

**República de Colombia
Departamento de Santander**



Tribunal Superior del Distrito Judicial

San Gil

Sala Civil Familia Laboral

REF: PROCESO ORDINARIO LABORAL propuesto por ALBA LUCIA CUADROS ÁLVAREZ contra FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

RAD: 68679-31-05-001-2019-00232-01

Apelación de Sentencia.

PROCEDENCIA: Juzgado Laboral del Circuito de San Gil

(Esta providencia se emite dando cumplimiento a las disposiciones del Acuerdo PCSJA22-11930 del 25 de febrero de 2022)

M. S.: JAVIER GONZÁLEZ SERRANO

San Gil, veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022).

Se resuelve el **Recurso de Apelación** que se interpusiera por los apoderados de los demandados Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones, en el proceso ordinario laboral adelantado por Alba Lucía Cuadros Álvarez contra la Sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por Juzgado Laboral del Circuito de San Gil.

ANTECEDENTES

1º. Demanda:

Alba Lucía Cuadros Álvarez cita a proceso Ordinario Laboral a Protección S.A., Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones, pretendiendo que se declare la *“ineficacia o nulidad”*, de los formularios de afiliación N°788185 del 29 de agosto de 1996 de Colfondos, el N°5102872 del 2 de marzo de 2000 de Protección y el N°0166230 del 8 octubre de 2009 de Horizonte, hoy Porvenir. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones, tenerla entre sus afiliados en el régimen de prima media con prestación definida; se condene en costas y agencias de derecho; y se haga las declaraciones y condenas *extra y ultra petita*.

Los supuestos fácticos se resumen así:

Que se encontraba afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Seguro Social; el 29 de

agosto de 1996 firmó formulario de afiliación N°788185 de Colfondos para trasladarse de régimen pensional; que el asesor comercial de Colfondos, no le brindó la información clara, completa y oportuna de las ventajas y desventajas de cada régimen, solo se le ilustró sobre las ventajas. A su vez, el 2 de marzo de 2000 firmó formulario de afiliación N°5102872 para trasladarse a Protección; y el 8 de octubre de 2009 signó formulario de afiliación No. 0166230 de Horizonte, hoy Porvenir.

Se indicó también que ella nació el 4 de julio de 1965 y cumplirá 57 años el 4 de julio de 2022; que en simulación pensional realizada por Porvenir, se proyectó una mesada para el 2023 de \$2.259.500.00, realizando la simulación en la AFP Provenir para el 4 de julio de 2022, obtendría una mesada de \$2.184.949. Al tiempo, en simulación pensional en el régimen de prima media con prestación definida para el 4 de julio de 2022, la mesada sería de \$4.420.269, evidenciándose que la mesada pensional en este régimen es superior; que al cumplimiento de la edad de pensión tendría un total de 1533 semanas cotizadas. Y que, presentó derecho de petición ante Colpensiones el 15 de octubre de 2019 y después de los 30 días no ha dado respuesta.

2º. Contestación de personas jurídicas demandadas:

2.1. La demandada, **COLPENSIONES**, en lo sustancial se opuso a las pretensiones, adujo que no le constan diversos

hechos y a la vez propuso excepciones de mérito. Los aspectos relevantes de la posición de ellos frente a la demanda se resumen enseguida:

El sustento radicó en que no se evidencia ausencia de alguno de los requisitos del artículo 1502 del C.C. en el traslado de régimen, ni que se hubiese inducido en error o engaño a la demandante. Al tiempo que, en el acervo probatorio no se encuentra elemento que permita dar cuenta de que se presentó una falta de información al llevarse a cabo la suscripción del formato de afiliación, coligiendo que no existe fundamento para la declaratoria de nulidad del acto que dio origen al traslado de régimen pensional.

En su defensa propuso varias excepciones de fondo. En principio la de *“Buena Fe”*, fundada en el actuar correcto de la entidad; *“inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir”*, apoyada en que las pretensiones carecen de fundamentos facticos y jurídicos en contra de la entidad; *“Prescripción”*, soportada en el artículo 488 del CST; *“Cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación”*, argumentando que la prestación económica no reconocida fue decidida conforme a derecho, por lo que no existe razón para que la demandante reclame un derecho del que no es acreedora; y la *“innominada o genérica”*.

2.2. La demandada **PORVENIR S.A.**, no se opuso, ni se allanó a la pretensión primera y segunda. No obstante, sí lo hizo respecto de las demás pretensiones. Al tiempo, negaron la veracidad de diversos hechos y sobre otros, señalaron que no les consta. También propusieron varias excepciones de mérito. Los aspectos relevantes de su defensa se basó en que la suscripción del formulario de traslado realizado por la demandante fue una decisión libre, exenta de cualquier engaño o error que pudiera ser provocado por los asesores de Porvenir S.A.. Aclara que no es posible el traslado de la señora Cuadros Álvarez al régimen de prima media, habida cuenta que no reúne los requisitos exigidos, según la Ley 797 del 2003 y la sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

2.3. La demandada, **COLFONDOS S.A.**, en la contestación de la demanda no se oponen a todas las pretensiones; expresa que no le consta la veracidad de diversos hechos; admitieron la veracidad de otros y negaron la veracidad de algunos y proponen excepciones de mérito, bajo los argumentos que se sintetizan a continuación:

Se arguye que, la información otorgada por COLFONDOS S.A. siempre fue clara, detallada y precisa, que de ninguna manera pretendió engañar o brindar falsas expectativas, siendo la afiliación de la demandante libre, válida y espontánea.

2.4. La demandada, **PROTECCIÓN S.A.**, en la contestación de la demanda se oponen a las pretensiones segunda, quinta y sexta, no le consta la veracidad de diversos hechos, admitieron la veracidad de otros y negaron la veracidad de algunos y proponen excepciones de mérito, bajo los argumentos que se sintetizan a continuación:

Arguyen que la vinculación al fondo de pensiones de la demandante estuvo suficiente informada por sus asesores con el fin de que tomara una decisión libre. A su vez señalan que la señora Alba Lucía Cuadros, antes del año 2000 ya pertenecía al régimen de ahorro individual con solidaridad, puesto que en ese momento llevaba tres años vinculada.

Sentencia de Primera Instancia

La decisión emitida por la A Quo declaró la ineficacia del traslado de la señora ALBA LUCIA CUADROS ÁLVAREZ del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad; condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional; condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los saldos que estén en la cuenta de ahorro de la demandante; también condenó a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las comisiones y gastos de

administración y finalmente condenó en costas a la parte demandada.

La Juzgadora al arribar a tales conclusiones tuvo en cuenta que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la carga probatoria sobre el consentimiento informado en el traslado de régimen recae sobre la administradora de fondos de pensiones, además de ser una obligación de estas entidades según el Decreto 663 de 1993. En tal sentido, denotó que una vez analizados los medios probatorios allegados por la parte demandante y por las demandadas, que los formularios de afiliación aportados no cumplían con las características de información que se requieren, habida cuenta que según la sentencia SL 4426 del 2019 “...*la simple suscripción del formulario de afiliación, no demuestra el consentimiento informado*”.

Por lo tanto, el Despacho considera que no se aportaron los medios de convicción tendientes a demostrar que la información suministrada a la demandante al momento de efectuar el traslado se hubiera brindado de manera detallada, veraz, suficiente y ajustada al caso particular. Aunado a lo anterior, las AFP'S tampoco demostraron que para la fecha de las afiliaciones se hubieran llevado a cabo capacitaciones a los asesores comerciales de dichas entidades, ni prueba de que en dichas asesorías se le hubiere brindado información a la

señora Alba Lucía que le permitiera tomar una decisión libre, espontánea e informada sobre el cambio de régimen.

Con base en lo anterior la Juzgadora de instancia concluye que no se dieron los presupuestos de validez del traslado, pues para ello se requiere que sea una expresión de voluntad del afiliado, derivada de un consentimiento informado y al no haberse suministrado la información idónea, considera que resulta procedente la declaratoria de ineficacia y con ello la obligación de las AFP de devolver las cosas al estado en que se encontrarían si nunca se hubiera dado el traslado, incluido lo correspondiente a comisiones por administración y el seguro previsional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas el juzgado señala que dicha acción es imprescriptible al estar ligado con la construcción de un derecho pensional, el cual no se ha causado. Que en la sentencia SL-1421 de 2019, *“precisó que todas aquellas cuestiones innatas al derecho pensional no pueden verse afectadas por el transcurso del tiempo; en ese sentido, enfatizó que la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, al ser parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.”*

Impugnación

1° La apoderada de la demandada PORVENIR S.A., inconforme con la anterior decisión interpone recurso de apelación, el cual sustenta en los argumentos que se resumen a continuación:

Considera que no se probó dentro del proceso la indebida asesoría aducida por la demandante, quedando en evidencia que Porvenir S.A., actuó dentro de los parámetros legales. Destacando que la permanencia de la demandante dentro del RAIS durante 25 años denota conformidad con las condiciones y prerrogativas del régimen.

Que, la señora Alba Lucía Cuadros actuó en ejercicio de su derecho de libre elección de régimen de seguridad social, que en durante la vigencia de la afiliación podía en cualquier momento solicitar información, pero no lo hizo, indicando con ello que efectivamente se le informó, evidenciando el cumplimiento de las obligaciones de la entidad.

En cuanto a la inversión de la carga de la prueba señala que para la época de la afiliación no existían directrices legales que exigieran a la administradora soportar el acto de afiliación con documento legal adicional al formulario y por lo tanto las asesorías se realizaban de manera verbal. Considera entonces

que la aplicación de la ley de manera retroactiva se da en detrimento de las A.F.P..

Que la Corte Suprema de Justicia ha analizado supuestos en donde los traslados o las ineficacias de las afiliaciones se deben analizar sobre las circunstancias especiales de cada caso en particular.

Finalmente arguye que en cuanto a las cuotas de administración se debe tener en cuenta que no hacen parte de los recursos destinados a financiar las prestaciones, sino a retribuir la gestión de la A.F.P., por lo que al devolverse dichos rubros estarían ante un enriquecimiento sin justa causa de la demandante.

2° El apoderado judicial de la demandada, PROTECCIÓN S.A., presenta **Recurso de Apelación** contra el ordinal 4 con fundamento en los siguientes argumentos:

Señala que a pesar de la existencia de fallos de la Corte Suprema de Justicia que condenen a la devolución de cuotas de administración no considera que sean adecuados o coherentes.

Primero indica que se da un error al considerar que la cuota de administración constituye una merma al tenerse en cuenta la naturaleza de los dos regímenes pensionales, mientras que el régimen de prima media con prestación definida es un fondo común, el régimen de ahorro individual con solidaridad genera rendimientos, los cuales compensan la cuota de administración. Y que, debido a estos rendimientos el capital de la demandante se vio incrementado y no disminuido, por lo cual no se da una merma en él.

Aduce que en el proceso se solicita la ineficacia del negocio jurídico, vinculación al RAIS, por lo tanto, solo se está declarando la ineficacia de un único negocio jurídico que es la afiliación, ya que el seguro previsional es un contrato completamente distinto no pueden transmitirse los efectos de la ineficacia.

Que se desconoce a su vez que una parte de la cuota de administración va al FOSYGA, por lo cual dicho dinero no está en poder de las administradoras. Señala que durante 25 años la demandante fue afiliada y recibió los beneficios de la gestión de las distintas administradoras.

Concluyendo arguye que en gran parte de la jurisprudencia sobre el tema se realizó una analogía con el Art. 963 del C.C. que es una norma sancionatoria, pero en ningún lado se indica

que las administradoras hayan actuado de mala fe o se haya desvirtuado la presunción de buena fe.

3° La apoderada judicial de la demandada, COLPENSIONES, presenta recurso de apelación con fundamento en los siguientes argumentos:

Señala que la demandante no logró demostrar que hubo indebida información por las AFP, pues ella manifestó que si recibió asesoría grupal. Aunado a lo anterior estando a tiempo la demandante de trasladarse a Colpensiones no lo hizo.

Que en la sentencia SL413 del 2018 se indican criterios y comportamientos que demuestran el compromiso del afiliado de permanecer en el régimen, elemento notorio debido a que la demandante permaneció más de 20 años en el régimen, trasladándose dos veces dentro del mismo.

Alegaciones de Instancia

De los recurrentes:

De COLPENSIONES: A través de apoderada judicial allegó escrito de alegaciones en donde señala que no hay motivos suficientes para declarar la ineficacia del traslado, al no

haberse logrado demostrar la indebida o insuficiente información. Ello porque la demandante manifestó haber firmado el formulario sin leer lo que le ofrecían, puesto que se trasladó porque le convenía por la edad al poder pensionarse anticipadamente, que le recibió una charla y que no realizó ningún acercamiento para retornar al régimen de prima media.

Colige que la afiliación de la demandante al RAIS se realizó con cumplimiento de los requisitos del artículo 1502 del C.C. y que, si bien es cierto que las administradoras tienen el deber de información oportuna, completa y veraz, el ciudadano también tiene el de auto-información pero la demandante nunca acudió a Colpensiones a recibir asesoría.

De PROTECCION S.A.: Igualmente, a través de apoderado judicial allegó escrito de alegaciones en el cual manifiesta que la condena de devolución de cuotas de administración no resulta aplicable. Aduce que, se tratan de comisiones ya causadas que no pueden ser consideradas como una merma pues son usadas también para el aseguramiento de riesgos propios de la vinculación y para la contribución al FOSYGA.

Que con base en el artículo 1746 del C.C. no se puede desconocer que el bien produjo unos frutos y mejoras, que son los rendimientos de la cuenta de ahorro que son fruto de la buena gestión de la AFP, por lo tanto el fruto que le corresponde a la entidad es la comisión de administración y

que de no ser así se estaría ante una vulneración del derecho de prohibición de enriquecimiento sin causa. Y que la aplicación analógica del artículo 963 del C.C., es un yerro en lo resuelto porque nunca se ha probado o declarado la mala fe de la administradora pues la única declaratoria fue la imposibilidad de probar la información suministrada y el consentimiento informado. Aunado a ello, la norma al ser sancionatoria no puede ser objeto de aplicación analógica.

Indica que las comisiones de administración ya fueron usadas para gastos de administración, el seguro previsional y cubre los rendimientos en favor de la demandante, los cuales no se habrían causado en Colpensiones. Y que de aplicarse la teoría de la nulidad del derecho privado se concluiría que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP y esta la comisión de administración del afiliado.

Por último señala que de ordenarse trasladar lo descontado por comisión de administración se estaría ante un enriquecimiento sin causa de la demandante, al recibir unos rendimientos sin reconocer la gestión realizada, vulnerándose el derecho a la igualdad al privilegiar a una de las dos partes del contrato que fue suscrito de buena fe por la entidad.

De PORVENIR S.A.: Por intermedio de su apoderada judicial solicita la revocatoria de la sentencia. Arguye que no se probó la indebida o insuficiente asesoría por la accionante, que la afiliación la realizó en virtud de la libre elección de régimen y que durante su permanencia nunca presentó inconformidad con el régimen. Igualmente, que para la época de la afiliación no existían las obligaciones que actualmente tienen las administradoras como la doble asesoría y el requisito de entregar proyecciones pensionales pues esta reglamentación se expidió después del 2014. Por lo tanto, la inversión de la carga de la prueba y la exigencia que se pruebe conforme a los parámetros legales actuales, al restársele valor probatorio a los formularios de afiliación, atenta contra la seguridad jurídica, los principios de legalidad y confianza legítima que le asisten a las administradoras.

Indica también que, la accionante no cumplió con su deber de auto-información puesto que en los 15 años de permanencia en dicha administradora no solicitó información adicional, lo que da cuenta de su falta de interés en su futuro pensional pues el hecho de que se hubiera moderado su carga no significa que se haya eliminado.

Acota que, según la jurisprudencia, la vocación de permanencia del afiliado puede denotarse con la interacción con su administradora, denominado actos de relacionamiento, que son traducidos en el traslado horizontal dentro del mismo

régimen, lo cual se materializa en el presente caso con los traslados de la demandante entre distintas AFP, lo que según la Corte presupone un cierto conocimiento sobre el funcionamiento del régimen y conformidad con sus condiciones.

Señala que el perfeccionamiento de la afiliación se da no solo con el diligenciamiento del formulario, sino también con el pago de los aportes, lo que ocurrió ininterrumpidamente durante 25 años. Y acota denota que, en caso de confirmarse la ineficacia de la afiliación, se abstenga de condenar a la entidad al pago de las cuotas de administración que fueron recaudados conforme a la ley porque dichos rubros fueron usados para cumplir exigencias legales, el seguro previsional y el cubrimiento de los rendimientos. Aunado a ello, debe tenerse en cuenta el artículo 1746 del C.C. del cual ha de colegirse que el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración, el cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la afiliada.

Alegaciones de los no recurrentes:

COLFONDOS S.A., mediante apoderada judicial allega escrito de alegaciones mediante el cual expone que la entidad brindó información completa, correcta y veraz sobre los beneficios y desventajas del régimen de ahorro individual. Y que teniendo

en cuenta que Colfondos S.A., se allanó a las pretensiones y no presentó recurso de apelación en contra de la sentencia solicita no se efectúen condenas adicionales y se confirme la decisión proferida.

ALBA LUCIA CUADROS ÁLVAREZ, también por intermedio de la apoderada judicial solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que el traslado de régimen fue realizado por los engaños de los asesores, quienes le ofrecieron mayores beneficios que los del seguro social. Al tiempo que existió engaño por omisión al no brindarle la información completa. Y colige que con las pruebas allegadas se logró probar el desconocimiento de las condiciones de los regímenes y la falta de asesoría exigida para la validez de los traslados según los precedentes jurisprudenciales.

Consideraciones para Resolver

Se hace necesario en principio observar que no se echan de menos presupuestos formales que impidan el pronunciamiento de fondo a que haya lugar. A su vez, se detenta la competencia funcional para resolverse los sendos recursos de apelación que se interpusieran contra la sentencia que resolviera en la primera instancia el presente proceso.

Ahora, de conformidad con lo establecido en el Art. 66A del CPLSS, se torna imperioso resaltar que el ámbito de la decisión que deba emitirse por esta Colegiatura, para efectos de resolver el recurso de alzada, deberá estar regida por los aspectos que se cuestionaron en torno a la providencia recurrida. De tal manera que solo los reparos debida y oportunamente sustentados contra la sentencia del A Quo, determinarán los problemas jurídicos que deban resolverse en consecuencia.

En tal orden de ideas y de conformidad con los reclamos de los apoderados de las tres entidades administradores de pensiones PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y COLPENSIONES S.A., conllevan a que se formulen como problemas jurídicos los siguientes:

De PORVENIR S.A.: ¿Se probó dentro del proceso la indebida asesoría para el cambio de régimen que debía prestar la aludida AFP, en los términos que se aduce por la demandante? ¿La administradora actuó dentro de los parámetros legales en la afiliación de la demandante? Si frente a causas como la presente, ¿Era procedente invertir la carga de la prueba, en relación con el deber de información sobre los regímenes pensionales?; ¿El conocimiento de la demandante enerva la ineficacia pregonada?; ¿Los traslados de la demandante, dentro de las RAIS, tienen la connotación de enervar la ineficacia de la afiliación demandada? También, ¿Sí lo resuelto

en lo que hace alusión a las cuotas de administración por la permanencia en el fondo, deben ser reconocidas como retribución de la administración y por lo mismo, evitar un enriquecimiento sin justa causa de la demandante?

Ahora, de PROTECCION S.A.: En principio cuestiona el pronunciamiento en torno a la devolución de cuotas de administración al no considera que sean adecuados o coherentes. En tal sentido, deberá la Sala determinar si la condena así impuesta a la Administradora apelante se ajusta a derecho. Consecuentemente, si debe aplicarse la doctrina de la Corte Suprema expuesta a través de su Sala de Casación Laboral, porque se desconoce la esencia de las funciones de las administradoras de pensiones, al tiempo que la aplicación analógica del Art. 963 del C.C., resulta improcedente, amén de la imposibilidad de allegar la prueba de hechos acaecidos hace 25 años. Y, además, se deberá determinar, sí la condena advirtió que parte de la cuota de administración va al FOSYGA, por lo cual dicho dinero no está en poder de las administradoras.

Y de la apelación de COLPESIONES se derivan los dos siguientes: ¿Si la demandante logró demostrar que hubo indebida información por las AFP?; Y ¿Si, se enerva la pretensión de ineficacia porque estando a tiempo la demandante de trasladarse a Colpensiones no lo hizo? A su vez, al sopesar los alcances de la SL413 del 2018, en la cual

se indican criterios y comportamientos que demuestran el compromiso del afiliado de permanecer en el régimen, al permanecer más de 20 años, trasladándose dos veces dentro del mismo lapso, impiden igualmente la improcedencia de lo pretendido.

Los anteriores cuestionamientos de las Administradoras de Pensiones demandadas y ahora recurrentes, bien pueden enmarcarse dentro de dos ámbitos conceptuales jurídicos. Uno, el concerniente con los fundamentos de orden sustantivo y probatorio para determinar la eficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-, para lo cual se deberán analizar el sustento normativo y jurisprudencial sobre el particular, para su aplicación a la situación concreta de la demanda que se interpusiera por la señora Alba Lucía Cuadros Álvarez. Y el otro, bajo qué parámetros y de conformidad con el ordenamiento jurídico, ante la prosperidad de la ineficacia de la afiliación aludida, procedería una condena sobre las cuotas de administración que en la primera instancia se condenó también a su devolución. Y sobre este último aspecto ventilar si, se advirtió que parte de esa cuota de administración se dispuso para el FOSYGA.

Así, en lo que hace alusión al primer aspecto objeto de estudio la Sala ciertamente debe resaltar cuál es la doctrina jurisprudencial sobre el particular, habida cuenta que han sido

múltiples los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, que como autoridad unificadora de la Jurisprudencia ha pronunciado sobre estas materias. Y ello, además, para determinar si tal clase de subreglas son aplicables a la situación sub júdice y por qué esta Colegiatura asume posición al respecto, sobre la que valga observarlo, aún no se ha emitido precedente análogo.

Así, en reciente fallo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, expuso y reiteró al resolver en vía de Casación asunto análogo al aquí objeto de resolución. Al respecto en la Sentencia SL1214-2022 del 6 de abril del presente año, insistió en las siguientes subreglas jurisprudenciales:

“Con el anterior norte, es pertinente recordar que, en múltiples oportunidades, esta Corte ha abordado el punto materia de discusión, para definir que ese trascendental acto debe ser libre y voluntario, pero además, precedido de información clara y veraz sobre las ventajas y desventajas del cambio (CSJL SL1452-2019 y CSJ SL373-2021).

Indistintamente, la Corporación ha insistido en la imperiosa necesidad de que en sede judicial, la problemática planteada «debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (art. 1746 CC)» (CSJ SL3199-2021); según el criterio de la Sala, la consecuencia de la inobservancia del deber de información es la ineficacia, que genera privar de todos los efectos jurídicos el traslado, como si nunca hubiera existido.

También, se ha decantado que la firma del formulario de afiliación y su contenido, no suplen el deber de información y el consentimiento informado (CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020).

Del mismo modo, ha estimado inaceptable condicionar la declaratoria de ineficacia a la existencia de una expectativa pensional concreta o de un derecho adquirido; en esa línea, se ha adoctrinado que para que se imponga la consecuencia aludida, no es necesario que al momento del cambio de régimen, el afiliado cuente con uno de esos privilegios (CSJ SL2611-2020). Lo relevante, se ha repetido, es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional.

De otro lado, la permanencia de la afiliada en el RAIS, a pesar de los varios traslados de AFP, no representa por su naturaleza una ratificación o convalidación del acto inicial de traslado, como lo entendió el ad quem. Los movimientos entre administradoras del régimen de ahorro individual no tienen ese alcance. Así lo explicó la Corte recientemente:

Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.

(...).

(...) ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente

informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; [...].

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

La Sala destaca que si bien, es viable que los jueces se aparten del precedente vertical, tal posibilidad debe estar

acompañada de una carga argumentativa suficiente que justifique la adopción de una postura diferente a la de la Corte. En este caso, para apartarse del precedente reiterado en providencia CSJ SL1452-2019, el Tribunal arguyó que «dicha sentencia se encuentra emanada por (sic) 5 magistrados de la Corte Suprema, de los cuales uno está impedido y dos presentan aclaraciones de voto, las cuales esas aclaraciones son desconocidas para esta Sala de decisión toda vez que no han sido emitidas las mismas».

Llama la atención de la Sala el raciocinio del que se valió esa colegiatura, para abstenerse de hacer operar el precedente citado, en tanto nada tiene que ver con un criterio jurídico divergente, sino con el número de magistrados que la suscribieron, el impedimento de uno de ellos y las aclaraciones de voto que hicieron otros dos, como si por ello la providencia no tuviera la condición de sentencia judicial emanada del órgano de cierre de la especialidad laboral y de la seguridad social de la jurisdicción ordinaria.

A propósito de la obligatoriedad del precedente, esta Sala en la decisión CSJ SL4823-2021, expresó:

Se recuerda, es factible que los jueces se aparten del precedente jurisprudencial, pero para ello se requiere esgrimir una argumentación suficiente, tal como lo explicó la Sala en la sentencia CSJ SL440-2021:

[...]

En este sentido, de existir un precedente aplicable, los jueces laborales deben identificarlo -carga de transparencia- y, hecho esto, acatarlo o disentir del mismo. Si es lo segundo, asumen la obligación de desplegar una carga argumentativa suficiente que explique las razones del disenso -requisito de suficiencia, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, dado que los jueces deben

adaptarse a las exigencias que impone la realidad y reconocer la evolución del derecho (CC T-446-2013), o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales (CC C-621-2015).

En ese orden, el Tribunal omitió el cumplimiento de la obligación reseñada, con claro compromiso de derechos y valores constitucionales y legales como los de igualdad, debido proceso y buena fe, de crucial trascendencia a la hora de preservar la confianza en las decisiones de los jueces.

Queda claro que el juez de alzada se equivocó y, por ende, se impone el quiebre de la sentencia gravada. Sin costas, dada la prosperidad de las acusaciones.”

En relación con la doctrina expuesta esta Colegiatura ciertamente no podría desatenderla. Ello porque amén de que se ha plasmado en múltiples fallos y ello demuestra la solidez y claridad de las subreglas allí expuestas, como doctrina probable, no se tendrían fundamentos sustantivos, normativos o jurisprudenciales para que la solución particular de la situación en examen tenga otra connotación. Conclusión obligada de ello es que, la situación fáctica que subyace en el presente caso, deberá entonces sujetarse a estas reglas y con base en ellas se analizarán en consecuencia los reparos que se hicieron contra la sentencia apelada.

En tal orden de ideas, ciertamente el ámbito de la información que pudiera haberse dado a la persona afiliada a las RAIS, se torna trascendental o determinante para la prosperidad de esta clase de pretensiones. Así, valga reiterar lo que ha expuesto insistentemente la Jurisprudencia: *“...es pertinente recordar que, en múltiples oportunidades, esta Corte ha abordado el punto materia de discusión, para definir que ese trascendental acto debe ser libre y voluntario, pero, además, precedido de información clara y veraz sobre las ventajas y desventajas del cambio (CSJL SL1452-2019 y CSJ SL373-2021). Amén de ello, si se suscitó información, cuáles fueron sus alcances, si fueron suficientes, cuáles serían las subreglas probatorias para el efecto y en general los demás aspectos interrelacionados.*

Y ciertamente sobre la trascendencia de la información que debe ser suministrada a quien se afilia a un fondo de pensiones tiene lógicas consecuencias jurídicas y así se ha reconocido en nuestra normativa sustantiva. Al respecto en la sentencia SL1452-2019, del 3 de abril de 2019, emanada de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia se hace un análisis amplio e histórico de tal obligación. Al respecto el aparte conclusivo de lo allí ampliamente expuesto es el siguiente extracto:

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y

realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional,

no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].**

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.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.”

Ahora, también en el precedente citado se reiteraron subreglas de orden probatorio. Sobre el particular se expuso allí lo siguiente:

“3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

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.”

En tal sentido y siguiendo en integridad los parámetros jurisprudenciales, veamos sí la señora Alba Lucía Cuadros Álvarez, recibió la información debida para colegir que la pretendida ineficacia del traslado de régimen pensional no puede salir avante como lo pregonan la AFP recurrentes de este aspecto, Porvenir S.A. y Colpensiones. O si por el contrario, debe mantenerse lo resuelto en la primera instancia que concluyó lo opuesto.

Dentro del expediente en torno a la información que se le brindó a la demandante, ciertamente obran diversos medios probatorios que aluden directa o indirectamente a ello. Veamos:

En principio ha de denotarse que ciertamente en el proceso además de haberlo reseñado la juzgadora de la primera instancia en su fallo, lo relacionado con la vinculación y traslados de la demandante Alba Lucía Cuadros Álvarez se

acreditó debidamente en el proceso con la documentación respectiva. Entonces, precisa observarse que la afiliación se efectuó a la AFP COLFONDOS S.A., para el 29 de agosto de 1996; que un primer traslado a la AFP PROTECCIÓN S.A., el 2 de marzo de 2000; y segundo el traslado se acaeció con la AFP PORVENIR S.A., el 8 de octubre de 2009. Se denota igualmente que las AFP'S referidas como lo denotó el fallo recurrido *"...demostraron el suministro de la información a la demandante en el preciso momento de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, y los posteriores traslados dentro del RAIS conforme se registra en los formularios de afiliación visibles en los folios 2 a 5 del archivo 2 del proceso electrónico"*

Ahora, en su demanda la señora Alba Lucía Cuadros Álvarez, sostuvo que, firmó el respectivo formulario de afiliación al Fondo Privado, entonces CONFOLDOS. A pesar de ello, con posterioridad concluyó que esta entidad, no brindó la información clara, completa de ambos regímenes pensionales, en torno a sus ventajas, como a sus desventajas. Y en cuanto a los cambios de fondo, que ellos se hicieron porque sencillamente los asesores solo prometieron mayores beneficios que la administradora a la que en su momento estuvo afiliada.

Ahora, en su contestación CONFONDOS, AFP que afilió por primera vez a la demandante, replicó lo expuesto por la

demandante, denotando que amén de que la vinculación fue enteramente voluntaria, también suministró la información necesaria de las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS. Igualmente, niega que hubiese querido “*engañar o brindar falsas expectativas*” sobre el particular para que se retiraran del fondo público.

Ahora, ya dentro del trámite procesal fue interrogada la demandante sobre las razones vinculación al fondo privado y la clase de información que recibió sobre el particular. Al respecto una síntesis de lo que la señora Alba Lucía Cuadros Álvarez expuso en tal momento procesal lo siguiente:

Que la demanda fue motivada porque haría unos seis años que empezaron a pensionarse las personas de mayor edad en la fundación cardiovascular, quienes advirtieron que el monto de pensión era muy bajo comparado con el que se iba a recibir en Colpensiones; que enfermeras profesionales que ganaban dos millones no alcanzaban a ganar ni un salario mínimo. Entonces ella fue a Porvenir y le dijeron que después de estar cotizando por un salario mínimo integral que la proyección de su salario iba a ser de dos millones de pesos en esa época, en ese momento intento trasladarse a Colpensiones y no se pudo.

Sobre las circunstancias del traslado a Colfondos en el 96, cuenta que ella tenía seis años de empezar a laborar y los reunieron al grupo de la fundación cardiovascular, que eran 30, para informarles sobre los beneficios del fondo privado. Recuerda que les dijeron que se podía heredar, que se podía pensionar con el monto que quisieran, que podían elegir la edad, pero nunca le hablaron de la contraparte, de los riesgos que tenía perder la afiliación del seguro social y le decían que se iba a acabar y que si seguían ahí no iba a tener oportunidad

de pensionarse. No le explicaron desventajas, solo presentaron la ventaja y dijeron además que el Seguro Social se iba a acabar.

En la asesoría de Horizonte, para el cambio de fondo, la idea que le vendieron era que estaba perdiendo plata en el fondo anterior porque sus ahorros estaban perdiendo valor por la rentabilidad del comportamiento de los últimos meses y que en el fondo iba a ganar más rentabilidad, llegan con el formulario, ellos llegan con toda información laboral y lo único es firmar el documento que ya viene pre diligenciado.

Con posterioridad a la afiliación solo se acercó a solicitar información, hace cinco años, motivada por la situación de sus compañeros que andaban haciendo sus cálculos y se estaban pensionando con salarios mínimos y ahí es donde se encuentra con que la proyección era de dos millones de pesos y trato de trasladarse al seguro social y no la aceptaron porque para el momento contaba con 51 años. Que ella concluyo que en Colpensiones tendría una mejor pensión al ver que compañeros que devengaban mucho menos que ella iban a tener una mejor pensión allí, aunado a ello su abogada hizo la consulta a Colpensiones.

En el acercamiento que hizo a Porvenir ya estaba superando los 50 años, preguntó que por lo menos quería tener como pensión la mitad de lo que estaba ganando, que correspondían a 4 millones de pesos y le dijeron que tenía que ahorrar 5 millones de pesos mensuales de ahí hasta pensionarse, lo que era más del 60% de lo que ganaba. Colfondos no le dio asesoría personal, sino grupal y los demás fondos no le hablaron de las ventajas y desventajas entre los regímenes, solo le hablaron de los rendimientos. Que nunca le advirtieron de la situación, de ser así habría tomado las medidas que correspondían.

Ahora, como lo denotó la juzgadora de la primera instancia, ciertamente en el formulario de afiliación se consignaron

algunos aspectos en torno a la actuación y el asentimiento de la señora Alba Lucía Cuadros Álvarez. En tal sentido en el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A., se consignó que *“Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad lo he efectuado de forma libre, espontánea y sin presiones. Manifiesto que he elegido a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A. para que administre mis aportes pensionales, que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos”*. También se lee que la demandante manifestó que *“...hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. He sido asesorado sobre las implicaciones del régimen... Manifiesto que he escogido a BBVA Horizonte, pensiones y cesantías para que administre mis aportes pensionales...”*

Por su parte, la apoderada de la AFP PORVENIR S.A., cuestiona el fallo en torno a este aspecto con diversos argumentos. Al respecto:

En principio se duele de que *“... en el curso del plenario no se probó la supuesta indebida e insuficiente asesoría aludida por la accionante, ya que precisamente tras haber sido debidamente informado decidió bajo su mera liberalidad suscribir formulario de afiliación al fondo de pensiones PORVENIR S.A. en el mes de noviembre de 2009,y afiliación*

que se efectuó en virtud de la libre elección de régimen de seguridad social conferida por la Ley 100 de 1993, sin que la actora hubiere manifestado durante la permanencia en el fondo pensional que presento inconformidad alguna con las prerrogativas del régimen”.

Sin embargo, ha de observarse que el ámbito de la carga de la prueba constituye una de las subreglas para resolver judicialmente causas como las presentes. Y al respecto, los precedentes que unifican la jurisprudencia denotan que no es a la parte demandante, al afiliado a las AFP RAIS a quien corresponde demostrar la indebida o insuficiente información, sino precisamente es responsabilidad procesal del fondo demandado. Y al respecto también observarse que la información suministrada en el respectivo formulario, no se torna suficiente y adecuada para enervar la eficacia de la afiliación, porque no tiene el alcance y profundidad necesaria para derivar un verdadero consentimiento informado, según también se explica ampliamente en la jurisprudencia citada y las demás concordantes sobre la materia.

También igualmente se duele de que “...para la fecha en que se realizó la afiliación, esto es, año 2009, la asesoría se realizaba de manera verbal y no le asistían a las administradoras las obligaciones que hoy se les endilga, las cuales solo entraron a ser parte de los procesos de afiliación con la expedición de normas posteriores. Por tanto, en este caso, nos encontramos ante una afiliación efectuada en una

época en la cual no era requisitos entregar proyecciones pensionales, ni la doble asesoría, directrices que solo fueron exigibles a partir del año 2014, de conformidad con la promulgación de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2017 de 2015, como así lo resaltó la Superintendencia Financiera en concepto 2015 123910-002 del 26 de diciembre de 2015.”

No obstante, lo anterior, precisa también la Sala que la información completa y oportuna ciertamente no necesariamente conllevaba las exigencias expuestas por la parte recurrente, razón por cual el aludido concepto de la Superfinanciera, no podría entenderse como un eximente frente al deber de información de las AFP RAIS. Y, por consiguiente, al ser necesaria la referida información, en los términos exigidos por la jurisprudencia para impedir que se torne ineficaz la afiliación, ella debe obrar en todo caso en el proceso y si ello no es así, quien tenía el deber de probar tal situación fáctica debe asumir igualmente las respectivas consecuencias procesales.

Se dolió a su vez la AFP recurrente, de aspectos que juzga “*importantes*”, en torno a la “*supuesta*” información. En tal sentido, alude que “*..para la fecha del traslado no se tenía la posibilidad de establecer cuál sería el monto de la pensión que devengaría la demandante*”; que el régimen pensional, se debe indicar que ello está sujeto a las condiciones objetivas y subjetivas del posible afiliado; la prohibición de aplicar retroactivamente la ley..”, exponiendo diversos argumentos en

contra de la doctrina reiterada sobre el particular de la Sala de Casación Laboral.

Para esta Colegiatura resulta necesario observar que, el deber de información ciertamente exige unas connotaciones de tal magnitud que ciertamente se echan de menos en el presente proceso, bajo los lineamientos aludidos en torno a los medios probatorios acopiados en el presente proceso. Amén de que la predicada aplicación retroactiva de la ley solo podría entenderse como una posición jurídica que por el acogimiento que ha hecho esta Colegiatura de los múltiples precedentes verticales sobre la materia, no puede aceptarse.

También ha de observarse en torno al ámbito de la operancia de la inversión de la carga de la prueba, que al tiempo que insistentemente la doctrina jurisprudencial ha explicado las razones para ello, también debe agregarse que frente a la negación indefinida de falta de la oportuna y completa información con las implicaciones de la desafiliación del régimen de prima media y afiliación a las RAIS, ciertamente no podría exigirse una prueba de ello a un demandante. Ello no solo se aplica a casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, sino que tales aspectos o situaciones lógico jurídicas, son de aplicación en todos los campos del derecho procesal.

En tal sentido, las negaciones indefinidas ciertamente no se prueban, sino que están exentas de tal exigencia por la

imposibilidad material para allegar un medio demostrativo de ellas, lo cual fue recogido en el art. 167 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, y ya era norma también en igual sentido en el Código de Procedimiento Civil a través del art. 177, ordenamiento que venía rigiendo desde 1970 en nuestro país, solo para citar un ejemplo de lo referido.

Ahora, tampoco podría aceptarse que como la afiliación a la RAIS acaeció hace mucho tiempo, sea jurídicamente razonable o ajustado a derecho, exigir que se alleguen soportes de lo entonces acaecido y en particular sobre la información suministrada, lo cual atentaría contra la estabilidad jurídica. Ello porque, frente a los derechos pensionales, por su naturaleza, que en principio solo podría ser exigibles en ciertos momentos y en general cuando la persona ya ha cumplido con los requisitos mínimos, cuando han pasado cuando menos 20 años desde el acto de vinculación a los fondos pensionales, las administradoras de pensiones deben mantener los soportes por el tiempo necesario para cualquier efecto que se requiera. Ello se constituye en un deber apenas natural y lógico en torno a sus competencias y responsabilidades con trascendente derecho prestacional.

También se pregona a su vez por la apoderada recurrente sobre el deber de auto información como aspecto enervante de la ineficacia pretendida. Sin embargo, para esta Sala ello no puede acogerse porque la carga de la información referida la

tenía AFP; ésta debía y en ello se insiste, para el momento del cambio de régimen, suministrar la información en las condiciones pregonadas por la jurisprudencia, siendo claro que dentro del presente proceso no se satisfizo en la debida forma. Por ello, exigir un deber, el de la auto-información, a quien no tiene la posibilidad acceder a tan complejos aspectos, amén de que no está reconocida como tal en nuestro ordenamiento jurídico, sería imponer una carga desproporcionada sin justificación razonable y atendible.

Ahora, el tiempo de permanencia de los fondos del sistema RAIS tampoco puede conllevar a que deba inferirse que no podría estructurarse la ineficacia de la afiliación a las RAIS y su retiro del régimen de prima media. Sobre tal aspecto se han expuesto también subreglas jurisprudenciales que dan cuenta de que no podría tener el alcance que se pretende dar por la apoderada recurrente. Ello porque se insiste, el debate se contrae al ámbito de la información el momento y en las condiciones sobre las cuales ya se ha hecho reiterada alusión en el presente fallo. Y tal como se cita de extracto por la profesional: *“Por lo tanto, lo que define que un caso se resuelva declarando o no la nulidad, depende del ejercicio probatorio que hayan hecho las partes dentro del proceso a fin de esclarecer si la persona estaba o no debidamente informada. Ello conlleva a sostener, que se trata de discusiones eminentemente casuísticas que no pueden convertirse en reglas generales de criterio, sino en consideraciones*

intrínsecamente atadas a lo que se ponga de manifiesto dentro del litigio”.

Se concluye entonces en que el primer ámbito objeto de estudio por la Sala, no puede conllevar a que se revoque el fallo recurrido, al concluirse también por esta Sala que sí se estructuraron los presupuestos sustanciales y procesales para declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional. Por ello, lo resuelto en primera instancia sobre el particular deberá ser confirmado íntegramente.

Ahora, veamos lo concerniente con la condena en particular sobre las cuotas de administración. Aspecto que fuera objeto de reparo por vía de la apelación, tanto por parte de la RAIS, PORVERNIR S.A. y PROTECCION S.A.

También al respecto esta Sala debe en principio tener presente cuáles son las subreglas jurisprudencias en torno a este aspecto jurídico. Y tal sentido, determinar si está frente a situaciones análogas y si es del caso, cuál sería la posición de la Sala en torno a las condenas que se impusieran en la primera instancia, frente a los reparos que se hicieron por vía del recurso de alzada. Al respecto, en la muy reciente sentencia sustitutiva proferida por la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL1414-2022 del 27 de abril del presente año,

expuso como aspecto consecuencial a la procedencia de la ineficacia de la afiliación a las AFP de las RAIS, lo siguiente:

“Por lo expuesto, se adicionará el numeral primero de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A., a que traslade a Colpensiones, además de los aportes y sus respectivos rendimientos contenidos en la cuenta individual del demandante, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, con cargo a sus propios recursos, como se adoctrinó en las sentencias CSJ SL5680-2021 y CSJ SL755-2022; y, consecuencialmente, para todos los efectos legales se debe tener en cuenta que la afiliada nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el RPM administrado por Colpensiones.”

En tal orden de ideas, deberá entonces aplicarse también las subreglas allí fijadas por la autoridad unificadora de la Jurisprudencia, las que ciertamente son reiteradas, razón por la cual los reparos que sobre el particular fueron expuestos por la apelante la AFP PROTECCION S.A., así como la también AFP PORVENIR S.A., en torno al ámbito o alcance de la condena, en lo concerniente con el numeral “Cuarto” de la sentencia recurridas, relativo al reintegro de las cuotas de administración no puede ser revocada. En tal sentido, mal podría colegirse un enriquecimiento indebido, cuando quiera que se busca que las condiciones patrimoniales anteriores al acto declarado ineficaz, en lo posible sean debida y justamente

restablecidas, tal cual acontece cuando en el ámbito civil se declara la nulidad de un acto o contrato. Al quererse equilibrar las pretensiones con los pronunciamientos consecuenciales, no podría entenderse como una condena patrimonial con otros alcances, en los términos que se exponen por la recurrente.

Consecuente con lo expuesto, la condena impuesta en torno al reintegro de las cuotas de administración se ajusta a derecho y por lo mismo, tal pronunciamiento igualmente deberá ser objeto de íntegra confirmación. Así se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.

Deviene exponer como conclusión general que los recursos de alzada que fueron interpuestos por las AFP PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, no salieron avantes y por lo mismo la sentencia de primera instancia deberá ser objeto de íntegra confirmación. Además, deberá condenarse en costas a las recurrentes conforme a los presupuestos previstos en los numerales 3 del artículo 365 del C.G.P y en favor de la parte demandante.

DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN GIL, EN SALA CIVIL**

FAMILIA LABORAL, “*administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley*”,

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR INTEGRAMENTE la Sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Gil dentro del presente proceso y por lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

Segundo: COSTAS de la Segunda Instancia a cargo de las AFP recurrentes PORVENIR S.A, PROTECCIONS S.A. y COLPENSIONES y a favor de la parte demandante.

Tercero: En oportunidad devuélvase el proceso al Despacho de la Primera Instancia por lo jurídicamente atendible.

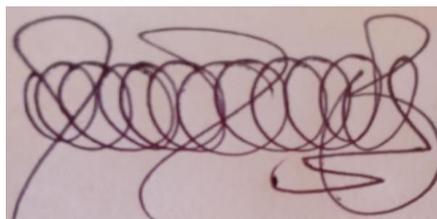
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

El Magistrado,


JAVIER GONZÁLEZ SERRANO¹,

¹ Esta Providencia se suscribe de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada.

Los Conjuces,

A handwritten signature in red ink, consisting of a series of overlapping loops and curves, positioned above the name YAZMIN ANGARITA BUILES.

YAZMIN ANGARITA BUILES

A handwritten signature in black ink, featuring a central looped structure with a vertical line extending downwards, positioned above the name NELCY CARDOZO RUEDA.

NELCY CARDOZO RUEDA