

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso las partes presentaron por escrito los alegatos de conclusión 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, 25 de marzo 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.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00101-01
Proceso: Ordinario laboral
Demandante: Patricia Chaguala Rodríguez
Demandado: Colpensiones, Colfondos S.A. y Protección S.A.
Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira
Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISION LABORAL PRESIDIDA POR LA
MAGISTRADA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, cinco (5) de abril dos mil veintiuno (2021)

Acta No. 47 del 25 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 Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón -integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO-, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado **Patricia Chaguala Rodríguez** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y las Administradoras de Fondos de Pensiones Colfondos S.A. y Protección S.A.**

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las entidades demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 3 de septiembre de 2020. Igualmente, se revisará la decisión de primer grado en sede de consulta al haber sido adversa a los intereses de Colpensiones. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. La demanda y su contestación

Solicita la demandante que se declare la nulidad y/o la ineficacia del traslado celebrado el 6 de abril del 2000 ante la AFP Colfondos S.A., determinándose que es válida, vigente y sin solución de continuidad su afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Como consecuencia de lo anterior, pide que se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes que efectuó al régimen de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos, así como la diferencia existente entre los aportes que realizó Colfondos y los que debía realizar a Colpensiones.

Asimismo, solicita que se ordene a Colpensiones que reciba de Colfondos sus aportes y, finalmente, pretende que se condene a las entidades demandadas al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Para fundar tales pretensiones, manifiesta que nació el 12 de agosto de 1959 y que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde el 9 de enero de 1978.

Agrega que suscribió formulario de afiliación a la AFP Colfondos el 6 de junio de 2000, fecha en la que tenía 40 años de edad y 522.86 semanas cotizadas en el sistema general de seguridad social; precisando que en ese momento laboraba en la Hacienda Quimbaya y devengaba \$1.069.000.

Afirma que su traslado de régimen obedeció a la asesoría recibida por parte de la persona que se encargó de realizar el trámite de vinculación a Colfondos S.A., quien le manifestó que Instituto del Seguro Social estaba en riesgo de ser liquidado y que sus

aportes se perderían, asegurándole además que en el fondo privado se pensionaría a cualquier edad. tampoco le informó su derecho a regresar al régimen de prima media antes de que faltaren 10 años para adquirir su derecho pensional

Considera que Colfondos S.A. incumplió con su deber de información y buen consejo, pues no le indicó la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, o con qué IBC debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada, ni tampoco realizó un estudio escrito previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que acarrearía trasladarse de régimen, ni tampoco le puso en conocimiento la diferencia de la mesada pensional entre uno y otro régimen.

Por lo anterior, estima que fue inducida a error al no recibir la información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta respecto a las consecuencias legales y económicas que tendría su cambio de régimen pensional, que le permitiera tomar una decisión consciente, conociendo las desventajas que acarrearía tal traslado, pues no tenía el conocimiento matemático, financiero y mucho menos legal que le permitiera calcular los perjuicios económicos y las consecuencias jurídicas ocasionadas con el traslado efectuado a un fondo privado.

Refiere que actualmente cuenta con 1638 semanas en su historial laboral y que el 14 de diciembre del 2016 solicitó el traslado ante Colpensiones, entidad que le manifestó que no era procedente anular la afiliación. Asimismo, la AFP Colfondos S.A. le manifestó que no era procedente acceder favorablemente a dicho pedido.

Sostiene que el 10 de abril del 2017 presentó derecho de petición ante Colfondos S.A. con el fin de que se realizara la proyección de su mesada pensional, frente a lo cual se le manifestó que su capital era insuficiente y que podía preguntar por la opción de pensión de garantía mínima o devolución de saldos.

Por último, señala que al efectuar el cálculo del ingreso base de liquidación, con las cotizaciones efectuadas en los últimos 10 años y a la fecha de cumplimiento de la edad, el mismo asciende a la suma de \$1.987.172.

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones manifestando que las circunstancias de hecho y de derecho aducidas por la parte actora no se produjeron como aparecen en la demanda y carecen de sustento factico y legal. Agregó que la

demandante hizo uso de su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, suscribiendo un formulario de afiliación fechado el 6 de abril de 2000, con traslado efectivo el 01 de septiembre de 2000 al RAIS - AFP Colfondos.

