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, 28 de mayo 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.:	66001310500120180040600
Proceso:	Ordinario laboral
Demandante:	María Esther González
Demandado:	Porvenir S.A. y otro
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 No. 1 PRESIDIDA POR LA MAGISTRADA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, treinta y uno (31) de mayo dos mil veintiuno (2021)

Acta No. 83 del 27 de mayo de 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 No. 1 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 DARIO GÓEZ VINASCO-, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **María Esther González** en contra de la **AFP Porvenir 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 los apoderados judiciales de las codemandadas, 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 Porvenir S.A. y en tal virtud, se le ordene a esta trasladar a Colpensiones sus cotizaciones y, a esta última a recibirla nuevamente como afiliada, condenando en las costas.

Para fundar tales pretensiones, informa que se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS -hoy Colpensiones-, en mayo de 1988, entidad donde cotizó hasta enero de 1998, en virtud del traslado de régimen que hizo en esa fecha a la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A.

Agrega que para la época en que empezó a cotizar con la citada AFP, jamás recibió asesoría alguna por parte de esa entidad para el traslado de régimen pensional, pues la única información que le dieron, era que el ISS estaba próximo a desaparecer y que, por no tener beneficiarios de ley, se perdería su eventual pensión, mientras que, en el RAIS, sus herederos, hasta el quinto grado de consanguinidad, recibían la devolución del capital ahorrado; que ella misma podría reclamar ese saldo si no quisiera la pensión, y que no se le hizo proyección alguna o comparativo entre los dos regímenes pensionales, ni le advirtieron la fecha del plazo límite para retornar al régimen de prima media.

De otra parte, señala que actualmente tiene en el RAIS un total de 1.482 semanas cotizadas y un capital acumulado de $244.715.901 pesos, que, según proyecciones le alcanza para financiar una pensión de $997.200 a los 57 años de edad, mientras que en COLPENSIONES tendría derecho a una pensión de $2.600.600 a la misma edad, según información que le proporcionó la misma AFP demandada.

Finalmente indica que COLPENSIONES no le autorizó la solicitud de traslado que ella le elevó el 13 de agosto de 2018, con el argumento de que no era procedente por cuanto se encontraba a menos de 10 años del requisito de tiempo para pensionarse.

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"

Por su parte, PORVENIR S.A., 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 aseguró que la selección de régimen por la actora fue absolutamente libre, voluntaria y espontánea y se cumplió con el deber de información, en virtud de lo cual se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como medios exceptivos la *"genérica o innominada", "prescripción", "buena fe", "compensación", "exoneración de condena en costas", "inexistencia de la obligación", "falta de causa para pedir", "falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada", "inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad", "ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio", "afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado".*

2. Sentencia de primera instancia

La jueza de primer grado declaró no probadas las excepciones propuestas por las codemandadas, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media al RAIS el 12 de junio de 1996 y ordenó a la AFP demandada trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que reposen en la cuenta del RAIS de la demandante, junto con los intereses, rendimiento financieros, bonos pensionales y gastos de administración, estos últimos restituidos con recursos propios, por todo el tiempo que la actora estuvo vinculada al RAIS, lo mismo que las primas que respaldan la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados y le ordenó a COLPENSIONES aceptar sin dilaciones dicho traslado.

Para arribar a tal determinación, 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 oportuna, de 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 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 en este caso la AFP demandada no cumplió con la carga de acreditar que la demandante fue debidamente asesorada al momento de su traslado y que cumplió con el deber de información que se demanda en estos casos, pues como lo reconoció el propio representante de la AFP demandada, no se tiene registro de la idoneidad profesional o técnica del asesor que gestionó el traslado y la demandante indicó que la única información que le habían dado a ella y a un grupo de 30 personas que ese día se afiliaron con ella a Horizonte (Hoy Porvenir), era que el fondo donde estaba afiliada iba a desaparecer y que en el RAIS tenía la opción de que sus herederos recibieran el saldo de su cuenta de ahorro individual al momento de su muerte, en caso de que no tuviera beneficiarios para la pensión, contrario a lo que le ocurriría si seguía en Cajanal, donde se perdería la pensión a falta de beneficiarios. Agregó que esa información a todas luces era parcial, incompleta e insuficiente para dar por acreditado el deber de información, lo que genera la ineficacia del traslado y con

ello la devolución del saldo de la cuenta de ahorro individual, lo cual incluye los gastos de administración a cargo del patrimonio de la AFP, como quiera que la ineficacia se produjo por una conducta indebida de la administradora, quien por ello está obligada a asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, de conformidad con el artículo 963 del C.C. y en consonancia con sentencia SL2611 del 1° de julio de 2020.

