos ocasiones al régimen de ahorro individual: El primero, tuvo lugar el 1-07-1995 cuando pasó del régimen público hacia Colmena hoy Protección S.A, regresando al ISS el 31-10-1999 y, el segundo, tuvo lugar el 10-12-2004 cuando se trasladó del ISS hacia Horizonte hoy Porvenir S.A., lo que implica que en este caso, la ineficacia habría de declararse respecto del traslado realizado a Porvenir S.A. más no frente a Protección S.A.

Significa lo anterior que se deberán modificar los ordinales primero, cuarto, quinto y séptimo de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido a que las órdenes y declaraciones allí impartidas lo serán exclusivamente respecto de Porvenir S.A, y en consecuencia, absolver de las pretensiones de la demanda a Protección en consideración a lo esbozado en el párrafo que antecede.

Así las cosas, se condenará en costas en esta instancia a favor de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A** y a cargo de la parte actora. Y, a su vez, se condenará en costas en esta instancia a **Porvenir S.A. y Colpensiones** a favor de la demandante al no haber prosperado los recursos de alzada.

En lo demás se confirmará la sentencia de primera instancia.

Finalmente, se reconocerá personería jurídica a la Dra. **Paula Andrea Murillo Betancur**, identificada con la Cédula de ciudadanía No. 1.088.307.467 de Pereira y Tarjeta profesional No. 305.746 del Consejo Superior de la Judicatura, quien allegó la sustitución de poder que le hiciera el Dr. José Octavio Zuluaga Rodríguez, apoderado especial de Colpensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira en el sentido de declarar únicamente la ineficacia del traslado de régimen de Prima media con prestación definida hacia el RAIS realizado el 10 de diciembre de 2004 ante **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER HOY PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: MODIFICAR los ordinales cuarto y quinto de la sentencia de primer grado en el sentido de disponer que las declaraciones y ordenes allí impartidas respecto de los fondos privados de pensiones, estarán dirigidas únicamente hacia **PORVENIR S.A.**

TERCERO: ABSOLVER a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.** de todas las pretensiones de la demanda, incluida la condena en costas de primera instancia.

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

QUINTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de instancia.

SEXTO: RECONOCER PERSONERÍA a la Dra. **Paula Andrea Murillo Betancur**, identificada con la Cédula de ciudadanía No. 1.088.307.467 de Pereira y Tarjeta profesional No. 305.746 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,



ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Sin necesidad de firma (Decreto 806 de 2020)

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
ACLARA Y SALVA PARCIALMENTE VOTO



GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO