

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso las partes presentaron alegatos de conclusión por escrito dentro del término establecido en el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Pereira, 26 de febrero de 2021

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

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

Radicación No.:	66001-31-05-002-2018-00391-01
Proceso:	Ordinario Laboral de primera instancia
Demandante:	Esperanza Romero Dávila
Demandado:	Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos
Juzgado:	Segundo Laboral del Circuito de Pereira

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

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, ocho (8) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Acta No. 34 del 4 de marzo de 2021

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral 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 VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Esperanza Romero Dávila** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, la **Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A.** y la **Administradora de Fondos Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas en contra de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral

del Circuito de Pereira. Asimismo, se revisará la providencia de primer grado de manera íntegra en virtud del grado jurisdiccional de consulta admitido en esta instancia. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. La demanda y su contestación

Solicita la demandante que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado mediante solicitud del 13 de julio de 1995, por medio de la cual migró del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), propiamente a Colmena hoy Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. En consecuencia, procura que se condene a PROTECCION S.A. a remitir la totalidad de los saldos, cotizaciones, y/o aportes, bonos pensionales junto con sus respectivos frutos e intereses como lo dispone el Artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a COLPENSIONES.

Así mismo solicita la actora que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado en el 13 de noviembre del año 2001, por medio del cual migró de AFP dentro del mismo Régimen de Ahorro Individual (RAIS) trasladándose de Protección SA., a la AFP Colfondos Pensiones y Cesantías. En consecuencia, procura que se condene a COLFONDOS a remitir la totalidad de los saldos, cotizaciones, y/o aportes, bonos pensionales, junto con sus respectivos frutos e intereses como lo dispone el Artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a COLPENSIONES.

Pretende que se condene a Colpensiones a recibir nuevamente a la señora ESPERANZA ROMERO DÀVILA como afiliada cotizante.

Por último, procura que se condene a las demandadas a cancelar las costas procesales correspondientes.

Para fundar tales pretensiones, manifiesta que nació el 13 de marzo de 1963 y el 8 de febrero de 1988 se afilió al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, administrado en ese entonces por el ISS, hoy Colpensiones; que el 13 de julio 1995, fue visitada por una asesora, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por "Protección S.A." y, frente a ello, recrimina que la asesora hubiera gestionado su traslado de régimen sin brindarle la debida y suficiente asesoría, por lo que considera que la información suministrada fue engañosa e incompleta.

En suma, refiere que la AFP Protección S.A., no le suministró un debido consentimiento informado, ni buen concejo en lo atinente al traslado; que tampoco le informó del plazo que tenía para retornar del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Relata que, con iguales argumentos a los ya relatados, Colfondos S.A. la convenció de trasladarse de AFP en el mes de noviembre del 2001, fondo donde aún permanece aportando.

De otro lado, rememora que el 04-04-2018, recibió respuesta ante solicitud efectuada ante Colpensiones para que le autorizaran su traslado, solicitud que le fue negada bajo los siguientes términos: *"No es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto la información indica que se encuentra a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse"*

Y, por último, manifiesta que, si hubiera permanecido en el régimen de prima media administrado por Colpensiones, la prestación al momento de cumplir los 57 años sería de \$1,537.128; mientras que la mesada pensional en el RAIS sería de \$781.242.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, al contestar arguyó que el acto jurídico por medio del cual se trasladó lo hizo conforme a derecho; que la decisión fue tomada por la demandante de manera libre y espontánea al acogerse al RAIS. En esa medida, se opuso a la prosperidad de las pretensiones e invocó como excepciones de mérito las denominadas *"Validez de la afiliación al RAIS"*, *"Carga de la prueba a instancia de la parte actora"*, *"saneamiento de la eventual nulidad"*, *"Prescripción"*, *"imposibilidad de condena en costas"* y *"la Genérica"*.

Luego la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A.** señaló que al suscribirse la solicitud de vinculación de la demandante al régimen privado la realizó de forma legal, en la medida en que la actora suscribió solicitud de manera libre, espontánea y sin presiones. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las siguientes: *"La Genérica o Innominada"*, *"Prescripción"*, *"Buena fe"*, *"Compensación"*, *"exoneración de condena en costas"*, *"inexistencia de la obligación"*, *"falta de causa para pedir"*, *"falta de legitimación en la causa y/ o ausencia de personería sustantiva por pasiva de Protección"*, *"Inexistencia de la*

fuerza de obligación”, “inexistencia de causa por inexistencia de oportunidades”, “Ausencia de perjuicios morales, materiales y rogados” “Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”.

Igualmente, **COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías**, señaló que el acto que dio lugar al traslado de la demandante desde la AFP Protección, se realizó conforme a la ley, en la medida en que recibió información real, fidedigna y oportuna acerca de las características propias del RAIS, sus diferencias frente al RPM y las existentes respecto al portafolio de servicios ofrecidos. De este modo se opone a las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones de mérito: *“La Validez de afiliación al RAIS”, “inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Saneamiento de la eventual nulidad relativa”, “prescripción”, “Buena Fe” y la “Innominada o genérica”.*

2. Sentencia de primera instancia

La *A-quo* al resolver la litis, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante hacia **Protección S.A.**, el 13-07-1995, disponiendo que para todos los efectos legales la actora siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, conforme a ello, condenó a **Colfondos S.A.** a trasladar hacia Colpensiones la totalidad del capital ahorrado por la señora Esperanza Romero Dávila con sus respectivos rendimientos financieros al igual que el bono pensional en caso de existir. Así mismo, condenó a las AFP **Protección S.A.** y **Colfondos S.A.** a realizar la devolución a Colpensiones de los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y de seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades debidamente indexados por el tiempo que tuvieron como afiliada a la actora.

Finalmente, se condenó en costas procesales a Protección S.A. en un 80% y el 20% restante a cargo de Colfondos S.A., a favor de la parte demandante.

Para llegar a tal determinación la A-quo, se apoyó en múltiples precedentes jurisprudenciales que emanan de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia y consideró que las pruebas obrantes en el proceso, no prueban que la accionante haya recibido la información, suficiente, clara, comprensible y veraz para tomar la decisión de pasarse al Régimen de ahorro individual.

De igual forma, frente al formulario de afiliación arrojado como prueba, indicó que la simple firma de tal documento en el que se consigna que la elección es libre

y voluntaria, no es suficiente para dar por demostrado el deber de información, sino que solo demuestra el consentimiento más no que el mismo fuera informado.

En ese entendido, estableció que teniendo presente que la AFP demandada no aportó las pruebas que acreditaran el cumplimiento del deber de información para el debido traslado de la demandante, no había otro camino que tener por demostrado que se incumplió con el deber que le asistía a Protección S.A y en ese entendido el traslado al ser ineficaz no producía ningún efecto.

3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta

La apoderada judicial de **Protección S.A.** atacó la sentencia arguyendo que para la época en que se surtió el traslado solo existía el deber de información básico, el cual fue brindado en la asesoría y que, además, los asesores con que contaban eran capacitados para informar adecuadamente a los potenciales afiliados y para resolver los interrogantes e inquietudes que surgieran al respecto. Agrega que para el caso, se debió tener presente que para la época del traslado (año 1995) solo existía la obligatoriedad del formulario suscrito donde se plasmaba la voluntad de permanecer afiliada a Protección y que, en tal caso, la demandante había reconocido que firmó libremente y sin presiones el formulario de afiliación, lo que implica que no se le obligó para que se trasladara, además que el interés actual de esta era netamente económico por considerar inconveniente la mesada inferior que le ofrece el fondo privado.

Finalmente, aduce que se viola el artículo 1746 del Código Civil toda vez que se estaba desconociendo su contenido porque si los efectos de la nulidad o ineficacia era entender que la demandante nunca estuvo vinculada a la AFP Protección, ello mismo significaba que los frutos civiles que se causaron a su favor tampoco existieron y por ende, no tiene derecho a la contraprestación y, de igual forma, se debía de entender que las cuotas de administración nunca se generaron.

Colfondos en su alzada, señaló que la demandante al rendir interrogatorio ocultó la verdad; que dicha AFP siempre actuó de buena fe y que, al no haber sido Colfondos quien realizó el traslado de régimen, en esa medida no debió ser condenada en costas, como tampoco se debió ordenar el traslado a Colpensiones de los gastos de administración por cuanto ello constituye un enriquecimiento sin causa a favor de aquél.

Finalmente, **Colpensiones** reitera en su apelación que el traslado de la demandante al RAIS se hizo con el lleno de los requisitos legales, en pleno uso de sus facultades mentales, y gozando de libertad de elegir el fondo de pensiones de su preferencia como se puede corroborar con el formulario de afiliación, según el cual se produjo de manera libre, voluntaria, espontánea y sin presiones.

Finalmente, como quiera que la decisión de primer grado fue desfavorable a los intereses de Colpensiones, en esta instancia se admitió el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad.

4. Alegatos de conclusión

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

5. Problemas jurídicos por resolver

De acuerdo a los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia, los fundamentos de 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 las AFP´s demandadas, la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.

vi) Establecer si es dable ordenar la devolución de las cuotas de administración y rendimientos a Colpensiones.

vii) Establecer si hay lugar a exonerar en costas a los fondos de pensiones del RAIS.

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.

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.

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

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

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 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>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.º 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

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

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

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

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

Igual cosa se ha predicado de las reasesorías posteriores dadas al interior de las AFP, las cuales tampoco convalidan el traslado, como quedó dicho en la citada sentencia del 8 de mayo de 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. "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 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.

⁴ Ibídem

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

"Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, lo cual trae como consecuencia, que la accionante jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que Colfondos S.A. deberá devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, aspecto sobre el cual ya la Sala se ha pronunciado en oportunidades anteriores, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, ..."

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

Finalmente, 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 la AFP demandada la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen. Y, en caso positivo se entrará a definir si cuando se declara la ineficacia del traslado, hay lugar en condenar en costas a la AFP.

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 información clara y precisa, que ha debido brindarle las A.F.P. a la parte actora en orden a conocer las condiciones y consecuencias de migración de régimen.

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

Así pues, la negligencia en que eventualmente incurren tales administradoras de pensiones, al no suministrar la información adecuada y precisa al afiliado, recaerá en la eficacia del acto, dado que con la omisión o la defectuosa información se ha inducido en error a la afectada(o). 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 sucesora en un caso dado.
- vii) El hecho de que el afiliado es el único titular de la cuenta de ahorro individual en contraste con el fondo público cuyos ahorros hacen parte de un fondo común.
- viii) Los rendimientos financieros que le generen sus aportes abonados sobre el saldo de su cuenta de ahorro individual; y,
- ix) La posibilidad de seleccionar entre variadas modalidades de pensión, cuya ilustración resultaba vital, pues debió advertírsele en qué consistía cada una, así: La modalidad de renta vitalicia inmediata, la cual le quita la posibilidad de que los saldos de su cuenta de ahorro individual se conviertan en masa sucesoral, pero le garantiza una pensión de por vida. La modalidad de *retiro programado* la cual tiene la desventaja de que una vez se termine el saldo en la cuenta de ahorro individual, si supera la expectativa de vida tenida en cuenta por la AFP, se queda sin pensión de vejez durante los años posteriores. La modalidad de retiro programado con renta vitalicia, que combina las dos anteriores.

Pues bien, en el presente asunto las AFP´s Colfondos S.A. y Protección S.A. afirman en su alzada que brindaron la información que era jurídicamente pertinente sin que precise en qué consistió la misma. Dicho aspecto, se tornaría suficiente para concluir, que efectivamente la información que recibió la parte actora fue insuficiente y sesgada al momento de hacer el traslado, tal y como se afirmó en la demanda y, como se vio en el precedente jurisprudencial ya citado en precedencia.

De hecho, los citados precedentes dejan al descubierto que, para la fecha de la creación de las AFP, existían normas en el código civil y en el estatuto financiero que obligaban a los fondos a brindar una asesoría adecuada de cara a lo que consistía el nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad por lo menos en los puntos esbozados en líneas atrás.

