

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 para tal efecto.

Pereira, 30 de junio 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.: 66001-31-05-002-2018-00490-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas
Demandado: Colpensiones y otros
Juzgado: Segundo 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, veinticinco (25) de julio dos mil veintidós (2022)

Acta No. 111 del 21 de julio de 2022

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, adoptado como legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, 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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Carmenza Córdoba Cabezas** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y las Administradoras de Fondos de Pensiones – Porvenir S.A. y Protección S.A.**

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las codemandadas en contra de la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira. Asimismo, se revisará la decisión de instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta respecto de Colpensiones. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. Demanda y su contestación

Solicita la demandante que se declare la ineficacia del traslado, que realizó a las administradoras de fondos pensionales Protección S.A. y Porvenir S.A. En consecuencia, procura que se decrete que es válida y vigente la afiliación que hizo régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) y que con ello se le ordene a Colpensiones recibirla como afiliada cotizante. En ese sentido, también pide que se condene a Porvenir S.A a liberarla de sus bases de datos y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a Colpensiones.

Por último, pide que se condene Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A. al pago de las costas procesales correspondientes.

Como sustento de lo peticionado relata que se afilió en junio de 1979 al régimen de prima media con prestación definida y suscribió en enero de 1999

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

formulario de afiliación con Protección S.A. debido a que el asesor de esa AFP le aseguró, entre otras cosas, que podría pensionarse a más temprana edad; que la mesada pensional sería mucho más alta, y, que el Instituto del Seguro Social estaba próximo a desaparecer. Agrega que no se le realizaron proyecciones pensionales, ni se le habló de las beneficios y consecuencias del cambio de régimen.

Indica que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. en el mes de diciembre de 2002, pero no hay documentos que permitan comprobar cuál fue el asesoramiento que recibió en la fecha en que suscribió el formulario de afiliación.

Por último, sostiene que el 30 de mayo de 2018 Colpensiones le negó la solicitud de anulación de afiliación en razón a que se encuentra a diez años o menos de cumplir con el requisito de tiempo para pensionarse.

Colpensiones pidió que no se accedieran a los pedidos de la demanda dado que no se evidencia que existiera por parte de Protección S.A. engaño alguno o acto que pruebe motivo para que se declare la nulidad del traslado; aunado a ello, las nulidades que hubiesen podido surgir, se encuentran saneadas debido a que la acción rescisoria fenecía el 1 de diciembre de 2006. Como excepciones de mérito se formularon las de "Validez de la afiliación al RAIS"; "Aceptación implícita de la voluntad del afiliado"; "Saneamiento de la presunta nulidad"; "Prescripción"; "Buena fe"; "Imposibilidad de condena en costas" y "Genérica"

Protección S.A. se opuso a los pedidos de la actora, argumenta que el acto de traslado de régimen pensional existente, es válido y se encuentra excepto de vicios de consentimiento; la actora tuvo la suficiente información para que optará por el traslado de régimen, desvirtuando de esta manera cualquier evento que

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

podiera viciar el consentimiento y, además, decidió permanecer en el RAIS y no trasladarse al RPM, por lo cual se puede determinar que la actora conocía las ventajas de los regímenes y las proyecciones de las mismas. De esa manera, invocó como excepciones mérito las de "Inexistencia de la obligación y falta de cusa para pedir"; "Buena fe"; "Prescripción"; "Aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones" e "Innominada o Genérica".

Porvenir S.A. pidió que se denegara lo pedido dado que la afiliación realizada a este fondo de pensiones es un acto jurídico válido, en la medida de que aquella suscribió la solicitud de afiliación a dicha AFP, de manera libre, espontánea sin presiones, luego de haber recibido asesoría, respecto de todas las implicaciones de su decisión; anudado a lo anterior, la Demandante no puede retornar al régimen de prima media, ya que se encuentra envuelta en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. En consonancia con lo anterior, se presentaron como excepciones de mérito las denominadas "validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento"; "inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS"; "inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS"; "prescripción"; "buena fe" e "Innominada o genérica".

2. Sentencia de primera instancia

La Jueza de primera instancia desestimó las excepciones propuestas por las accionadas y declaró la ineficacia del traslado que la señora Carmenza Córdoba Cabezas efectuó al RAIS, a través de AFP Colmena, hoy Protección SA, suscrita el 2

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

de diciembre de 1998. Igualmente, declaró la ineficacia del traslado entre administradoras del RAIS

En consecuencia, condenó a Porvenir S.A. a girar el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado.

Asimismo, condenó a Porvenir S.A. y Protección S.A. a restituir a favor de Colpensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, las sumas de dinero que fueron descontadas a la actora para sufragar los gastos o cuotas de administración, así como aquellas que fueron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes.

Igualmente, ordenó a Colpensiones que, una vez Porvenir S.A. cumpla con lo ordenado, acepte sin dilaciones el traslado de la actora, sin solución de continuidad desde el momento en que se afilió a este último régimen.

Seguidamente, ordenó comunicar la decisión a la OBP del Ministerio De Hacienda y Crédito Público para que, en caso de haber emitido el bono pensional, proceda a la anulación del mismo mediante el trámite correspondiente.

Por último, condenó en costas procesales a cargo de Protección S.A. y en favor de la actora en 100%.

Para llegar a tal determinación la A-quo hizo un recuento legal y jurisprudencial respecto del deber de información a cargo de las AFP, la cual debía

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

ser clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Igualmente, señaló que de la documental aportada no se desprende cuál fue la información que dieron los asesores del régimen de ahorro individual a la demandante en el momento del traslado de régimen, sin que el formulario de afiliación constituya prueba para determinar el suministro de la información con los requerimientos normativos de cada caso.

Agregó que del interrogatorio rendido por la actora no se desprende confesión que permita concluir que el fondo sí cumplió con su deber de información, por lo que era dable concluir que la decisión de la parte demandante no estuvo precedida de la comprensión suficiente ni el real consentimiento para llevarla a cabo, siendo procedente declarar la ineficacia del acto de traslado, ordenando retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes del 2 de diciembre de 1998, siendo ineficaz el acto de traslado que se llevó cabo ante Porvenir S.A.

3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta

Protección S.A. recalcó su desacuerdo con (a) la devolución de los **gastos de administración**, los cuales estaban dispuestos por la gestión de la administradora de fondo de pensiones, comisión con la que se cubrían los costos de operación de las AFP para generar los rendimientos financieros a favor del afiliado sobre el saldo de su cuenta de ahorro individual y (b) con la devolución de la **prima de seguro previsional** que eran primas encaminadas a proteger la suerte del demandante.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

En ese sentido, solicitó revocar la sentencia de primera instancia frente a la reintegración de las cuotas de administración y prima de seguro previsional, esto constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante y también pide que se absuelva de la **condena en costas**.

Porvenir S.A. en su alzada atacó la decisión en los siguientes aspectos: *i) la declaratoria de la ineficacia del traslado*, arguyendo que el demandante había recibido las asesorías correspondientes, la cual era personalizada sin que para entonces se tuviera que contar con soportes audiovisuales, aspecto que la Ley no lo exigía; agrega que con los hechos de la demanda y el interrogatorio se derivaba la existencia de una asesoría y que además, lo indicado en el interrogatorio solo podía ser tomado en lo que al demandante le perjudicara y no al contrario. *ii) Recalcó su desacuerdo con (a) la devolución de los gastos de administración*, los cuales estaban dispuestos por la gestión de la administradora de fondo de pensiones, comisión con la que se cubrían los costos de operación de las AFP para generar los rendimientos financieros a favor del afiliado sobre el saldo de su cuenta de ahorro individual; (b) con la devolución de la **prima de seguro previsional** que eran primas encaminadas a proteger la suerte del demandante; (c) la **condena en costas** procesales al haber obrado de conformidad con las disposiciones legales que regentan la materia. *iii) Por último indica que, como el interés del demandante para solicitar la ineficacia de la afiliación es meramente económico, debe atenderse el precedente de esta Corporación, según el cual la acción a incoar en estos casos es la resarcitoria.*

De otro lado, considera que de conformidad con lo establecido en el literal B del artículo 13 y 279 de la Ley 100 de 1993, la acción judicial que debe entablar el afiliado corresponde a una de resarcimiento de perjuicios y no a la de ineficacia de la afiliación.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

Asimismo, resalta que hubo una concurrencia de los actos de relacionamiento por parte de la actora que dan cuenta de la ratificación de permanencia, toda vez hizo aportes de manera ininterrumpida, se benefició de los rendimientos financieros, hizo uso de los canales de comunicación dispuestos por la entidad, recibió los estratos y no se trasladó haciendo uso del periodo de gracia o del retracto. Además, la actora pretende retornar al RPM solo debido a una inconformidad de índole económico.

Finalmente, **Colpensiones** justificó su desacuerdo señalando que no hay una concordancia entre los dichos manifestados por la demandante en el interrogatorio de parte y el texto de la demanda, esto se da debido a que al indagar los motivos del traslado del régimen se dan razones diferentes. Sumado a lo anterior, el interrogatorio de parte no se puede tener como único medio de prueba para acceder a los pedidos de la actora, puesto que nadie está facultado para constituir su propia prueba, y al tomar de forma exclusiva los dichos de la actora, se le permite que determine que es viable y benéfico para su causa.

Indicó que la declaración de ineficacia de la afiliación atenta contra la sostenibilidad financiera del RPM, ya que se le está poniendo la carga de resarcir un daño que nunca causó, como consecuencia de la decisión de una afiliada que no se interesó en retornar al RPM sino hasta que evidenció un perjuicio económico.

Agregó que no era posible ordenar el traslado de la señora Córdoba Cabezas por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, de conformidad con la prohibición señalada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

Finalmente solicita que, en caso de ser confirmada la decisión, se ordene a la AFP Protección S.A a pagar a Colpensiones, con calculo actuarial, el equivalente al valor total de las mesadas pensiones liquidadas bajo los parámetros del régimen de prima media, teniendo en cuenta para ello la expectativa de vida del demandante y la de sus posibles beneficiarios; pues de lo contrario, se causaría un grave perjuicio al RPM administrado por la apelante debido a una descapitalización del fondo al recibir un nuevo afiliado como resultado de una imposición judicial.

3. Alegatos de conclusión

Analizados los alegatos presentados por las codemandadas, 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 más adelante.

4. Problemas jurídicos por resolver

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

- i. Establecer si para el momento en que la parte actora efectuó el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, existía normatividad vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

potencial afiliado información suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen.

- ii. Definir si para dar por cumplido el deber de información de las AFP es suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación.
- iii. Determinar la carga probatoria que les corresponde a cada una de las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales.
- iv. Analizar si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de las AFP demandadas, la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.
- v. Establecer si el movimiento de los afiliados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad convalida el traslado inicial efectuado desde el RPM hacia el RAIS, y por tanto, configura actos de relacionamiento.
- vi. Determinar si hay razón suficiente para apartarse del precedente jurisprudencial existente frente a la ineficacia del traslado de régimen.
- vii. Establecer si se debe ordenar a las AFP demandadas la devolución, con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales a Colpensiones.
- viii. Concluir si la prohibición señalada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, es atendible en aquellos eventos donde se discute la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

- ix. Analizar si hay lugar a ordenar a Protección S.A., a pagar a Colpensiones, a título de resarcimiento, los valores que se puedan generar para la financiación de la pensión o prestaciones a favor del gestor del pleito, como lo propone Colpensiones.

- x. Establecer si hay lugar a exonerar en costas a Protección S.A.

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

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 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.

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

² Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

tomara una decisión de tal trascendencia.

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

Ello así, también ha dicho el órgano de cierre de la especialidad laboral, que las AFP demandadas se encuentran en una situación de ventaja que les permite aportar las evidencias respecto a si se le brindó al afiliado la 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 la defensa 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 3 etapas, de cuyo análisis se llega a la conclusión de que a las AFP les compete, desde su creación, el deber de suministrar una información **necesaria y transparente**, que con el transcurrir del tiempo esta exigencia cambió, pasando de un deber de información necesaria al de **asesoría y buen consejo**, y finalmente al de **doble asesoría**, explicando en qué consiste cada uno de esos conceptos. Dicho recuento histórico, se compendia de la siguiente manera:

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

“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, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>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 perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa n.º 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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

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 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:

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

“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

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.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

clara respecto a las ventajas y desventajas del cambio de régimen. Entre estas sentencias, está la providencia CSJ SL12136-2014 en la que se dijo lo siguiente:

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

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

Igual cosa se ha predicado de las reasesorías posteriores dadas al interior de las AFP, las cuales tampoco convalidan el traslado, como quedó dicho en la citada sentencia del 8 de mayo de 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 a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas, ya había perdido la transición.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

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 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

⁵ *Ibíd*em

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

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, adoctrinó:

[...]

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido,

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

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

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

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

Finalmente, los últimos problemas jurídicos se analizarán al evaluar el acervo probatorio del caso concreto, esto es, se estudiará si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de las AFP 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 la AFP.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

6.6. Caso concreto

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

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

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

En realidad, mínimo la 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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

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.

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

Con todo, hay que indicar que como prueba del cumplimiento del deber de información y buen consejo, las codemandadas llamaron a declarar a su contraparte procesal, de cuya intervención, no se logró desvirtuar la poca información recibida, pues la demandante jamás confesó que se le hubiera brindado una explicación pormenorizada de los pros y contras de su determinación, ni tampoco que se le hubiera indicado en qué momento alcanzaría su prestación en caso de continuar devengando el salario que percibía en ese entonces, ni se le hizo una proyección de la mesada a la que eventualmente tendría derecho, pues al momento de traslado, como ella misma lo mencionó, el asesor se limitó a diligenciar con ella el formulario sin transmitirle ninguna información respecto de la magnitud y el impacto de que implicaba el traslado. El otro elemento de prueba que esgrime Protección S.A. es el formulario de afiliación suscrito por la promotora de la litis, pero dicho documento no logra evidenciar la información que se le brindó. En tal virtud se estima acertada la valoración probatoria efectuada por la operadora judicial de instancia.

Por lo anterior, si el asesor (a) de la demandada contaba con un conocimiento profundo de todas las posibilidades que ofrecía el RAIS, como se afirma en la defensa, también debía contar para el año 1994 con un discernimiento mínimo de las limitantes que la esta tenía en contraste con el régimen de prima media, o viceversa, por lo que debió poner de presente a la demandante –al menos de manera sucinta- esas situaciones antes de permitirle diligenciar el formulario de vinculación; no obstante, la prueba documental sólo permite concluir que esa trascendental decisión se limitó a la suscripción del aludido documento.

En cuanto a las condenas impartidas a cargo de Porvenir S.A. y Protección S.A., se dirá que de conformidad con las sentencias SL1421 de 2019 y SL 2611 de 2020, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, previamente citadas, es su deber trasladar a

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

Colpensiones los gastos de administración, debidamente indexados, cancelados por la parte actora en razón a que los mismos fueron el resultado de una conducta indebida al momento del traslado, de modo que no pueden permanecer en sus arcas sino retornar al régimen de prima media. Bajo esa misma perspectiva también resulta viable la orden de reintegrar a Colpensiones, además de los respectivos rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual, los valores utilizados en seguros previsionales, las cuotas de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, sumas todas que deben pagarse debidamente indexadas, por lo que se confirmará la sentencia apelada frente a tal decisión.

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

Frente al argumento de Colpensiones, referente a que era improcedente permitir que el demandante se trasladara hacia dicha entidad al superar la edad mínima pensional, basta mencionar que uno de los efectos de la ineficacia es que justamente las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido y, en este caso, dicha declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, conlleva al regreso automático de la demandante al régimen solidario de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones,

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

del cual ya hacía parte la demandante. Además, lo aquí analizado no es el traslado voluntario con la conservación o no del régimen de transición, sino el efecto de la ineficacia del cambio de régimen pensional a falta de información detallada y completa al momento del traslado de régimen.

Con relación a la solicitud de la misma entidad, enmarcada en que se disponga, a título de resarcimiento, condena en contra de las administradoras del RAIS, consistente en el pago de las diferencias que se pudieran generar en la financiación de la pensión del demandante, producto de la mala asesoría, al respecto, se debe indicar que con la ineficacia del traslado, las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban antes de ocurrir, circunstancia, que contrajo consecuencias que, en este caso, ya fueron ordenadas en virtud del grado jurisdiccional de consulta y con fundamento en la línea jurisprudencial planteada en precedencia.

En torno a la manifestación que hace Porvenir S.A., referente a que al existir un interés económico en la parte demandante frente al cambio de régimen, lo que debió solicitar era el resarcimiento, criterio que vale mencionar, era el precedente de las mayorías de dos Salas de Decisión de esta Corporación pero que fue desestimado por la Corte Suprema de Justicia, a través de varias sentencias de tutela, lo que obligó a los Magistrados que lideraban esa tesis a acoger la línea jurisprudencial que sobre el tema tiene fijada la Sala de Casación Laboral al que ya se hizo una amplia referencia.

De otro lado, respecto a la solicitud de las AFP Protección S.A., tendiente a que no se las condene en costas bajo el argumento de que cumplió con los requisitos legales exigidos al momento del traslado, debe decirse que se mantendrá dicha orden, en primer lugar, porque al haber existido controversia e incluso oposición

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

frente al debate jurídico puesto en conocimiento de la Judicatura, conforme lo faculta el artículo 365 del CGP, hay lugar a condenar en costas a quien resulta vencido en la contienda y, en segundo lugar, por cuanto -contrario a lo expuesto en la censura- en la presente litis no quedó acreditado que se hubiese cumplido el deber legal de brindar a la demandante la asesoría exigida en el momento en que se trasladó al RAIS, de ahí que se esté declarando la ineficacia del acto.

Parafraseando lo dicho en otros asuntos similares, decididos por esta Corporación⁶, en este punto es pertinente advertir que al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 2 de diciembre de 1998, **cuando contaba con 740 semanas cotizadas al otrora Instituto de Seguros Sociales**, se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor de la señora Carmenza Córdoba Cabezas, nacida el 1º de septiembre de 1959, como se evidencia en la copia de su cédula de ciudadanía -pág. 1 archivo 04AnexosDemanda-, por lo que a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese instrumento de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimió normalmente el 1º de septiembre de 2019, fecha en que la accionante cumplió los 60 años de edad; por lo que, teniendo en cuenta que el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 dispone que esta clase de bonos se pagan dentro del mes siguiente a la fecha de redención (sin necesidad de solicitud previa), muy seguramente el bono debió entrar a la cuenta de ahorro

⁶ Verbigracia, Sentencia de segunda instancia del 11 de agosto de 2021, Proceso Ordinario No. 66001310500420190042501, Demandante: NANCY CÁRCAMO DE JARAMILLO, Demandados: AFPs PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES; M.P. Dr. JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

individual de la demandante antes del 1º de octubre de 2019; razón por la que, al tener que restituirse las cosas al estado en el que se encontraban antes del 2 de diciembre de 1998, por cuenta de la ineficacia del traslado declarada en primera instancia y ratificada en esta sede, se adicionará la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, en el sentido de condenar al fondo privado de pensiones accionado a restituir la suma pagada por ese concepto pero a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, misma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del fondo privado de pensiones Porvenir S.A.

Finalmente, se reconocerá personería jurídica a la Dr. **José Mario Hincapie**, identificado con la Cédula de ciudadanía No. 1.094.882.452 de Armenia - Quindío y Tarjeta profesional No. 227.023 del Consejo Superior de la Judicatura, quien allegó la sustitución de poder que le hiciera el Dr. José Octavio Zuluaga, apoderado especial de Colpensiones.

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

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

RESUELVE

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia para **CONDENAR** al Fondo Privado de Pensiones Porvenir S.A. que, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la Sra. Carmenza Córdoba Cabezas, **RESTITUYA** la suma pagada por ese concepto a la Oficina de Bonos Pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, misma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a **Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.** a favor de la parte demandante. Liquidense por la secretaría del juzgado de origen.

CUARTO: RECONOCER PERSONERÍA a la **José Mario Hincapie**, identificado con la Cédula de ciudadanía No. 1.094.882.452 de Armenia-Quindío y Tarjeta profesional No. 227.023 del Consejo Superior de la Judicatura, para que represente los intereses de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00490-01

Demandante: Carmenza Córdoba Cabezas

Demandado: Colpensiones y otros

La Magistrada y el Magistrado,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Con ausencia justificada

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

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: **118b94e8fa46082773492969326b422dc74daa52049f04500816f9da68dabbc8**

Documento generado en 22/07/2022 08:21:34 AM

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

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