3. RECURSO DE APELACIÓN

Contra la anterior decisión interponen recurso de apelación las demandadas. De un lado la AFP PORVENIR, señala que en este caso hay una ausencia absoluta de prueba para condenar, pues la parte demandante reconoce en la demanda haber recibido información y en el interrogatorio también hizo alusión a la misma, reconociendo que la charla donde decidió trasladarse de régimen le ocupó al asesor entre 10 o 15 minutos, lo cual a todas luces es un tiempo prudente y suficiente para entregar la información necesaria para que la afiliada tome una decisión informada de traslado, sin embargo, con posteridad, 20 o 22 años después, sin más argumentos que la diferencia pensional favorable que le ofrece el Régimen de Prima Media, viene a reclamar por una supuesta falta de información o insuficiente información, cuando en realidad lo que la mueve al traslado es la mayor mesada que obtendría en Colpensiones, lo cual no es una razón para declarar la ineficacia del traslado y mucho menos nulidad de dicho acto.

Adicionalmente señala que, en obediencia a la línea jurisprudencia sobre la materia de la ineficacia del traslado, los jueces están siendo obligados a prevaricar, pues al juzgador le está prohibido incumplir la ley y la orden de devolver los gastos de administración desconoce que dichos gastos se descontaron por la AFP bajo el

imperativo legal que lo permite; además, en ningún apartado de la ley asistencial se consagra la posibilidad de esa sanción o castigo.

También viola el principio de igualdad, de origen constitucional, porque el artículo 1746 de código civil, que ordena que haya equidad en cuanto a la restitución de las prestaciones mutuas, no se está cumpliendo en este caso, dado que la decisión adoptada no consulta tal principio; también viola el concepto de prestaciones acaecidas, ampliamente expuesto en sentencia de la misma Sala de Casación Laboral en septiembre de 2008, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes; el principio de congruencia, pues la línea jurisprudencia en que se basa la justicia en este caso, le ordena al juez que agregue pretensiones por fuera de las pedidas, tales como el reintegro de los gastos de administración, lo cual constituye una extralimitación de sus funciones, porque el operador no puede reconocer lo que el legislador prohíbe; viola el principio de respeto al acto propio, que enseña que nadie puede ir en contra de sus propias decisiones de manera oportunista y con el único propósito del alcanzar el beneficio que implica una mayor valor de la mesada pensional. Agrega que también se viola el derecho adjetivo, pues obliga a los jueces a rescatar de las respuestas al interrogatorio aquellos aspectos convenientes a los intereses del demandante, cuando la ley prescribe que solo tiene valor probatorio aquello que le resulte inconveniente; viola la prescripción, y sobre todo en este caso donde la jueza hace alusión a que los hechos son imprescriptibles, lo cual no es cierto porque los hechos son susceptibles de existir o no en el tiempo, pero ello no significa que sean susceptibles de "imprescripción" ya que la acción que se deriva de los hechos se puede ver afectada por el fenómeno de la caducidad.

Finalmente señala que la diferencia cuantitativa entre el valor de la pensión en uno u otro régimen fue propiciada por el mismo legislador, de modo que el solo

hecho de que la pensión que le pagaría Colpensiones a la demandante sea más alta que la que le ofrece el RAIS, no da lugar a la ineficacia.

A su turno, la representante judicial de COLPENSIONES sustentó su alzada aduciendo que la imposibilidad de trasladarse faltándole 10 años para pensionarse, era una exigencia legal que impedía el retorno de la demandante al régimen de prima media. Adicional a ello, comparte los argumentos de la apelación dada por la codemandada en el sentido de que la AFP había cumplido con el deber de información atendiendo a las exigencias de la época que eran tan básicas que bastaba con el formato de afiliación para entender que el acto válido porque tampoco se podía exigir una información con características de una ley que para el momento no existía, es decir, sin atender al momento histórico. Así mismo, refiere que no era posible que hubiera sorprendido a la demandada con la carga dinámica de la prueba para exigirle una actividad probatoria que no podía ser aplicada y sin signarle un esfuerzo probatorio a la demandante, quien además tampoco había efectuado afirmaciones indefinidas.

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

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 los problemas jurídicos que se expresan 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 y, en el evento en que se declare la ineficacia, establecer cuáles son los efectos de dicha declaración, en cuanto a los gastos de administración y demás emolumentos asociados.

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:*

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*	*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*

	laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3. °, 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. ° 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".

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"*** [7]

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 "*a 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 1° de julio de 2020, también con Ponencia del Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA en la que se reafirma que, por cuenta de la ineficacia, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de ocurrir el traslado de régimen. Dijo la sentencia:

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

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

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

6.6. Caso concreto

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

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

Así pues, la negligencia en que eventualmente incurren tales administradoras de pensiones, al no suministrar la información adecuada y precisa al(a)

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

En 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 beneficiaros 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 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, de cuya intervención, no se logró desvirtuar la poca información recibida, pues la demandante jamás confesó que se le hubiera brindado una explicación pormenorizada de los pros y contras de su determinación, ni tampoco que se le hubiera indicado en qué momento alcanzaría su prestación en caso de continuar devengando el salario que percibía en ese entonces, ni se le hizo una proyección de la mesada a la que eventualmente tendría derecho, pues al momento de traslado, como ella misma lo mencionó, el asesor se limitó a diligenciar con ella el formulario sin transmitirle mayor información respecto de la magnitud y el impacto de que implicaba el traslado.

Lo anterior se afirma, porque la accionante en su interrogatorio relató que estando en su lugar de trabajo, los reunieron en grupo y les dijeron que se iba a

acabar CAJANAL, que si se cambiaban de régimen podrían heredarle lo ahorrado a sus familiares, sin más información y sin la posibilidad de una asesoría personalizada y profesional al respecto y aunque el apelante advierta que dicha "charla" duró entre 10 y 15 minutos como lo adujo la demandante, que a su juicio es un tiempo suficiente para trasmitir una información completa y pormenorizada de las consecuencias del traslado, lo cierto es que la misma interrogada aclaró que la información se transmitió en pocos segundo, no más de un minuto y el tiempo restante se destinó a llenar unos formularios, de modo que la afirmación en tal sentido no la perjudica, por lo tanto no puede tomarse como confesión, pues al contrario viene a ratificar la tesis de la demanda, según la cual no recibió una orientación objetiva, completa y acorde las características del régimen al cual se afiliaba, como quiera que dicho objetivo no alcanza en una corta charla de minutos o segundos, como lo afirmó la demandante.

Aunado a ello, con el otro elemento de prueba que se esgrime por la(s) AFP y COLPENSIONES, esto es, el formulario de afiliación suscrito por la promotora de la litis, tampoco se logra evidenciar la información que se le brindó a la afiliada. En tal virtud se estima acertada la valoración probatoria efectuada por la operadora judicial de instancia. Esto porque a juicio de esta colegiatura, si el asesor de la demandada contaba con un conocimiento profundo de todas las posibilidades que ofrecía el RAIS, como se afirma en la defensa, también debía contar con un discernimiento mínimo de las limitantes que este tenía en contraste con el régimen de prima media, o viceversa, por lo que debió poner de presente a la demandante –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.

Ahora, frente al argumento de Colpensiones en el sentido de 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.

Por otra parte, dando alcance al grado jurisdiccional, 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, debidamente indexados, cancelados por la actora en razón a que los mismos fueron el resultado de una conducta indebida al momento del traslado, de modo que no pueden permanecer en sus arcas sino retornar al régimen de prima media. Bajo esa misma perspectiva también resulta viable la orden de reintegrar a Colpensiones, 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 bien, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, resulta necesario adicionar para aclarar la providencia de instancia, en el sentido de comunicar la decisión adoptada en este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de haber emitido el bono pensional, proceda con la anulación del mismo mediante trámite interno, aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016.

Finalmente, respecto a la solicitud de Porvenir S.A. tendiente a que no se le condene en costas procesales por haber actuado de buena fe, frente a ello es de indicar, que al haber existido controversia e incluso, oposición frente al debate jurídico puesto en conocimiento de la Judicatura, conforme lo faculta el artículo 365 del CGP, hay lugar a condenar en costas a quien resulta vencido en la contienda.

En lo demás se confirmará la sentencia de primera instancia.

Se impondrán costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y COLPENSIONES por no salir avante sus recursos de apelación.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala de Decisión Laboral No. 1 presidida por la Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR para aclarar la sentencia de primer grado, en el sentido de COMUNICAR a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de que, en caso de que haya emitido un bono pensional a favor de la demandante, proceda a anularlo de conformidad con la normatividad que regula la materia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás el fallo de primera instancia.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** y a **COLPENSIONES**, a prorrata a favor de la demandante. Liquídense por la secretaría del juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Con firma electrónica al final del documento

La Magistrada y el Magistrado,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Con firma electrónica al final del documento

Aclaro voto

GERMAN DARIO GOEZ VINASCO

Con firma electrónica al final del documento

Firmado Por:

ANA LUCIA CAICEDO CALDERON

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

OLGA LUCIA HOYOS SEPULVEDA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 4 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

Firma Con Aclaración De Voto

GERMAN DARIO GOEZ VINASCO

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 003 SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE PEREIRA-RISARALDA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
23d9dffbd4075655861227e5dca657115c4e11fc79d16642e5f0b7ca0c75a6e4

Documento generado en 27/05/2021 03:56:25 PM