

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso las partes presentaron los 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, 23 de abril 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.: 66001310500120180049900
Proceso: Ordinario laboral
Demandante: Jacqueline Mojica Pacheco
Demandado: Protección S.A. y otros
Juzgado de origen: Primero 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, tres (3) de mayo dos mil veintiuno (2021)

Acta No. 65 del 29 de abril 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 por **Jacqueline Mojica Pacheco**, en contra de la **AFP Protección S.A.** y la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones –**

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la apoderada judicial de la parte actora, en contra de la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2020, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. La demanda y su contestación

Solicita la demandante se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por Protección S.A. y en tal virtud, se le ordene a esta a trasladar a Colpensiones sus cotizaciones y, a esta última a recibirla nuevamente como afiliada, condenando en las costas.

Para fundar tales pretensiones, informa que nació el 08-05-1965, afiliándose al régimen de prima media administrado por el ISS -hoy Colpensiones-, en abril de 1983, entidad donde cotizó hasta 1995, en virtud del traslado de régimen que hizo ese año a la AFP Protección S.A.

Agrega que para la época en que empezó a cotizar con la AFP PROTECCIÓN, jamás recibió asesoría alguna por parte de esa entidad para el traslado de régimen pensional y que actualmente tiene en el RAIS un total de 1278 semanas cotizadas y un capital acumulado de \$158.195.658 pesos, que según proyecciones le alcanza para financiar una pensión de \$1.535.498 a los 57 años de edad, mientras que en COLPENSIONES tendría derecho a una pensión de \$3.056.115.

Colpensiones aceptó los hechos relativos a la vinculación que tuvo la actora al régimen de prima media y su traslado al RAIS; la negativa de aceptar el traslado por faltarle menos de diez años para la edad mínima pensional. Se opone a las pretensiones arguyendo

que el traslado de régimen es válido y excepciona: "Inexistencia de la obligación demandada" y "prescripción"

Protección S.A., por su parte, al contestar aceptó la vinculación que la actora tiene al RAIS, los aportes realizados y las respuestas otorgadas por la AFP a sus peticiones y advirtió que desde la fecha de su afiliación a la AFP el 1° de octubre de 1995, la actora ha permanecido cotizando de manera continua en dicho fondo, aunado a que la demandante es ejecutiva comercial de la misma AFP, por lo que ha sido ampliamente capacitada sobre pensión obligatoria de lo que es fácil colegir que sí tenía el conocimiento respecto de ambos régimen de ahorro individual, pero además fue reasesorada al llegar a los 47 años de edad e informada de la inconveniencia de continuar en el régimen de ahorro individual, no obstante la actora decidió permanecer en este régimen en lugar de trasladarse a prima media. Adicionalmente, no es cierto que tenga \$158.195.658 pesos en su cuenta de ahorro individual, sino \$222.242.766. Por estas razones, se opuso a las pretensiones y propuso como medios exceptivos "prescripción", "validez y eficacia del traslado al RAIS", "buena fe y confianza legítima", "compensación" y la "innominada o genérica".

2. Sentencia de primera instancia

La jueza de primer grado declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación demandada propuesta por COLPENSIONES y de validez y eficacia del traslado al RAIS propuesta por Protección S.A. y en tal virtud absolvió de las pretensiones a las demandadas y condenó en costas a la demandante. Para arribar a tal determinación, indicó:

Empezó por señalar que en este caso la anulación del traslado se solicita por la aparente falta de información al momento del traslado, de modo que la jurisprudencia aplicable enseña que el asunto debía abordarse desde la perspectiva de la ineficacia del traslado por falta de información.

Seguidamente indicó que, para la validez del acto de traslado de régimen, las AFPs tienen la carga de demostrar que le transmitió al afiliado clara, cierta, comprensible y

oportunamente, las características, condiciones, beneficios y diferencias entre los dos regímenes, además de los riesgos y consecuencias del cambio de régimen, lo que le impone el deber de presentar toda la verdad objetiva de los regímenes sin sobredimensionar ni subvalorar los beneficios de ambos regímenes.

Explicó igualmente, que la manifestación de que la elección de régimen fue libre y voluntaria no es prueba suficiente del cumplimiento del deber de información, ya que es una expresión que se hace de manera genérica en todas las proformas de afiliación y está vaciada de carga demostrativa en cuanto al cumplimiento del deber de información.

Con sustento en las anteriores premisas, concluyó que la afiliada tuvo información mayor a la que recibe cualquiera otro usuario normal que en ese tiempo se afiliaban o trasladaban de régimen, en la medida que producto de su capacitación como asesora comercial tenía información veraz sobre las características de ambos regímenes; además aceptó que sabía que la financiación de la pensión dependía de la conformación del capital suficiente para ello, incluso sabía que dichos ahorros debían generar rendimientos para ampliar su ahorro y sabía que estos rendimientos estaban sometidos a las variaciones o volatilidad de los mercados y dio muestras de conocer con detalle las diferencias entre un régimen y otro, de manera que tenía información suficiente para entender las consecuencias del acto de traslado y era la información que utilizaba para conseguir la afiliación de nuevos usuarios.