Alega que de conformidad con el literal e, Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la accionante no puede trasladarse de régimen pensional por cuanto su solicitud de traslado al RPMD la elevó en el año 2014, esto es, a dos años de cumplir la edad exigida. En ese orden de ideas, propuso las excepciones denominadas "*Inexistencia de la obligación*", "*Prescripción*"; "*Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal*", "*Buena fe*" e "*Imposibilidad de condena en costas*".

Colfondos S.A. señaló que el acto jurídico que dio lugar a la vinculación de actora a dicho fondo de pensiones, suscrito el 11 de julio de 2000, se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría respecto a todas las implicaciones de su decisión, tal como lo hizo constar al imponer su firma en la casilla correspondiente dentro del formulario de afiliación; sin que existan vicios de consentimiento que invaliden su decisión de afiliarse a Colfondos.

Aclaró que la señora Chaguala Rodríguez se trasladó de régimen cuando suscribió el formulario de afiliación a la AFP COLMENA (luego, ING, hoy PROTECCION), el 1º de marzo de 1997, cuya efectividad comenzó el 1º de mayo de 1997, y que para el 1 de julio de 2000 la gestora de la litis suscribió formulario ante Colfondos, como traslado de ING. Dicho traslado surtió efecto a partir del 1 de septiembre de 2000, tal y como consta en la historia de vinculaciones.

En virtud de lo anterior, esgrimió como excepciones perentorias las que denominó "*Validez de la afiliación a Colfondos e inexistencia de vicios en el consentimiento*"; "*Saneamiento del eventual vicio del consentimiento*"; "*Prescripción*" y "*buena fe*".

Una vez vinculada a la litis, **Protección S.A.** señaló que la solicitud de vinculación de la demandante al régimen privado se 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: "*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 fuente de obligación", "inexistencia de causa por inexistencia de la oportunidad", "Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio" y "Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado".

2. Sentencia de primera instancia

La Jueza de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación de la señora Patricia Chaguala Rodríguez a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Colfondos S.A. el 1º de marzo de 1997 y el 11 de julio de 2000, respectivamente. Asimismo, declaró que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a Colfondos S.A. a que efectúe el traslado a Colpensiones de la totalidad del capital existente en la cuenta individual de la accionante, con sus correspondientes rendimientos financieros.

Por otra parte, condenó a Protección S.A. y a Colfondos 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 señora Chaguala Rodríguez con dichas AFP, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados. Igualmente, condenó a esas sociedades a realizar la devolución a Colpensiones del bono pensional, en caso de que exista, así como de las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales generados en el lapso en que estuvo vigente la afiliación con dichas AFP, debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos.

Por otra parte, ordenó a Colpensiones tener como vinculada a la demandante, sin solución de continuidad, al régimen de prima media con prestación definida, y condenó en costas procesales en un 100% a favor de la demandante, correspondiéndole asumir el 50% a Colfondos S.A y el otro 50% a Protección S.A.

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 arrimado 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 las AFP demandadas no aportaron 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 les asistía y, en ese entendido, el traslado al ser ineficaz no producía ningún efecto, incluidos el traslado realizado por la actora dentro del RAIS.

3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta

La apoderada judicial **Colfondos** expresó su inconformidad en lo relacionado con la devolución de los gastos de administración, aduciendo que los mismos tenían origen legal por la buena gestión que adelantó ese fondo, en los términos del artículo 1746 del C.C., la cual se vio reflejada en los rendimientos recibidos por la demandante; por lo que ordenar el traslado de estos rubros implicaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, además de que afectaría la estabilidad financiera del sistema.

Por su parte, la togada de **Protección S.A.** atacó la sentencia arguyendo que no había lugar a ordenar la devolución de los gastos de administración ni de los pagos por seguros previsionales, dado que los mismos estuvieron destinados a sufragar la nómina de personal, agentes de bolsa y demás gastos administrativos, los cuales fueron usufructuados por la demandante por la labor eficiente de ese fondo, viéndose afectada la estabilidad financiera del sistema dado que dicha entidad actuó bajo los parámetros del Acto Legislativo 01 de 2005.

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.

Agregó que, por disposición legal, la demandante no podía retornar al RAIS al faltarle menos de 10 años para acceder al derecho pensional; aunado al hecho de que no fue beneficiaria del régimen de transición, que el motivo que la llevaba a solicitar la ineficacia era en realidad un interés económico, y de que dicha entidad no participó en la afiliación que se declarada ineficaz.

Atendiendo lo establecido el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la seguridad social, se dispuso la revisión íntegra de la decisión en sede jurisdiccional de consulta, dado que la misma fue adversa a los intereses de Colpensiones.

4. Alegatos de Conclusión/Concepto del Ministerio Público

Analizados los alegatos presentados por Colpensiones, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con los problemas jurídicos que se expresan a continuación. Por otra parte, el Ministerio Público no conceptúo en este asunto.

5. Problemas jurídicos por resolver

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

i) Establecer si para el momento en que la parte actora efectuó el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, existía normatividad vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al potencial afiliado información suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen.

ii) Definir si para dar por cumplido el deber de información de las AFP es suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación.

iii) Determinar la carga probatoria que les corresponde a cada una de las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales.

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

v) Establecer si el movimiento de los afiliados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad convalida el traslado inicial efectuado desde el RPM hacia el RAIS.

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

vii) Definir si en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, es dable ordenar la devolución de otros valores por parte de las AFP's demandadas, 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.

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

4) En numerosas sentencias del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, se ha establecido que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que el traslado de régimen pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica o con la suscripción de un formato; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones "dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito."

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

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

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

Ahora bien, respecto del deber de información en su inicio, vale la pena citar la sentencia del 8 de mayo de 2019 SL 1688-2019, Radicado 68838, con Ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se hace un didáctico recuento histórico de las normas que rigen la actividad de los Fondos de Pensiones privados, dividiéndolo en 3 etapas,

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen

consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Con lo dicho precedentemente queda resuelto el primer problema jurídico.

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

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

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

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

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

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

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

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de

la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

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

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

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

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

⁴ Ibídem

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

Finalmente, el resto de los problemas jurídicos se analizarán al evaluar el acervo probatorio del caso concreto, esto es, se estudiará si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de las AFP´s demandadas la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.

6.6. Caso concreto

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

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

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

En realidad, la AFP tendría que haber dado, como mínimo, 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, en el presente asunto la AFP Protección S.A. afirma en la contestación de la demanda que brindó la información que era jurídicamente pertinente sin que precise en qué consistió la misma. Dicho aspecto, se tornaría suficiente para concluir, que efectivamente la información que recibió la parte actora fue insuficiente y sesgada al momento de hacer el traslado, tal y como se afirmó en la demanda y, como se vio en el precedente jurisprudencial citado en precedencia.

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

Con todo, hay que indicar que como prueba del cumplimiento del deber de información y buen consejo, la AFP demandada llamó a declarar a su contraparte procesal, de cuya intervención, en definitiva no se logró 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, tal como lo concluyó la A-quo. Así mismo, con el otro elemento de prueba que se esgrime por las AFP, esto es, el formulario de afiliación suscrito por la promotora de la litis, tampoco se logra evidenciar la información que se le brindó al afiliada.

Frente a lo anterior, 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 acreditaron la carga de probar que se cumplió con el deber de información conforme a las normativas citadas, las cuales eran aplicables al momento en que se produjo el traslado de régimen de la parte demandante.

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

Ahora, frente al argumento de Colpensiones respecto a que era improcedente permitir que la demandante se trasladara hacia dicha entidad al faltarle menos de diez años para lograr la edad mínima pensional, basta mencionar que uno de los efectos de la ineficacia es que justamente las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido y, en este caso, dicha declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, conlleva al regreso automático de la demandante al

régimen solidario de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, del cual ya hacía parte la demandante.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primer grado en su integridad.

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

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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito del 3 de septiembre de 2020, en su integridad.

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

TERCERO: 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,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Sin necesidad de firma (Decreto 806 de 2020)

Aclara voto



GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO