

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

Pereira, 03 de febrero de 2022

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

**DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ**

**Secretario**

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Proceso:** Ordinario Laboral

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandados:** Colpensiones y otros.

**Juzgado de origen:** Primero Laboral del Circuito de Pereira

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

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, siete (07) de febrero dos mil veintidós (2022)

Acta No. 14 del 03 de febrero de 2022

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 Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN, como Ponente, y OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA, y el Magistrado GERMÁN DARÍO GOEZ VINASCO, procede a proferir

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Carlos Giovany Riveros Neira** en contra de **la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.**

## **PUNTO A TRATAR**

Por medio de esta providencia procede la Sala a revolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. en contra de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira. Igualmente, se revisará la decisión de primera instancia de manera íntegra al haber sido adversa a los intereses de Colpensiones y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

### **1. La demanda y su contestación**

Solicita el señor Carlos Giovany Riveros Neira que se declare la nulidad de la afiliación que realizó el 04 de noviembre de 1994, del ISS hoy Colpensiones a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A., a través de la cual, se trasladó del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS). Asimismo, la afiliación llevada a cabo, el 04 de enero de 2001 con la Administradora de Pensiones y Cesantías ING hoy Protección S.A., hacía la AFP Porvenir S.A. Finalmente, que se declare la nulidad efectuada el 19 de marzo de 2003, en la cual se cambió del ING hoy Protección S.A. hacía Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, procura que se declare válida y vigente su afiliación a Colpensiones, que se condene a Protección S.A. y Porvenir S.A. a

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

liberarlo de sus bases de datos y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, incluidas las cotizaciones, a Colpensiones.

Por último, pide que se condene a las demandadas a cancelar las costas procesales y a lo extra y ultra petita debatido y probado en el proceso.

Para fundar dichas pretensiones manifiesta que se vinculó laboralmente con la empresa Promotora de Ventas S.A. el 9 de junio de 1989 y fue afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD administrado, en ese entonces, por el Instituto de Seguros Social- ISS.

Refiere que el 4 de noviembre de 1994, asesores comerciales de la AFP Porvenir S.A. visitaron su lugar de trabajo y le ofrecieron servicios del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, manifestándole varios beneficios, tales como, recibir una pensión a más temprana edad y que el monto de la pensión sería mucho más alto. Además, le advirtieron que el ISS estaba por desaparecer y sus aportes estarían en riesgo; razón por la cual, solicitó vinculación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 4 de noviembre de 1994 hasta el 4 de enero de 2001, posteriormente se trasladó a ING hoy Protección S.A. en donde permaneció hasta marzo de 2003, finalmente, retornó a la AFP Porvenir S.A. el 19 de marzo del 2003, fondo en el cual, continúa efectuando aportes.

Por último, aclara que Porvenir S.A. no le informó que contaba con el año 2014 como tiempo de gracia para valorar su permanencia en el fondo. Por tanto, solicitó el traslado a Colpensiones, sin embargo, negó su solicitud de traslado argumentando que se encontraba a diez años o menos para el cumplimiento de la edad para pensionarse.

**Colpensiones** indicó que no le constan los hechos y se opone a las pretensiones del demandante aduciendo que el actor no se encuentra afiliado al

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

RPM. En ese sentido, propuso como excepciones de mérito las que denominó "*Inexistencia De La Obligación Demandada*", "*Prescripción*" y aquellas que resulten probadas durante el proceso.

**Protección S.A.** solicitan que se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez, el actor no fue víctima de la omisión de información, concretándose su decisión en un acto de su propia voluntad. En tal sentido, propuso como excepciones de mérito las que denominó: "*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 personaría sustantiva por pasiva de mi representada*", "*Inexistencia de la fuente de la obligación*", "*Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad*", "*Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio*" y "*Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado*".

**Porvenir S.A.** manifestó a través de su apoderado judicial que, se oponía a lo pretendido debido a que el acto jurídico que dio lugar a la vinculación del demandante es válido, en la medida en que aquel suscribió formulario de afiliación de manera libre, espontánea y sin presiones; anudado a ello, mencionó que, de llegarse a demostrar vicios en el consentimiento, la eventual nulidad que hubiere podido configurarse ha sido subsanada por el paso del tiempo. Como excepción de mérito propuso las que denominó como: "*Validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento*", "*Saneamiento de la supuesta nulidad relativa*", "*Prescripción*", "*Buena Fe*" y la "*Innominada o Genérica*".

## **2. Sentencia de primera instancia**

La jueza de primer grado declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y por la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público;

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

asimismo, declaró ineficacia del traslado de régimen que el señor Carlos Giovany Riveros Neira efectuó el 4 de noviembre de 1994, a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. En las consideraciones de la providencia dijo que dejaría sin efectos todos los traslados realizados entre las AFP del RAIS pero en la parte resolutive sólo dejó sin efectos el primero que se efectuó.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a Porvenir S.A. que traslade con destino a Colpensiones todos los aportes que reposen en su cuenta de ahorro individual de la parte demandante, junto con sus intereses, rendimientos financieros, bonos pensionales, y restituir con cargo a sus propios recursos, el valor de los gastos de administración, las primas que respaldan la garantía de la pensión mínima y los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados. Del mismo modo, ordenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones los gastos de administración, las primas que respaldan la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexadas.

Adicionalmente, ordenó a Colpensiones que, proceda sin dilaciones a aceptar el traslado del demandante. Ordenó a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban al 04 de noviembre de 1994 y anule el bono pensional que se emitió a favor del demandante, y que tenía como fecha de redención normal el 3 de diciembre de 2024.

Por último, se abstuvo de condenar en costas a Colpensiones, Protección S.A. y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Condenó a costas procesales a Porvenir S.A. en favor de la parte actora.

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

Para llegar a tal determinación la A-quo hizo un recuento legal y jurisprudencial respecto del deber de información a cargo de las AFP, la cual debía ser clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional. Resaltó que, en estos casos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado. De igual forma, resaltó que la expresión libre y voluntaria necesariamente presupone conocimiento, lo cual sólo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole.

En cuanto al interrogatorio rendido por el actor, concluyó que de él no se desprende que hubiera recibido por parte de Horizonte, hoy Porvenir S.A., la asesoría y el acompañamiento que como administradora pensional debió brindarle. Señaló, que la ineficacia del acto jurídico del traslado que se hace del cambio de régimen deja sin efecto los demás traslados surtidos dentro del RAIS, dado que, la validez del acto jurídico se debe analizar al momento del cambio de régimen y no entre los traslados que se hacen dentro de los fondos pertenecientes al mismo régimen.

Por lo dicho, concluyó que la decisión de la parte demandante no estuvo precedida de la comprensión suficiente ni el real consentimiento para llevarla a cabo, razón por la cual, debía declararse la ineficacia del acto de traslado.

### **3. Recurso de apelación**

El apoderado judicial de **Porvenir S.A.** atacó el fallo reiterando que Horizonte cumplió con el deber legal de información vigente para la época en la que el demandante se trasladó de régimen. Indicó que no era obligación de las AFP del RAIS realizar proyecciones financieras o tener constancia escrita de las asesorías brindadas, ya que, dichos requerimientos existieron a partir del 2014 y

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

2015, de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera. Señaló que, de igual manera, Horizonte brindó información completa, veraz y oportuna sobre las características del régimen, sobre las diferencias frente al régimen de prima media y las consecuencias derivadas del cambio del régimen, tal como lo hizo constar el demandante en el interrogatorio de parte, al mencionar las características conocidas como el poder pensionarse a una edad más temprana. Expresó, que el demandante no se cambió al RPM pese a que se le envió un comunicado por parte de Porvenir S.A. el 25 de marzo de 2014, sin embargo, no hizo uso del derecho de retracto y de los canales de información de las AFP.