Con todo, hay que indicar que como prueba del cumplimiento del deber de información y buen consejo, las AFP demandadas llamaron a declarar a su contraparte procesal, de cuya intervención, en definitiva no lograron desvirtuar la escasa o sesgada información recibida, según los hechos de la demanda, además porque la parte demandante tampoco confesó que se le hubiera brindado una explicación pormenorizada de los pros y contras de su determinación, ni tampoco que se le hubiera indicado en qué momento alcanzaría su prestación en caso de continuar devengando el salario que percibía en ese entonces. Así mismo, con el otro elemento de prueba que se esgrime por las AFP´s, esto es, el formulario de afiliación suscrito por el (la) promotor(a) de la litis, tampoco se logra evidenciar la información que se le brindó al afiliado(a).

Además, a juicio de esta colegiatura, por lo menos a la demandante se le debió hacer un discernimiento mínimo de las limitantes que tenía el RAIS en contraste con el régimen de prima media, o viceversa, por lo que se le debió poner de presente –al menos de manera sucinta- esas situaciones antes de permitirle diligenciar el formulario de vinculación; no obstante, la prueba documental sólo permite concluir que esa trascendental decisión se limitó a la suscripción del aludido documento.

Por lo anterior, razón tuvo la a-quo al concluir que en el presente asunto 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 parte demandante, sin que tampoco se pueda decir que existió una convalidación del traslado inicial por el solo

traslado entre AFP's, pues se itera, conforme a la jurisprudencia traída a colación, dichos traslados o incluso, las reasesorías posteriores dadas al interior de las AFP, de manera alguna convalidan el traslado inicial de régimen pensional.

Finalmente, y también por virtud del grado jurisdiccional de consulta, es necesario adicionar el ordinal **primero** de la parte resolutive de la sentencia por las siguientes razones: En la sentencia de primer grado se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la demandante a la Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A., el 13 de julio de 1995. No obstante, y a pesar de que esta ineficacia deja sin efectos la segunda afiliación que hizo a la Administradora de Fondo de Pensiones Colfondos S.A., el 13 de noviembre de 2001, para claridad del asunto y para dar las órdenes pertinentes, es necesario declarar tal cosa.

En cuanto a la devolución de las cuotas de administración y rendimientos financieros, 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, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, cancelados por la 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. El mismo razonamiento es válido con relación a las comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y de seguros previsionales, los cuales también se deben trasladar a COLPENSIONES, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados por el tiempo que tuvieron como afiliada a la actora. De manera que en tal sentido se confirmará la sentencia de primera instancia.

De otro lado, respecto a la solicitud de la AFP Colfondos direccionada a que no se le condene en costas procesales bajo el argumento de haber actuado de buena fe y que además no fue quien realizó el traslado de régimen, frente a ello, hay que indicar que si bien es cierto, conforme lo faculta el artículo 365 del CGP, hay lugar a condenar en costas a quien resulta vencido en la contienda, también lo es, que no habría lugar a condenar en costas de primera instancia a la AFP Colfondos S.A., en la medida que el actuar negligente frente al cambio de régimen pensional únicamente vincula a su homóloga Protección S.A, razón por la cual se accederá a tal petición.

Así, se modificará parcialmente el numeral 5 de la parte resolutive de la sentencia objeto de recursos en el sentido de eximir a la AFP Colfondos S.A. de la

condena en costas de primera instancia. En lo restante se confirmará la sentencia de primera instancia.

Las costas en esta instancia correrán a cargo de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, y Colpensiones** al no haber prosperado los recursos de alzada. Sin condena en costas en contra de Colfondos S.A. por salir avante parcialmente su recurso.

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: ADICIONAR a ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, en el sentido en que se DEJA SIN EFECTOS la afiliación realizada el 13-11-2001 a la AFP COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral 5to de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **EXIMIR** de la condena en costas de primera instancia a la AFP COLFONDOS S.A., por las razones expuestas en precedencia.

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

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

QUINTO: 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

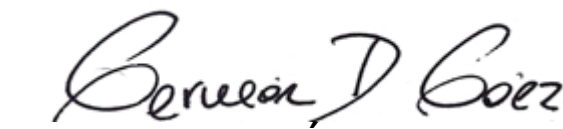
La Magistrada ponente,



ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Sin necesidad de firma (Decreto 806 de 2020)
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
Aclara voto



GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO