

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso las partes 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, 17 de marzo de 2022

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

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

Radicación No.: 66001310500320180054101

Demandante: Justiniano Argüello Ribero

Demandado: Porvenir S.A., Protección S.A., Colfondos S.A., Old Mutual S.A. y Colpensiones

Vinculada: Ecopetrol

Juzgado: Tercero 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, marzo treinta (30) de dos mil veintidós (2022)

Acta No. 48 del 28 de marzo 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, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN, como Ponente, y OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA, y el Magistrado GERMÁN DARIO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por Justiniano Argüello Ribero en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A., Colfondos S.A. y Old Mutual S.A.; proceso al que fue vinculada la sociedad Ecopetrol S.A.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida

el 12 de agosto de 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. Demanda y contestación de la demanda

Pretende el demandante que se declare la nulidad de la afiliación y del traslado de régimen que hizo desde el régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) hacia la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, así como de las afiliaciones posteriores que hizo hacia Horizonte (Hoy Porvenir S.A.), Colfondos S.A. y Skandia (Hoy Old Mutual S.A.).

En consecuencia, solicita se ordene a Colpensiones recibirlo nuevamente como afiliado cotizante y, de igual manera, que se condene la AFP Old Mutual a devolver a Colpensiones los valores que hubiera recibido con motivo de sus aportes. Así mismo, solicita que se condene al pago de las costas procesales a cargo de Protección S.A., Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Old Mutual.

En síntesis, relata que empezó su vida laboral afiliado al régimen de prima media con prestación definida y continuó cotizando en dicho régimen hasta el mes de julio del año "2000" (sic). También, indica que el 1º de agosto del 2010 suscribió formulario de afiliación con la AFP ING (hoy Protección S.A), con la intención de afiliarse a cesantías, no la de realizar traslado en pensiones. Y en cuanto a la asesoría, rememora que no recibió asesoramiento alguno por parte la a AFP Protección para efectos de su traslado.

Además, manifiesta que el 25 de febrero de 2011 suscribió formulario de afiliación con Skandia (hoy Old Mutual S.A.); que el 24 de octubre del año 2012 se vinculó a Horizonte (Hoy Porvenir S.A.); que el 13 de junio de 2013 diligenció nuevamente formulario de afiliación con la AFP Skandia (hoy Old Mutual S.A.) y, que el 20 de agosto de 2015 se trasladó a Colfondos S.A., haciendo notar que al momento de suscripción de dichos formularios nunca recibió a asesoría por parte de las AFP.

Por último, manifiesta que el día 23 de julio de 2018 Colpensiones negó su solicitud de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) al régimen de prima media con prestación definida, por encontrarse a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

Colpensiones se opuso a las pretensiones del actor, centrando su defensa en que la afiliación del señor Justiniano Argüello Ribero a Protección S.A. tiene plena validez y se hizo conforme al ordenamiento legal. Por consiguiente, negó la mayoría de los hechos de la demanda o refirió no constarle, resaltando que no existe registro histórico de afiliación del demandante a esa entidad. Así mismo, hace notar la imposibilidad de su traslado al régimen administrado por Colpensiones, al encontrarse dentro del margen de los diez años previo al cumplimiento de la edad mínima para obtener el derecho a la pensión de vejez. Como excepciones invocó "***inexistencia de la obligación demandada y prescripción***".

Old Mutual S.A. allegó escrito de contestación, indicando que según la historia laboral del demandante, éste jamás ha estado vinculado al régimen de prima media con prestación definida. Por el contrario, el señor Justiniano presentó una vinculación inicial al Sistema General de Pensiones, en virtud de su afiliación a la AFP ING. Por otra parte, manifiesta que en las tres ocasiones en que el demandante decidió vincularse al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Old Mutual, se le brindó información seria, completa, veraz y oportuna, acerca de las características propias del RAIS, el fondo por ella administrado y sus diferencias frente al RPM, siendo el demandante quien de forma libre, espontánea y sin presiones, suscribió los formularios de solicitud de vinculación. En consecuencia, se opuso a las pretensiones, y señaló que en el evento hipotético de que se llegare a demostrar la nulidad del acto de solicitud de vinculación a Protección, esta nulidad se ha visto subsanada por el paso del tiempo y por la ratificación de la voluntad del demandante de permanecer en el RAIS. Por último, resalta que el actuar de Old Mutual se ha ceñido en todo momento a la Ley y la buena fe. Como excepciones invocó "***validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la eventual nulidad relativa, prescripción, buena fe y la innominada o genérica***".

Colfondos S.A. en su contestación, negó la mayoría de los hechos de la demanda o refirió no constarle y precisó, que Colfondos le brindó al demandante una información seria, completa, veraz y oportuna, acerca de las características propias del RAIS, sus diferencias frente al RPM y las características del Fondo de Pensiones Obligatorias por ella administrado. Además, que con base en dicha información, el demandante de forma libre, espontánea y sin presiones, suscribió el formulario de vinculación. Se opuso a las pretensiones, y centró su defensa en el hipotético de que, si llegare a demostrarse la nulidad del acto jurídico de solicitud de vinculación al Fondo administrado por Protección, esta se habría visto subsanada por el paso del tiempo. Así mismo, que la afiliación del demandante al RAIS es completamente válida y se encuentra vigente. Como excepciones invocó las de

“validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la supuesta nulidad relativa, pago, compensación, prescripción, buena fe y la innominada o genérica”.

Porvenir S.A. al contestar aceptó los hechos relacionados con la fecha en que se afilió el demandante a la AFP ING (hoy Protección S.A.) y la suscripción de los formularios de afiliación a la AFP Skandia (Hoy Old Mutual S.A.). Su defensa la centró en que la vinculación a Horizonte (hoy Porvenir S.A.) fue conforme al ordenamiento legal, producto de la suscripción de la vinculación de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría respecto a todas las implicaciones de su decisión. Además, que en el hipotético de llegarse a demostrar un vicio en el consentimiento que hubiere viciado de nulidad la solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por ING (hoy Protección), esta se ha visto subsanada por el paso del tiempo. Como excepciones invocó: ***“validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la supuesta nulidad relativa, pago, compensación, prescripción, buena fe y la innominada o genérica”.***

Protección S.A. allegó escrito de contestación, donde se opuso a la totalidad de las pretensiones, y centró su defensa en que el señor Justiniano Argüello Ribero no pudo ser víctima de omisión en la información al momento de su decisión de trasladarse de régimen, pues fue un acto producto de su propia voluntad y no se le hizo incurrir en error alguno sobre el objeto de la contratación en lo relativo a sus derechos prestacionales, características y condiciones del régimen que lo acogía. Por consiguiente, negó la mayoría de los hechos de la demanda o refirió no constarle y precisó, que se opone a la declaración de nulidad por omisión en la información y/o por inducción a error. Lo anterior, porque el traslado no adolece de vicios en el consentimiento que deban recaer sobre la voluntad del actor. Como excepciones invocó ***“prescripción, buena fe, compensación, exoneración de condena en costas, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada, inexistencia de la 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, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado y la genérica o innominada”.***

Al proceso fue vinculada **Ecopetrol S.A.**, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones, alegando que el demandante no se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, ya que pertenecía al régimen especial de pensiones

vigente hasta el 31 de julio de 2010, y por disposición del Acto Legislativo 01 de 2005 debía acogerse a no de los regímenes contemplados en la Ley 100 de 1993, escogiendo el RAIS, de manera libre y voluntaria. Como excepciones perentorias propuso las de "Falta de legitimación en la causa por pasiva"; "Inexistencia de la obligación de afiliación a pensiones del demandante respecto a Ecopetrol. Decisión libre y voluntaria de Justiniano Arguello Ribero de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 1 de agosto de 2010 luego de extinguido el régimen de excepción en pensiones de Ecopetrol"; "Buena fe"; "Prescripción" y "Falta de causa para pedir".

2. Sentencia de primera instancia

La Jueza de primera instancia declaró probadas las excepciones de mérito planteadas por Porvenir S.A., Protección S.A., Colfondos S.A. y Skandia S.A., la de "falta de legitimación en la causa por pasiva", propuesta por Ecopetrol.

De otro lado, declaró no probadas las excepciones de mérito que fueron planteadas por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones (ordinal 5). Y, por último, condenó en costas a cargo de la parte demandante y en favor de las demandadas en un 100%.