Sobre la condena a la devolución de los gastos de administración, manifestó que se encuentran autorizados por la ley. De los seguros provisionales y aportes a pensión mínima, advirtió que son dispuestos para cubrir una pensión de invalidez o sobrevivencia, trasladar dichos emolumentos, debidamente indexados y con cargo a las utilidades de Porvenir S.A., genera un detrimento para la AFP y un enriquecimiento sin justa causa a Colpensiones.

Por último, frente a la condena en costas procesales, señaló que no procede porque tanto Horizonte como Porvenir S.A. actuaron con apego a la buena fe.

Por su parte, **Protección S.A.** en su alzada, atacó la decisión de declarar la ineficacia del traslado, pues esta línea jurisprudencia que desde 2008 se ha desarrollado, vulnera derechos constitucionales, sustantivos y adjetivos de los fondos de pensión privados y de alguna manera, afecta la estabilidad financiera del régimen de prima media. Advirtió que existe la obligación bilateral de los afiliados de girar, a favor de las entidades que protegen riesgos, cantidades que se descuentan del ingreso base de cotización para cubrir el riesgo de pensión por una invalidez o sobrevivencia. Indicó que no existe norma que le permita a la

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia imponer ese tipo de sanción que vulnera principios constitucionales, normas civiles, precedentes jurisprudenciales y la doctrina, más cuando, en este caso en particular, la parte demandante solicitó la nulidad, pero no la ineficacia y tampoco el reintegro de los gastos de administración y el reconocimiento de los rendimientos financieros, lo cual resulta ser una falta al principio de congruencia.

La apoderada judicial de **Colpensiones** expresó su inconformidad sobre la valoración a las pruebas debidamente practicadas en el proceso, esto es, a la confesión del actor al señalar que la motivación de pretender el reintegro al RPM obedece a un tema meramente económico, cuestión que en ningún momento hace alusión a supuesto engaño o falta de información que recibió.

En segundo término, indicó que fueron los actos de relacionamiento que evidencian que existía una verdadera vocación de permanecer y pertenecer al régimen de ahorro individual, por cuanto, el demandante solicitó ante la Administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tres traslados de manera horizontal.

Ahora, al considerar que las AFP no cumplieron su deber de información, se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 y el numeral 7 de la circular externa 87 del 10 de octubre de 1994 proferida por la Superintendencia Bancaria, normativas de las cuales se infiere que la falta de información no conlleva a la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por el demandante en el año 1994.

Aunado a lo anterior, señaló que el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad, para tener derecho a la pensión. En efecto, tal disposición consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media, y

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. pues se aparta el valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a tener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, pueden resultar finalmente beneficiarios del riesgo asumido por otros.

No obstante, expresé que, si se declara la ineficacia del traslado, solicité sea modificado el numeral tercero de la decisión adoptada en el presente proceso y en consecuencia se adicione la decisión, ordenando en un término perentorio a la AFP Porvenir S.A. trasladar todos los dineros a la cuenta de ahorro individual sin ningún tipo de mermas, conforme lo ordeno el despacho, no dejando dicha condena a consideración o arbitrio de las AFP.

#### **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 expresan a continuación.

#### **5. Problemas jurídicos por resolver**

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

- i. Establecer si para el momento en que la parte actora efectuó el

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, existía normatividad vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al potencial afiliado información suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen.

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

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

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

v. Establecer si el movimiento de los afiliados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad convalida el traslado inicial efectuado desde el RPM hacia el RAIS, y por tanto, configura actos de relacionamiento.

vi. Determinar si hay razón suficiente para apartarse del precedente jurisprudencial existente frente a la ineficacia del traslado de régimen.

vii. Establecer si se debe ordenar a las AFP demandadas la devolución, con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales a Colpensiones.

viii. Establecer si se debe imponer costas procesales a las entidades demandadas.

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

## **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 creación<sup>1</sup>”**

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 1993<sup>2</sup>, 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.

---

<sup>1</sup> Título tomado de la sentencia del 8 de mayo de 2019SL 1688-2019, Radicado 68838, con Ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

<sup>2</sup> Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

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 de buen consejo al transmitirle al afiliado toda aquella información que resultaba relevante para que tomara una decisión de tal trascendencia.

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

Ello así, también ha dicho el órgano de cierre de la especialidad laboral, que las AFP demandadas se encuentran en una situación de ventaja que les permite aportar las evidencias respecto a si se le brindó al afiliado la

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

información cierta, suficiente, comprensible y oportuna a la hora de convencerlo de trasladarse de régimen.

Ahora bien, como quiera que uno de los argumentos de las AFP es que la normatividad del deber de información se ha venido dando paulatinamente, vale la pena citar la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL 1688-2019, Radicado 68838, con Ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se hace un didáctico recuento histórico de las normas que rigen la actividad de los Fondos de Pensiones privados, dividiéndolo en tres 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</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar</i>

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

	<p><i>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</i></p> <p><i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i></p>	<p><i>a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i></p>
<p><i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i></p>	<p><i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i></p> <p><i>Decreto 2241 de 2010</i></p>	<p><i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i></p>
<p><i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i></p>	<p><i>Ley 1748 de 2014</i></p> <p><i>Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015</i></p>	<p><i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i></p>

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

	<i>Circular Externa n° 016 de 2016</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*

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

*norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.*

Con lo dicho precedentemente queda resuelto el primer problema jurídico.

### **6.3. “El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado”<sup>3</sup>**

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. (...)*

---

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

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

*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<sup>4</sup>, 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*

---

<sup>4</sup> Con lo que se descarta igualmente la tesis que alude a los “actos de relacionamiento” para desestimar la ineficacia por la falta de información al momento del traslado al RAIS.

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

*con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.*

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

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

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

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de*

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

*cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas, ya había perdido la transición.*

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

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

#### **6.4. “De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado”<sup>5</sup>**

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

---

<sup>5</sup> Ibídem

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

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.*

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

*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”.*

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

## **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,*

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

*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 el movimiento de

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

fondos dentro del RAIS configuran actos de relacionamiento que permitan concluir la intención clara del demandante a permanecer en dicho régimen; posteriormente, se analizará si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de las AFP demandadas la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen. Y, en caso positivo se entrará a definir si cuando se declara la ineficacia del traslado, hay lugar en condenar en costas a las AFP.

### **6.6. Caso Concreto**

Para el caso de marras, de las historias laborales, los formularios de traslado de régimen pensional y la historia de vinculaciones de Asofondos (fl. 192), se desprende que el accionante ha estado vinculado al sistema de seguridad social de pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, estuvo afiliado desde el 9 de junio de 1989 hasta el año 1994.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el demandante se trasladó el 04 de noviembre de 1994 y finalizó su efectividad el 28 de febrero de 2001 al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.
- c. Seguidamente, el 04 de enero de 2001 solicitó cambio de fondo a la AFP ING hoy Protección S.A. y su efectividad finalizó el 30 de abril de 2003.

Pues bien, el apoderado de Colpensiones, consideró que los traslados horizontales efectuados por el demandante representan actos de relacionamiento que permiten inferir la voluntad del afiliado de continuar en el RAIS, además,

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

teniendo en cuenta que en cada uno de los cambios de fondo recibió asesoría por parte de diferentes funcionarios de los fondos privados, ello basta para concluir que el demandante recibió la información completa, clara y pertinente sobre las consecuencias del traslado, así como las ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

No obstante, para esta Sala de Decisión dichos argumentos no resultan aceptables, pues como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, radicado No. 78667 y en la reciente sentencia SL5686 de 2021, la teoría de los actos de relacionamiento no denota el compromiso serio del afiliado de pertenecer al RAIS, toda vez que cuando la actuación del traslado se encuentra viciada no se convalida por los traslados realizados dentro del mentado régimen pensional; en otras palabras, la acción de cambiarse de fondo privado en el RAIS *no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales*. En efecto, la Alta Corporación reitera que la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó el demandante y precisamente la omisión a dicho deber genera la ineficacia.

A pesar de que el apelante afirmó que los traslados del demandante a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. evidencian, de forma inequívoca, su intención de mantenerse en el RAIS, no resulta acertado concluir que, por ello, el actor recibió por parte de los fondos una asesoría clara y suficiente acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias financieras que asumirá en cada uno de ellos. En conclusión, la decisión de cambiarse de un fondo privado a otro en ningún caso suple la omisión de las entidades administradoras en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados.

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

Para determinar si los fondos privados demandados cumplieron con el deber de información, resulta pertinente traer a colisión la línea jurisprudencial desarrollada por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencias anteriormente citadas, en concordancia con el artículo 1604 del C.C., ha establecido que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa a la afiliada, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

Así pues, la negligencia en que eventualmente incurren las administradoras de pensiones, al no suministrar la información adecuada y precisa al 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 las AFP demandadas no cumplieron con la carga que se les impone, esto es, **acreditar haber transmitido a la parte actora la información concreta y cierta, acerca de la implicación del traslado de régimen pensional.**

En realidad, mínimo cada AFP tendría que haber dado la siguiente información: *i)* Que, dependiendo del capital, puede pensionarse anticipadamente, esto es, antes de la edad mínima para la pensión de vejez. *ii)* La posibilidad para sus herederos de hacerse a la devolución de saldos, en caso de que no existieran beneficiarios para la pensión de sobrevivientes. *iii)* La devolución total del saldo en caso de no alcanzar a reunir el total de los requisitos legales para optar al beneficio pensional. *iv)* Tener la posibilidad de la pensión de vejez habiendo cotizado el mínimo de semanas requeridas a pesar de no reunir el capital suficiente para el financiamiento de la prestación económica. *v)* La posibilidad de que el reconocimiento de la pensión de vejez, una vez reunido los requisitos, se haga pronto. *vi)* La posibilidad de que sus aportes se conviertan en patrimonio sucesoral en un caso dado. *vii)* El hecho de que el afiliado es el único titular de la cuenta de ahorro individual en contraste con el fondo público cuyos ahorros hacen parte de un fondo común. *viii)* Los rendimientos financieros que

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

le generen sus aportes abonados sobre el saldo de su cuenta de ahorro individual; y, íx) 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.

Tanto Protección S.A. como Porvenir S.A., afirmaron en su contestación que brindaron la información seria y veraz que para la época era jurídicamente pertinente a la parte demandante sin que se precise en qué consistió tal cosa. Ello sería suficiente para concluir, que efectivamente la información que recibió el demandante 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 consistían el nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad por lo menos en los puntos que se acababan de esbozar.

Con todo hay que indicar que como prueba del cumplimiento del deber de información y buen consejo, las AFP demandadas llamaron a declarar a su contraparte procesal, de cuya declaración, la Sala considera que nunca 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 manifestó reiteradamente no recordar lo

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

acontecido en el momento en que suscribió el formulario de vinculación. El otro elemento de prueba que esgrime la AFP es el formulario de afiliación suscrito por la promotora de la litis, pero dicho documento no logra evidenciar la información que se le brindó.

Pero además, a juicio de esta Colegiatura, si el asesor (a) de las demandadas contaba con un conocimiento profundo de todas las posibilidades que ofrecía el RAIS, 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 al 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.

En cuanto a las condenas impartidas a cargo de Protección S.A., se dirá que de conformidad con las sentencias SL1421 de 2019 y SL 2611 de 2020, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, previamente citadas, es su deber trasladar a Colpensiones los gastos de administración, debidamente indexados, cancelados por la parte 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, además de los respectivos rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual, los valores utilizados en seguros previsionales, las cuotas de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, sumas todas que deben pagarse debidamente indexadas, por lo que se confirmará la sentencia apelada frente a tal decisión.

Pues bien, previo a arribar los demás problemas jurídicos vale la pena hacer referencia a que el apoderado de Protección S.A. en su alzada solicita que se desconozca el precedente ya traído a colación, petición que no se torna posible

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

porque ello conllevaría a la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social del afiliado.

En este punto, recuérdese que la Corte Constitucional en sentencia SU-053-2015, ha definido el precedente judicial como «la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo» y, en tal sentido, el emitido por los máximos órganos de cierre, “guardan una estrecha relación con el derecho a la igualdad, garantía constitucional que le permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes, aunado al carácter ordenador y unificador de las sentencias de casación, en tanto aseguran una mayor coherencia del sistema jurídico, seguridad, confianza y certeza del derecho” (STL4759-2020).

Frente al argumento de Colpensiones, referente a que era improcedente permitir que el demandante se trasladara hacia dicha entidad al superar 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. Además, lo aquí analizado no es el traslado voluntario con la conservación o no del régimen de transición, sino el efecto de la ineficacia del cambio de régimen pensional a falta de información detallada y completa al momento del traslado de régimen.

Importa precisar que como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban al momento del traslado de régimen, fue acertada la determinación de la A-quo

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

de comunicar la decisión adoptada en este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, proceda con la anulación del bono pensional 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 833 de 2016. Sin embargo, sin perjuicio de lo anterior, se deberá modificar el numeral tercer de la providencia en el sentido de excluir la orden impartida de trasladar a Colpensiones el bono pensional, por lo expuesto con antelación.

Finalmente, esta Sala se percata de la omisión involuntaria en la sentencia de primera instancia en la cual, la jueza no declaró la ineficacia de los traslados que se hicieron dentro del RAIS, pues si bien, ordenó a Protección S.A. a devolver los gastos de administración con cargo a sus propios recursos, en el numeral segundo de la mentada providencia no declaró la ineficacia del traslado realizado en ese fondo el 04 de enero de 2001, asimismo, la afiliación efectuada el 19 de marzo de 2003 que se hizo de Protección S.A. a Porvenir S.A., conforme al historial de vinculaciones de Asofondos (fl. 192), razón por la cual hay necesidad de adicionarse en este sentido el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira.

En esta instancia de conformidad a lo consagrado en el artículo 365 del CGP, se condenará en costas procesales a **la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, Porvenir S.A. y Colpensiones** a favor de la parte actora, las cuales se liquidarán por la secretaría del juzgado de origen.

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

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** ineficaz los siguientes traslados de régimen: El efectuado el 04 de enero de 2001 a la AFP Protección S.A., y el traslado realizado el 19 de marzo de 2003 que se hizo de Protección S.A. a Porvenir S.A.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de excluir la orden de trasladar a Colpensiones el bono pensional. En su lugar, **CONDENAR** al Fondo Privado De Pensiones Porvenir S.A. que en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del Señor Carlos Giovany Riveros Neira, **RESTITUYA** la suma pagada por ese concepto a la Oficina de Bonos Pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, misma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con cargo a sus propios recursos.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral de Circuito de Pereira el 12 de agosto de 2021 dentro del proceso de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y a Colpensiones a favor de la parte demandante, las cuales se liquidarán por el juzgado de origen.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La Magistrada ponente,

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

Con firma electrónica al final del documento  
**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento  
**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**  
**Aclaro voto**

Con firma electrónica al final del documento  
**GERMAN DARIO GOEZ VINASCO**

**Firmado Por:**

**Ana Lucia Caicedo Calderon**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 1 Laboral**  
**Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Olga Lucia Hoyos Sepulveda**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 4 Laboral**

**Radicación No.:** 66001-31-05-001-2018-00208-01

**Demandante:** Carlos Giovany Riveros Neira

**Demandado:** Colpensiones y Otros.

**Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Firma Con Aclaración De Voto**

**German Dario Goez Vinasco**

**Magistrado**

**Sala 003 Laboral**

**Tribunal Superior 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:

**76792dc9453e8e7735b27179bf1f574da125d9d17e9e9e4dbb6b624627a56304**

Documento generado en 04/02/2022 11:47:42 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**