En todo caso, indicó, la demandante no es una afiliada común y corriente, es una empleada de un fondo de pensiones que laboró en diferentes cargos importante, incluso de dirección, y que hacía acompañamiento a la parte operativa de pensiones, aunado a que recibió una reasesoría en la que le indicaron que era más conveniente el traslado al régimen de prima media, a lo cual no accedió ante el riesgo de no poder continuar cotizando para tener un IBL alto, pues nadie podía asegurarle que continuaría laborando sin interrupciones hasta la edad mínima de pensión y en el RAIS ya tenía una pensión asegurada con el capital ahorrado hasta la fecha de la reasesoría.

3. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante se opuso al fallo de primera instancia, al considerar que la AFP demandada no había cumplido con la carga de acreditar el cumplimiento del deber de información, pues ni siquiera trajo al proceso prueba documental del contenido de la asesoría que derivó en el traslado de su clienta y por tanto no se pudo establecer si esta fue informada de las diferencias entre regímenes y de las consecuencias del acto de traslado; además, pudo recordar la demandante en su interrogatorio, que todo apunta a que la información que motivó su traslado fue sesgada y equivocada y de ello no se ocupó la jueza de primera instancia en su fallo, por lo que pide que en sede de apelaciones se revoque la decisión y en su defecto se acceda al pedido de la demanda.

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 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:

1. 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.

2. Definir si para dar por cumplido el deber de información de las AFP es suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación.
3. Determinar la carga probatoria que les corresponde a cada una de las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales.
4. Analizar si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de la AFP demandada la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen, atendiendo la circunstancia especial de que ella fue empleada de dicha AFP.

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 creación⁴”

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 19935, norma en la que se destaca la importancia de los principios de debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.

2) Adicionalmente, se tiene previsto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

3) Dispone el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores y servidores públicos que se trasladen por primera vez del RPM al RAIS deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.

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

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

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

Ello así, también ha dicho el órgano de cierre de la especialidad laboral, que las AFPs demandadas se encuentran en una situación de ventaja que les permite aportar las

evidencias respecto a si se le brindó al afiliado la información cierta, suficiente, comprensible y oportuna a la hora de convencerlo de trasladarse de régimen.

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

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

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	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	<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>	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015	<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”.

6.3. "El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado" 6

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

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

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

(...)

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca

de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

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

Tal como se dijo en precedencia, el tema de la suscripción del formulario de traslado como única prueba para desvirtuar la negligencia en la remisión de información al afiliado, ha sido analizado en múltiples fallos de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, de cuyo contenido queda claro además que la 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

6.6. Caso concreto

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

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

Así pues, la negligencia en que eventualmente incurren tales administradoras de pensiones, al no suministrar la información adecuada y precisa al(a) afiliado(a), recaerá en la eficacia del acto, dado que con la omisión o la defectuosa información se ha inducido en error al afectado(a). En asuntos similares al presente, esta Sala, con ponencia de quien aquí cumple igual encargo, ha precisado que la AFP tiene el deber mínimo de demostrar que el afiliado trasladado recibió por lo menos 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)* 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, bajo la figura de la garantía de pensión mínima, *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 y la modalidad de retiro programado con renta vitalicia, que combina las dos anteriores.

Pues bien, en el presente asunto la AFP demandada afirma en su contestación que brindó la asesoría con personal capacitado, es decir, que brindó información seria y veraz que para la época era jurídicamente pertinente a la parte demandante sin que se precise en qué consistió la misma. Ello sería suficiente para concluir, que efectivamente la información

que recibió la parte actora fue insuficiente y sesgada al momento de hacer el traslado, pues como se vio en el precedente jurisprudencial, para la fecha de la creación de las AFP existían normas en el código civil y en el estatuto financiero que obligaban a los fondos a brindar una asesoría adecuada de cara a lo que consistía el nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad por lo menos en los puntos que se acaban de esbozar.

Con todo, hay que indicar que, como prueba del cumplimiento del deber de información y buen consejo, la AFP demandada (Porvenir S.A.) llamó a declarar a su contraparte procesal, quien en su declaración dijo lo siguiente:

Que era profesional en mercadeo, actualmente independiente, laboró para la AFP Protección del 24 de agosto de 1995 al 10 de abril de 2019, en diferentes cargos: como directora de servicios especiales, directora de cesantías, analista comercial y ejecutiva de asistencia empresarial.

Reconoció que la AFP demandada, que era su empleadora al momento del traslado, le brindaba capacitaciones a los asesores encargados de las afiliaciones y que cuando ella se trasladó, a su juicio no le dieron la asesoría completa, que incluso le dijeron que podía pensionarme en ese mismo momento, pero no le dieron información pertinente, como la diferencia entre los dos regímenes, por lo que se trasladó ya que le informaron que podía trasladarse y que el ISS se iba a acabar. Seguidamente manifestó que conocía la figura de devolución de saldos y excedentes disponibles, y que no se pensionó en el momento del traslado, porque para esa fecha tan solo tenía 30 años y como tenía trabajo no lo vio necesario. Luego reconoció que, por la naturaleza de su trabajo y por su experiencia en el gremio de las pensiones, conoció las características del régimen, dijo: "*conocí la información como se la daban a las personas*". Igualmente reconoció que recibió una reasesoría cuando tenía 46 años, el 09 de septiembre de 2011, en la que le explicaron que le resultaba más conveniente trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero no lo hizo por el riesgo de no poder hacer buenos aportes a Colpensiones después de su traslado, ya que sabía, por la información que le habían dado, que su IBL dependía del monto de la cotización y por tanto de la certeza de un trabajo estable: "*no me trasladé porque era*

incierto la posibilidad de continuar laborando en los años siguientes a la reasesoría”, indicó. Reconoció igualmente que entendía que tenía una fecha límite para trasladarse y sabía que para pensionarse en el RAIS debía tener un monto específico en su cuenta de ahorro individual, pero no sabía el monto exacto, el cual solo vino a conocer hace muy poco, con la información que le dio Colpensiones en el trámite del traslado. Finalmente señaló que empezó en el cargo de asesora comercial, y que tenía la idea de las características generales del funcionamiento del RAIS, pero en las capacitaciones nada se le dijo acerca del monto del capital necesario para financiar una pensión, incluso ahora esa información no se les da a los asesores. Asimismo, dio muestras de entender que los rendimientos de los bonos aumentan el monto de la cuenta de ahorro individual y dijo que nunca se había trasladado, a pesar de esos conocimientos por el compromiso y la lealtad con el empleador.

Del contenido del interrogatorio, se desprende con facilidad que la actora tenía el suficiente conocimiento sobre las implicaciones del traslado de régimen, pues como ella misma lo reconoció, había sido capacitada para el cargo de asesora comercial, al cual accedió meses antes del traslado, y su conocimiento no era sesgado o equivocado como lo insinúa la apelante en el recurso, pues hizo una exposición detallada sobre las características de uno y otro régimen, explicando por ejemplo, que la mesada en el RAIS dependía del monto de su ahorro y reconociendo conceptos jurídicos de los que solamente puede hablar alguien versado sobre el tema, así por ejemplo, se refirió a conceptos de difícil definición como rendimiento financiero, bono pensional, IBL, RAIS, Régimen de Prima Media, etc.

Aunque se ha dicho que la reasesoría no sana los vicios del acto de traslado de régimen, en este caso es evidente que la actora estaba bien informada de los riesgos de retornar al ISS, pues no podía para ese momento anticipar si conservaría su trabajo y podría hacer buenas cotizaciones para obtener un IBL alto, de lo que se infiere que a conclusiones de este tipo solo puede llegar alguien que conoce bien la naturaleza de sistema pensional colombiano y que reconoce los beneficios y riesgos de los dos regímenes que contempla la legislación pensional, de modo que no puede en este caso afirmarse que la actora fue víctima de información errada o que no recibió la información suficiente para precaver las consecuencia de la movilidad entre regímenes pensionales.

A juicio de esta colegiatura, la demandante contaba con un conocimiento profundo de todas las posibilidades que ofrecía el RAIS, como se afirma en la defensa y contaba con un discernimiento mínimo de las limitantes que este tenía en contraste con el régimen de prima media, o viceversa, por lo que su decisión de trasladarse de régimen, lo que supuso el diligenciamiento del formulario de vinculación, no estuvo desprovista de la información suficiente y necesaria para que su consentimiento pueda calificarse como insuficiente, amén de que durante el transcurso de todos los años trabajados en la AFP demandada, le dieron las herramientas necesarias para decidir regresar al RPM cuando le dieron la reasesoría a sus 46 años de edad.

Por lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia y se impondrá el pago de las costas procesales de esta instancia a la demandante y a favor de las entidades demandadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral No. 1º del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA)**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** en sede de apelaciones la sentencia de la referencia.

SEGUNDO. - **CONDENAR** en costas procesales de segunda instancia a la apelante, en favor de las entidades demandadas a prorrata, las cuales se liquidarán por el juzgado de origen.

NOTIFICACIÓN Y CÚMPLASE

La Magistrada Ponente,



ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Sin necesidad de firma (Decreto Presidencial 806 de 2020)

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA



GERMAN DARIO GOEZ VINASCO