Para llegar a tal determinación, la A-quo examinó el material probatorio incorporado al plenario y, advirtió que no aparece rastro, antecedente o registro alguno que dé cuenta de que el señor Justiano se encontraba previamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida. Por lo tanto, consideró que en realidad existió una afiliación inicial para el día 1 de agosto del año 2010, afiliación que se hizo obligatoria y necesaria, por la desaparición del régimen especial excepcional que el actor tenía constituido desde el año 1994, cuando empezó a trabajar para la empresa Ecopetrol

En cuanto a la información que se le suministró, consideró que el señor Justiniano tuvo la oportunidad de verificar la información que le suministraron los asesores. Así mismo, que desde el 1 de agosto de 2010 hasta la fecha en que se generó en último traslado, 1 de diciembre 2017, se ha dado un incremento importante sobre el conocimiento que tenía el demandante acerca del Sistema de Seguridad Social Integral y sobre todo en pensiones. Hace notar que el señor Justiano recibió información por parte de la empresa Ecopetrol y orientaciones otorgadas por un total de seis personas.

En cuanto al interrogatorio escuchado, concluye que las personas que asesoraron al señor Justiniano fueron diligentes, en el entendido de que le entregaron tablas diferenciadoras y documentos en los que se comparaban aspectos como los beneficios y rendimientos.

3. Recurso de apelación

El apoderado de la parte demandante sustentó recurso de apelación, teniendo como fundamento que ninguna de las entidades demandadas aportó prueba alguna que demostrara haber llevado a cabo un asesoramiento acorde con lo ordenado en el Decreto 663 de 1993; y que es obligación de las Administradoras de Fondos Privados brindar un asesoramiento acorde, argumento que la jueza de instancia maneja en su discurso, pero se aleja de su pronunciamiento.

Respecto a la carga de la prueba, indica que está en cabeza de las AFP privadas y no del afiliado, tal como lo ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias. No obstante, la AFP Protección no aportó prueba alguna que indicara haber realizado un asesoramiento adecuado, idóneo, transparente, sano, efectivo y veraz, que considera aspectos negativos y positivos.

Refiere que la jueza de primer grado no revisó ni verificó si la AFP Protección dio cumplimiento a lo establecido en el estatuto orgánico financiero vigente para la época de la afiliación del señor Justiniano Argüello Ribero. Así mismo, resalta que las AFP no manifestaron al señor Justiniano que si las condiciones del mercado no le eran favorables su mesada pensional podría llegar a ser inferior a lo que ofrece el régimen de prima media. En consecuencia, solicita revocar la sentencia proferida en primera instancia y se acceda a los pedidos contenidos en la demanda.

4. Alegatos de conclusión

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

5. Problemas jurídicos por resolver

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

- i. Establecer si para el momento en que la parte actora efectuó la vinculación al régimen de ahorro individual, proveniente del régimen especial excepcional de Ecopetrol, existía normatividad vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al potencial afiliado información suficiente sobre las consecuencias de su afiliación al RAIS.
- ii. Identificar si la obligación de las AFP del RAIS recaía igualmente respecto de personas provenientes de regímenes excepcionales, con ocasión de la desaparición de estos dispuesta en el Acto Legislativo 01 de 2005.
- iii. Definir si para dar por cumplido el deber de información de las AFP es suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación.
- iv. Determinar la carga probatoria que les corresponde a cada una de las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales.
- v. 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.
- vi. 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.
- vii. Determinar si hay razón suficiente para apartarse del precedente jurisprudencial existente frente a la ineficacia del traslado de régimen.
- viii. 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.
- ix. Establecer si se debe imponer costas procesales a las entidades demandadas.

6. Consideraciones

6.1. Precedente vertical: la tesis de la Corte Suprema de Justicia respecto al tema de la ineficacia del traslado constituye doctrina probable

En la actualidad existe **doctrina probable** respecto a la ineficacia de los traslados de regímenes, por cuanto la Sala de Casación Laboral ha proferido sobre el tema un número considerable de sentencias (más de 40), entre otras, las siguientes:

SL 31989 del 9 sep. 2008, SL 31314 9 sep. 2008, SL 33083 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, Sentencia SL 373 -2020, Sentencia SL 5462-2019, Sentencia SL149-2020, Sentencia SL5533-2019, Sentencia SL5144-2019, Sentencia SL4937-2019, Sentencia SL4426-2019, Sentencia SL4343-2019, Sentencia SL4856-2019, Sentencia STP 2082-2019, Sentencia SL4360-2019, Sentencia SL3852-2019, Sentencia SL3749-2019, Sentencia SL3179-2019, Sentencia SL1838-2019, Sentencia SL2817-2019, Sentencia SL771-2019, Sentencia SL4296-2018, Sentencia SL2865-2019, Sentencia SL2955-2019, Sentencia SL2324-2019.

En términos generales, en todas estas sentencias se determinó *i)* el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, *ii)* la procedencia de la ineficacia del traslado, *iii)* la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Todos los problemas jurídicos planteados en este asunto, fueron objeto de estudio por parte de la Sala de Casación Laboral, de modo que basta referirnos a su precedente para dar respuesta a los mismos, como veremos a continuación.

6.2. "El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación¹"

Dado que las Administradoras de Fondos de Pensiones son organismos profesionales, resulta aplicable el artículo 1604 del Código Civil, según el cual la prueba de la debida diligencia y cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, atendiendo a las siguientes razones:

1) Las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen deberes de carácter

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

profesional con sus afiliados y con los consumidores del mercado potencial en general. Además, sus actividades se encuentran reguladas por el Decreto 663 de 1993², norma en la que se destaca la importancia de los principios de debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.

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

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

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

² Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

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 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>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</i> <i>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</i> <i>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,</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del</i>

asesoría y buen consejo	Decreto 2241 de 2010	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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, **las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.** Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

Con lo dicho precedentemente queda resuelto el primer problema jurídico.

6.3. “El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado”³

El segundo problema jurídico relativo al valor probatorio de los formularios de

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

afiliación, fue abordado en la sentencia a la que venimos haciendo referencia, en el sentido de que los formularios de afiliación a lo sumo acreditan un consentimiento, **pero no informado**, tal como se expresa a continuación:

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

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

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

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

Tal como se dijo en precedencia, el tema de la suscripción del formulario de traslado como única prueba para desvirtuar la negligencia en la remisión de información al afiliado, ha sido analizado en múltiples fallos de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, de cuyo contenido queda claro además que la suscripción de varios formularios de afiliación dentro del mismo RAIS⁴, tampoco es suficiente para declarar eficaz el primer traslado si de todas maneras no se demuestra que al interesado o interesada se le brindó la información suficiente y clara respecto a las ventajas y desventajas del cambio de régimen. Entre estas sentencias, está la providencia CSJ SL12136-2014 en la que se dijo lo siguiente:

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

⁴ 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.

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 cotización o servicios al 1º 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”⁵

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

⁵ Ibídem

postura se ha mantenido invariable, y se reiteró de manera más contundente en la citada sentencia, así:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, los últimos problemas jurídicos se analizarán al evaluar el acervo probatorio del caso concreto, esto es, se estudiará si el movimiento de 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

Como fundamento de la providencia proferida en primera instancia, la A-quo puso de relieve que en el momento en que el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual no estaba adscrito al régimen de prima media sino al régimen especial excepcional que ostentó la empresa Ecopetról S.A. hasta el 31 de julio de 2010, por lo que no era dable acceder a las pretensiones; además, concluyó que los numerosos traslados horizontales efectuados por el señor Argüello Ribero representan actos de relacionamiento que permiten inferir su voluntad de continuar en el RAIS, toda vez que en cada uno de los cambios de fondo recibió asesoría por parte de diferentes funcionarios de los fondos privados, concluyendo, en tal virtud, 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.

Frente a tales aseveraciones, lo primero que conviene acotar es que la desaparición de los regímenes especiales, por disposición expresa del Acto Legislativo 01 de 2005, a partir del 31 de julio de 2010, fue un hecho notorio por emerger de una reforma constitucional transversal al sistema pensional, por ello, surgía evidente la necesidad de los trabajadores pertenecientes a uno de esos regímenes especiales, como los de Ecopetrol S.A., de vincularse a uno de los subsistemas enmarcados en la Ley 100 de 1993, RPMPD o RAIS; situación que, por la responsabilidad social que acarrea, generó en las administradoras de pensiones la obligación de brindar información suficiente, plena y comprensible a quienes se enfrentaban a este nuevo panorama, contextualizándolos frente a los beneficios que los dos regímenes les ofrecían, más aun teniendo en cuenta que en caso de no realizarse la escogencia oportuna, **las vinculaciones se llevarían a cabo automáticamente al régimen de prima media**, tal como ocurrió con aquellos empleados públicos que estaban afiliados a una caja del sector público, bien fuera nacional, departamental o municipal.

En otras palabras, el hecho de que el promotor de la litis no estuviera vinculado al régimen de prima media al momento en que se afilió al RAIS, no lo encasilla en el universo de trabajadores cuya primera afiliación al sistema de seguridad social se dio en el RAIS, como lo asegura la jueza de instancia, sino en el estatus itinerante de aquellos trabajadores afiliados a un sistema pensional próximo a desaparecer, quienes tenían pleno derecho a recibir información frente al régimen que lo acogía y si este era más favorable que el fondo común al que, se itera, quedaría vinculado **automáticamente** en caso de no ejercer su derecho a optar. Esa vinculación automática era sin solución de continuidad, lo que en la práctica significaba que COLPENSIONES tenía la obligación de tratar al demandante como si siempre hubiera estado afiliado al RPM con todos los derechos y obligaciones que ello implica.

Ahora, si bien en este caso no se puede hablar en estricto derecho de un **traslado del RPM al RAIS**, queda en evidencia que se produjo un **traslado del régimen especial al RAIS** y por esa razón, resulta aplicable a este caso la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todo aquello que no riña con las particularidades del asunto, en especial, la teoría del deber de información a cargo de la primera AFP que recibió al actor proveniente del régimen especial de Ecopetrol, cuyo traslado implicó que se abonara a la cuenta individual del demandante todas las cotizaciones que tenía en el régimen especial de Ecopetrol.

Por otra parte, si bien la afiliación del demandante al RAIS obedeció a la coyuntura que se dio por la inminente desaparición del régimen al que estaba afiliado, recuérdese que la defensa de Protección S.A. (antes ING) se cimentó en que le ofreció la información necesaria para tomar una decisión consciente; por ello, teniendo en cuenta que para el año 2010 existía un vasto pronunciamiento jurisprudencial frente a la carga que tenían las AFP privadas de brindar información a sus potenciales afiliados, corresponde a la judicatura verificar si ello quedó plenamente demostrado en el proceso o, si por el contrario, ante la falta de demostración, cobra efectos jurídicos la **vinculación automática del demandante al RPM (COLPENSIONES)**.

Frente al segundo de los argumentos, ha de decirse, 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, que 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 trasladarse por primera vez al fondo privado 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 la jueza de primera instancia afirmó que los traslados del demandante a las AFP ING (hoy Protección S.A.), Horizonte (hoy Porvenir S.A.), Colfondos S.A. y Skandia S.A. (hoy Old Mutual) evidencian, de forma inequívoca, su intención de mantenerse en el RAIS, no resulta acertado concluir que 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 asumiría en cada uno de ellos, entre otras cosas porque las diferentes asesorías se centraron en los rendimientos financieros que ofrece una AFP privada frente a su competencia (otra AFP privada) y no en las características del RAIS VS RPM. 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.

Para determinar si los fondos privados demandados cumplieron con el deber de información, resulta pertinente traer a colación 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 al afiliado, 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 de trasladarse de un régimen especial al RAIS, ni de lo que significaba la opción de vincularse al RPM.**

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 le generen sus aportes abonados sobre el saldo de su cuenta de ahorro individual; y, *ix)* La posibilidad de seleccionar entre variadas modalidades de pensión, cuya ilustración resultaba vital, pues debió advertírsele en qué consistía cada una, así: La modalidad de renta vitalicia inmediata, la cual le quita la posibilidad de que los saldos de su cuenta de ahorro individual se conviertan en masa sucesoral, pero le garantiza una pensión de por vida. La modalidad de *retiro programado* la cual tiene la desventaja de que una vez se termine el saldo en la cuenta de ahorro individual, si supera la expectativa de vida tenida en cuenta por la AFP, se queda sin pensión de vejez durante los años posteriores. La modalidad de retiro programado con renta vitalicia, que combina las dos anteriores.

Tanto Protección S.A., Porvenir S.A., Colfondos S.A. como Old Mutual 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 acaban de esbozar, normas que resultan mucho más claras y precisas para la fecha en que el actor se afilió por primera vez al RAIS (2010).

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 en las diferentes asesorías 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 que los diferentes traslados horizontales que realizó dentro del RAIS obedecieron a la asesoría de que obtendría mejores rendimientos; que podría pensionarse antes de cumplir la edad y la probabilidad de una mejor pensión. El otro elemento de prueba que esgrimen las AFP del RAIS son los formularios de afiliación suscritos por el promotor de la litis, pero dicha documentación no logra evidenciar la información que se le brindó.

Pero además, a juicio de esta Colegiatura, si los (as) asesores (as) de las demandadas contaban con un conocimiento profundo de todas las posibilidades que ofrecía el RAIS, también debían contar con un discernimiento mínimo de las limitantes que este tenía en contraste con el régimen de prima media, o viceversa, por lo que se 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 tal virtud se estima desacertada la valoración probatoria efectuada por la operadora judicial de instancia; por lo cual, se revocará la sentencia de primer grado y en su lugar, se accederá a las pretensiones de la demanda, tal como se detallará más adelante.

Ahora, importa mencionar que, según lo estipulado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, 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. En este caso, si bien en principio podría advertirse la imposibilidad de que el demandante retorne al estado anterior a su afiliación a la AFP ING (hoy Protección S.A.) el 01 de agosto de 2010, como quiera que se encontraba bajo un régimen especial excepcional en calidad de trabajador de la empresa Ecopetrol, el cual dejó de existir en virtud del acto legislativo 01 de 2005, **su estatus para ese momento era quedar vinculado automáticamente y sin solución de continuidad al RPM, por lo que válidamente puede decirse que la ineficacia de su afiliación primigenia a la AFP ING (hoy PROTECCIÓN) retrotrae las cosas a la vinculación automática a COLPENSIONES.** Por esa razón, la falta de información detallada y completa al momento de la afiliación a la AFP ING (hoy Protección S.A.) y los subsiguientes traslados horizontales efectuados en el RAIS, significan la posibilidad de que en virtud de la protección de los derechos de demandante y la garantía de dar continuidad a su afiliación dentro del Sistema General de Pensiones, este sea recibido en el RPM hoy administrado por Colpensiones.

Al quedar en evidencia que las excepciones propuestas por las entidades demandadas no están llamadas a prosperar, se revocará en su totalidad la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se accederá a las pretensiones de la demanda. Así las cosas, se declarará la ineficacia de la afiliación efectuada por el actor a la AFP ING (hoy Protección S.A.), así como los traslados horizontales entre las diferentes administradoras de fondo privados; por tanto, se deberá condenar a Old Mutual S.A. a transferir la totalidad de las sumas recibidas por concepto de cotizaciones, sumas adicionales junto con sus respectivos rendimientos financieros; asimismo, se deberá condenar a Protección S.A., Porvenir S.A., Old Mutual S.A. y Colfondos S.A. a traspasar a Colpensiones el valor de los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros provisionales cobrados con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados durante el tiempo que el actor fue su afiliado. Ahora, como quiera que el actor no alcanzó a causar un bono pensional en el RPM, no hay necesidad de comunicar orden alguna a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como suele hacerse en otros asuntos en donde la causación del bono pensional es evidente.

Las costas en ambas instancias correrán a cargo de **Porvenir S.A., Protección S.A., Old Mutual S.A., Colfondos 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 presidida por la Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia, por parte del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

TERCERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que el señor Justiniano Argüello Ribero al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por ING (hoy Protección S.A.) el 01 de agosto de 2010, así como los traslados horizontales realizados ante la AFP Skandia (hoy Old Mutual S.A.) el 25 de febrero

de 2011, la AFP ING (hoy Protección S.A.) el 20 de enero de 2012, la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.) el 24 de octubre de 2012, la AFP Skandia (hoy Old Mutual S.A.) el 13 de junio de 2013, la AFP Colfondos el 20 de agosto de 2015 y la AFP Old Mutual S.A. el 1 de diciembre de 2017; en consecuencia, **declarar que se encuentra automáticamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones sin solución de continuidad.**

CUARTO: CONDENAR a la AFP Old Mutual S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, consistente en las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones, con los respectivos rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora, en caso de haberlas recibido, frutos e intereses causados.

QUINTO: CONDENAR a la AFP Old Mutual S.A. a traspasar a Colpensiones el valor de los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a su propio patrimonio; todas las sumas deberán devolverse debidamente indexadas.

SEXTO: CONDENAR a Porvenir S.A. a traspasar a Colpensiones el valor de los gastos de administración y comisiones cobradas, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, correspondientes al tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo pensional.

SEPTIMO: CONDENAR a Colfondos S.A. a traspasar a Colpensiones el valor de los gastos de administración y comisiones cobradas, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, correspondientes al tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo pensional.

OCTAVO: CONDENAR a la AFP Protección S.A. a traspasar a Colpensiones el valor de los gastos de administración y comisiones cobradas, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, correspondientes al tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo pensional.

NOVENO: CONDENAR en costas de primera y segunda instancia a las demandadas **Porvenir S.A., Protección S.A., Old Mutual S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones**, en favor del demandante, las cuales se liquidarán por el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

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
Salvo voto

Con firma electrónica al final del documento
GERMAN DARIO GÓEZ 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
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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:
a764f5375e0bf64086f598a26fc510eb9e2413948298e52f1202d47f35f17
452

Documento generado en 29/03/2022 12:01:01 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>