

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, 26 de febrero de 2021

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

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

Radicado: 660013105005-2018-00570-01
Demandante: José Orlando Herrera Campiño
Demandadas: AFP Porvenir S.A, AFP Protección S.A. y Colpensiones
Juzgado: Quinto Laboral del Circuito

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISION LABORAL PRESIDIDA POR LA DRA. ANA LUCÍA
CAICEDO CALDERON**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, marzo ocho (8) dos mil veintiuno (2021)

Acta No. 34 del 4 de marzo de 2021

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral Presidida por la Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado GERMÁN DARÍO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **José Orlando Herrera Campiño** en contra de las **Administradoras de Fondos de Pensiones Porvenir S.A y Protección S.A.** y la **Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones"**.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas, en contra de la sentencia proferida el

25-08-2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira; asimismo, se revisará la sentencia en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. Demanda y contestación

José Orlando Herrera Campiño aspira a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que hizo desde el régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) hacia el de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) y, en consecuencia, se declare como válida, vigente y sin solución de continuidad su afiliación en Colpensiones, ordenando a PROTECCIÓN S.A. a trasladar hacia aquélla la totalidad de sus aportes, rendimientos sin descontar las cuotas de administración.

Además, solicita que se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación; a recibir los aportes trasladados desde el RAIS y a que le reconozca y pague la pensión de vejez conforme la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta un IBL con lo cotizado durante los últimos 10 años con la tasa prestacional que corresponda, a partir del 5 de noviembre de 2017 con su correspondiente retroactivo e intereses moratorios o subsidiaria de esta, la indexación. Así mismo, solicita se condene en costas a las demandadas.

Respalda sus pretensiones, en que nació el 5-11-1955, acreditando los 62 años en igual calenda del 2017; que desde el 4-05-1982 hasta el 16-08-1991 acumuló un total de 484.57 semanas como tiempos públicos; que se afilió al ISS el 29-11-1991 cotizando hasta el 31-01-1996 para un total de 211.14 semanas.

Rememora, que el 04-01-1996 suscribió formulario de traslado de régimen con PORVENIR S.A., en tanto que el 21-03-2002 se trasladó hacia la AFP SANTANDER S.A. hoy PROTECCION S.A., cotizando durante su vida laboral un total de 1679.81 semanas.

Recrimina que PORVENIR S.A. al momento de su traslado de régimen no le suministró la información adicional consistente a la edad mínima, el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, IBC que debía de cotizar para alcanzar el capital necesario para obtener una pensión anticipada o de vejez; que tampoco se le indicó la información sobre la edad en que se le redimía el bono pensional, ni las diferencias de mesadas entre cada régimen pensional y que no se le informó sobre el derecho a regresar al régimen público antes de faltarle diez años para adquirir la edad mínima y, por su parte, de Protección S.A. se queja no haberle brindado la re-asesoría que correspondía antes de adquirir los 52 años.

Finaliza, indicando que el 12-02-2010 solicitó al ISS su regreso al RPM, lo cual fue negado por faltarle menos de diez años para alcanzar la edad mínima pensional en tanto que el 29-09-2017 solicitó la ineficacia del acto a Colpensiones siendo reiterativa la negativa.

Colpensiones al contestar, aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento, la afiliación que tuvo el demandante en el régimen público, los aportes que realizó y la reclamación administrativa surtida y, frente a los demás indicó no constarle. Se opuso a las pretensiones alegando que el traslado se realizó conforme a la normatividad aplicable, por lo que el traslado era válido y no había lugar a acceder a lo pretendido. Como excepciones invocó ***"inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe e imposibilidad de condena en costas"*** [fol. 89-95].

Protección S.A. por su parte aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento del actor, las cotizaciones realizadas ante dicha AFP y las respuestas otorgadas al actor frente a lo petitionado, en lo demás, indicó no constarle. Se opuso a las pretensiones indicando que no existe prueba de que el traslado de régimen se hubiese realizado sin el lleno de los requisitos; que no hubiere sido de manera libre, espontánea y sin presiones o que no se hubiese respetado el derecho de escogencia o con vicios en el consentimiento. Además, indicó que en lo que respecta a Protección, no había obligación de realizar reasesoría previo a alcanzar los diez años para adquirir la edad mínima. Como excepciones invocó ***"prescripción, validez y eficacia del traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, buena fe y confianza legítima, además de las genéricas"*** [fl. 120-137].

Porvenir S.A. al contestar la demanda aceptó la fecha de nacimiento, la respuesta otorgada por dicha AFP frente a lo petitionado y los aportes realizados ante los diferentes fondos, frente a los demás indicó no constarle. Se opuso a las pretensiones bajo el argumento que al demandante no se le indujo al error en la medida que se trató de un acto voluntario y, además, tampoco contaba con beneficios transicionales. Agrega que no es posible acceder a lo pedido por cuanto para la época no existían diferencias significativas entre los regímenes, además que el actor se encontraba dentro de la limitante de estar dentro de los diez años previos a la edad mínima; que tampoco ejerció el derecho de retracto y que cualquier nulidad se encontraría afectada por la prescripción. Como excepciones presentó las de ***"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 Porvenir, 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 la llamada a juicio, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado y las genéricas”[fl. 194-225].

2. Sentencia de primera instancia

La Jueza de instancia, decidió la litis declarando la ineficacia del traslado del régimen que el actor efectuó al RAIS el 4-01-1996 a través de Porvenir S.A., así como el traslado que se efectuó el 21-03-2002 hacia Protección S.A. En consecuencia, ordenó a esta última devolver a Colpensiones, la totalidad de las sumas recibidas por cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación, incluyendo la mantenida a través de Santander y Porvenir, además de los bonos y sumas adicionales junto con sus rendimientos, frutos e intereses, sin descontar suma alguna por concepto de comisiones o gastos de administración, los cuales debía asumir con cargo a su patrimonio e integrarlo al ahorro del afiliado debidamente indexado. Así mismo, ordenó a Porvenir S.A., devolver a Colpensiones el valor de las comisiones, cuotas de administración cobradas durante el periodo en que el actor estuvo afiliado a ese fondo, desde febrero de 1996 a hasta marzo de 2002 debidamente indexadas.

Por otra parte, ordenó a Colpensiones a aceptar el retorno del actor sin solución de continuidad desde el momento en que se afilió al régimen que administra, ordenándole que una vez el actor se desafilie del sistema, cese en sus cotizaciones y lo solicite a Colpensiones, proceda a reconocerle la pensión de vejez conforme a la Ley 797 de 2003, debiendo liquidar el IBL que más favorezca a sus intereses ya sea con el promedio de los últimos 10 años o el de toda la vida, si este fuere superior, así como la tasa de reemplazo que corresponda según el artículo 24 ibidem.

En lo demás, negó las pretensiones y condenó en costas a Porvenir S.A. y Protección S.A. en un 100% en partes iguales y absolvió de estas a Colpensiones.

Para llegar a tal determinación, la A-quo partió del hecho que lo cuestionado es la insuficiente e inexacta información suministrada en la antesala del cambio del régimen pensional, por lo que recordó el tipo de información a la que estaban obligadas las AFP´s demandadas.

Para ello, trajo a colación la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual, los potenciales afiliados al momento de seleccionar entre regímenes pensionales deben contar con un conocimiento claro y suficiente sobre las implicaciones que genera tal decisión; mencionó el contenido del literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 que consagró el derecho a elegir entre los regímenes de forma libre y voluntaria, indicando que para ello, el afiliado debía contar con el conocimiento acerca de la repercusión que sobre sus derechos generaba la decisión de trasladarse.

De igual forma, indicó que la expresión libre y voluntaria necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo era posible alcanzar cuando se conocían a plenitud las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen, sin que pudiera estimarse satisfecho con una simple expresión genérica o con la simple suscripción del formulario. Agregó que la carga de la prueba recaía en las AFP quienes debían demostrar que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrearía el cambio de régimen so pena de declararlo ineficaz; que dicho deber ha existido desde los albores de la ley 100 de 1993, lo cual era responsabilidad de las AFP, y que para establecer la eficacia del acto jurídico de traslado era imprescindible evaluar el cumplimiento de los deberes por las AFP según las exigencias del momento histórico en que se producía, estudio que además debía de abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades salvo lo relativo a sus consecuencias prácticas.

De igual manera mencionó que de no ser cierta la información suministrada al afiliado además de las sanciones pecuniarias del artículo 271 de la ley 100 de 1993, lo cual no había sido planteado en el trámite, había lugar a declarar ineficaz el traslado sin que se requiriera acreditar el perjuicio, si era o no beneficiario del régimen de transición o si se estaba próximo o no a pensionarse.

Frente al caso concreto, dio cuenta que de los hechos de la demanda se desprendería que el proceso versaba sobre la insuficiencia o errada información proporcionada para el cambio de régimen; que las pruebas incorporadas no daban cuenta sobre los pormenores de la información brindada al actor para el traslado de régimen ni entre AFP, y que, durante el interrogatorio tampoco ninguna afirmación realizada por el actor se podía calificar como confesión de haber recibido información suficiente, en tanto que se reiteró lo planteado desde la rogativa, por lo que la información fue escasa y ambigua respecto a los requisitos y características de los regímenes pensionales del RAIS, situación que también ocurrió respecto de Protección S.A., sin que se hubiese acreditado el suministro de información con las características de ser clara, cierta, comprensiva y oportuna.

Finalmente, en torno a la pensión de vejez, concluyó que esta era viable según la ley 797 de 2003 y, aunque la edad mínima se alcanzó el 5 de noviembre de 2017 y, que al 31 de julio de 2020 ya se acumulaba un total de 1826.15 semanas, el disfrute de la pensión solo era dable desde la fecha en que se acreditara la desafiliación al sistema, observando que en este caso, el actor continuaba cotizando y, al margen de haber manifestado su voluntad de pensionarse el 29-09-2017, tampoco se podía desconocer que las cotizaciones efectuadas con posterioridad al cumplimiento de la edad, no obedecían a una inducción al error por parte de la AFP amén que el IBC en los últimos 2 años había sido superior, por lo que no se podían desconocer para el disfrute porque el IBL podría verse disminuido. De igual manera, consideró improcedente condenar a intereses moratorios o indexación al no haberse ordenado el pago del retroactivo pensional, razón por la cual negó las pretensiones en este sentido.

3. Recursos de apelación y grado jurisdiccional de consulta

La AFP **Porvenir S.A**, presentó recurso de apelación solicitando que se revoque en su integridad la decisión de primer grado, justificando ello en que **(i)** el actor recibió la asesoría correspondiente de manera contundente; que ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al beneficiarse de los rendimientos y prerrogativas propias de dicho régimen, permaneciendo en él por más de 23 años.; que el nivel de información exigido para entonces era básico por lo que solo existía la obligatoriedad de diligenciar el formulario donde se plasmaba la voluntad de la afiliación y de permanecer en él; que dicha asesoría fue verbal y que no se podía pretender la aplicabilidad de la normatividad y de la jurisprudencia con efecto retroactivo; **(ii)** frente a la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, lo consideró inequitativo porque despojaba a la AFP de una suma causada por una actividad realizada durante el tiempo en que el actor estuvo afiliado, cuya gestión había dado origen a los rendimientos, los cuales no se generan en el régimen de prima media. Al respecto, concluye que de operar la ineficacia no hay lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual y menos aún, el devolver los gastos de administración, porque Colpensiones ninguna gestión realizó para ello y, tal aspecto, constituye un enriquecimiento sin causa. Por lo anterior, indica que, frente al traslado de los recursos e información entre los regímenes, se debe atender el art. 7 del decreto 3995 de 2008 y, considerar que Porvenir actuó de buena fe.

La AFP **Protección** enmarcó su inconformidad en que **(i)** se pasó por alto que hubo cumplimiento del deber de información previo a la suscripción del formulario suscrito frente a Protección S.A, además porque en su caso lo que existió fue un

traslado entre administradoras; que para la época, producto de la ilustración, información y asesoría dada por el promotor se denotaba en que el actor adoptó una decisión de manera libre, voluntaria y sin presiones, aspecto que fue admitido en el interrogatorio, por lo que la AFP suministró toda la información que para la época era exigible, sin que fuera dable, dar efectos retroactivos porque sería imponer una carga adicional a la AFP. Agrega, que debía tenerse en cuenta que el actor quería cambiar nuevamente de régimen por razones económicas, frente a lo cual, lo que debió de intentar fue una acción de resarcimiento de perjuicios y no la ineficacia; **(ii)** manifestó su desacuerdo en la devolución de conceptos diferentes a los aportes de la cuenta de ahorro individual al considerar que el acto jurídico de traslado no existió, por lo que no debió ordenarse la devolución de las cuotas de administración y tampoco podría eventualmente ordenarse la devolución de los seguros previsionales porque, frente al primero, atendía al concepto de restituciones mutuas y eran descuentos autorizados por ley por la gestión de las AFP para hacer rentar el capital y, el segundo, era un concepto a cargo de las aseguradoras para amparar los siniestros de invalidez y sobrevivencia y con ello proceder al pago de la suma adicional necesaria para financiar las pensiones, por lo que era imposible recobrar dicho pago a las aseguradoras y trasladarlos a Colpensiones porque al asumirlo con cargo a su propio patrimonio también constituiría un enriquecimiento sin justa causa; y, **(iii)** por último, refirió estar en desacuerdo frente a la condena en costas al señalar que su actuar obedeció al estricto apego del cumplimiento de la Ley regulatoria de la materia, además que no era facultativo autorizar el retorno al RPM cuando se ha superado la edad de pensión en el régimen de prima media, reiterando su actuar de buena fe.

Colpensiones, mostró inconformidad con la orden de reconocimiento de la pensión de vejez considerándola ambigua en el sentido de que, si el actor dejaba de cotizar y hacía una reclamación ante la entidad a pesar de no estar afiliado, la entidad tendría que reconocer la prestación dentro de los cuatro o seis meses siguientes con intereses moratorios, lo cual no debe proceder hasta tanto no esté en firme la sentencia. En suma, solicita que se condicione el reconocimiento a la pensión de vejez a tal aspecto y se disponga que el actor presente cuenta de cobro a la entidad y, solo hasta ese momento, se inicie el término estipulado para el reconocimiento.

De igual forma, considera que se debió agregar a la sentencia la sanción del artículo 271 en cabeza de las AFP demandadas, remitiendo el proceso al Ministerio de Salud o a la Superintendencia de Salud para que dichas multas se hagan efectivas.

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

4. Alegatos de conclusión

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

5. Problemas jurídicos por resolver

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

i) Establecer si para el momento en que la parte actora efectuó el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, existía normatividad vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al potencial afiliado información suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen.

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

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

iv) 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.

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

vi) Establecer si es dable ordenar la devolución de las cuotas de

administración, rendimientos y prima de seguros previsionales a Colpensiones.

vii) Establecer si hay lugar a exonerar en costas a los fondos de pensiones del RAIS.

viii) Determinar si es procedente condicionar el reconocimiento de la pensión de vejez a la ejecutoria de la sentencia y a la presentación de una cuenta de cobro.

ix) Si hay lugar a imponer sanciones pecuniarias a las AFP demandadas por el incumplimiento en el deber de información.

x) Definir si en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, es dable ordenar la devolución de otros valores por parte de la(s) AFP(s) demandada(s), con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, durante el periodo en que estuvo afiliada la parte demandante en cada entidad.

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 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

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

Pensiones "dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito."

Con sustento en lo anterior, es evidente que en todos los casos en que un afiliado ponga en cuestión la falta de información veraz, oportuna y completa de las incidencias del cambio del régimen pensional, y bajo tal premisa persiga la ineficacia de su traslado, la defensa de la AFP demandada debe encaminarse a demostrar, bajo los medios probatorios a su alcance, que cumplió con el deber del buen consejo al transmitirle al afiliado toda aquella información que resultaba relevante para que tomara una decisión de tal trascendencia.

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

Ello así, también ha dicho el órgano de cierre de la especialidad laboral, que las AFPs demandadas se encuentran en una situación de ventaja que les permite aportar las evidencias respecto a si se le brindó al afiliado la información cierta, suficiente, comprensible y oportuna a la hora de convencerlo de trasladarse de régimen.

Ahora bien, respecto del deber de información en su inicio, vale la pena citar la sentencia del 8 de mayo de 2019 SL 1688-2019, Radicado 68838, con Ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se hace un didáctico recuento histórico de las normas que rigen la actividad de los Fondos de Pensiones privados, dividiéndolo en 3 etapas, de cuyo análisis se llega a la conclusión de que a las AFP les compete, desde su creación, el deber de suministrar una información **necesaria y transparente**, que con el transcurrir del tiempo esta exigencia cambió, pasando de un deber de información necesaria al de **asesoría y buen consejo**, y finalmente al de **doble asesoría**, explicando en qué consiste cada uno de esos conceptos. Dicho recuento histórico, se compendia de la siguiente manera:

"El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<i>Etapas acumulativas</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>	<p>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</p> <p>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</p> <p>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</p>	<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>	<p>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009</p> <p>Decreto 2241 de 2010</p>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<p>Ley 1748 de 2014</p> <p>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015</p> <p>Circular Externa N° 016 de 2016</p>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

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:

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

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

(...)

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

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

Tal como se dijo en precedencia, el tema de la suscripción del formulario de traslado como única prueba para desvirtuar la negligencia en la remisión de información al afiliado, ha sido analizado en múltiples fallos de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, de cuyo contenido queda claro además que la suscripción de varios formularios de afiliación dentro del mismo RAIS, tampoco es suficiente para

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

declarar eficaz el primer traslado si de todas maneras no se demuestra que al interesado o interesada se le brindó la información suficiente y clara respecto a las ventajas y desventajas del cambio de régimen. Entre estas sentencias, está la providencia CSJ SL12136-2014 en la que se dijo lo siguiente:

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

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

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

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

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la

demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

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

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"⁴

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 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

⁴ *Ibídem*

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 desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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

[...]

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

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

Dicha postura fue reiterada en la sentencia SL 2611 del 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, el resto de problemas jurídicos se analizarán al evaluar el acervo probatorio del caso concreto, esto es, se estudiará si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de las AFP's demandadas la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.

6.6. Caso concreto

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

De conformidad 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 al afiliado(a), acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

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

En 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 a reunir el total de los requisitos legales para optar al beneficio pensional.
- iv)* Tener la posibilidad de la pensión de vejez habiendo cotizado el mínimo de semanas requeridas a pesar de no reunir el capital suficiente para el financiamiento de la

prestación económica. v) La posibilidad de que el reconocimiento de la pensión de vejez, una vez reunido los requisitos, se haga pronto. vi) La posibilidad de que sus aportes se conviertan en patrimonio sucesoral en un caso dado. vii) El hecho de que el afiliado es el único titular de la cuenta de ahorro individual en contraste con el fondo público cuyos ahorros hacen parte de un fondo común. viii) Los rendimientos financieros que le generen sus aportes abonados sobre el saldo de su cuenta de ahorro individual; y, ix) La posibilidad de seleccionar entre variadas modalidades de pensión, cuya ilustración resultaba vital, pues debió advertírsele en qué consistía cada una, así: La modalidad de renta vitalicia inmediata, la cual le quita la posibilidad de que los saldos de su cuenta de ahorro individual se conviertan en masa sucesoral pero le garantiza una pensión de por vida. La modalidad de *retiro programado* la cual tiene la desventaja de que una vez se termine el saldo en la cuenta de ahorro individual, si supera la expectativa de vida tenida en cuenta por la AFP, se queda sin pensión de vejez durante los años posteriores. La modalidad de retiro programado con renta vitalicia, que combina las dos anteriores.

Pues bien, en el presente asunto las AFP's Porvenir S.A. y Protección S.A. afirman en su alzada que brindaron la información que era jurídicamente pertinente sin que precise en qué consistió la misma. Dicho aspecto, se tornaría suficiente para concluir, que efectivamente la información que recibió la parte actora fue insuficiente y sesgada al momento de hacer el traslado, tal y como se afirmó en la demanda y, como se vio en el precedente jurisprudencial ya citado en precedencia.

De hecho, los citados precedentes dejan al descubierto que, para la fecha de la creación de las AFP, existían normas en el código civil y en el estatuto financiero que obligaban a los fondos a brindar una asesoría adecuada de cara a lo que consistía el nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad por lo menos en los puntos esbozados en líneas atrás.

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 intervención, en definitiva no lograron desvirtuar la escasa o sesgada información recibida, según los hechos de la demanda, además porque la parte demandante tampoco 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. Así mismo, con el otro elemento de prueba que se esgrime por las AFP, esto es, el formulario de afiliación suscrito por el (la) promotor(a) de la litis, tampoco se logra evidenciar la información que se le brindó al afiliado(a).

Además, a juicio de esta colegiatura, por lo menos a la demandante se le debió hacer un discernimiento mínimo de las limitantes que tenía el RAIS en contraste con el régimen de prima media, o viceversa, por lo que se le debió poner de presente –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.

Por lo anterior, razón tuvo la a-quo al concluir que en el presente asunto las demandadas no cumplieron con la carga de probar que cumplieron con el deber de información conforme a las normativas citadas, las cuales eran aplicables al momento en que se produjo el traslado de régimen de la parte demandante, sin que tampoco se pueda decir que existió una convalidación del traslado inicial por el solo traslado entre AFP´s, pues se itera, conforme a la jurisprudencia traída a colación, dichos traslados o incluso, las reasesorías posteriores dadas al interior de las AFP, de manera alguna convalidan el traslado inicial de régimen pensional.

Al margen de lo anterior, es de mencionar que respecto a la ineficacia del traslado, en efecto, los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 preceptúan que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor a la imposición de multas, pero también indica que queda sin efecto (ineficaz) la afiliación respectiva, lo cual, según la jurisprudencia ya citada (CSJ SL12136-2014), en sentido amplio, también existirá la ineficacia de la afiliación cuando quiera que, entre otros aspectos, no se allegue prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, entre ellos, el dar cuenta de los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional que, en otras palabras, de no cumplirlo, corresponden a una forma más de atentar contra el derecho del trabajador a su afiliación y libre selección.

En este punto, es del caso indicar que la litis estuvo enmarcada en la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen con las consecuencias que ello contrae, sin que Colpensiones en su contestación o la demandante en su libelo introductorio hubiere dispuesto cualquier otro tipo de sanción en contra de las enjuiciadas, de manera que, no encuentra la Sala razón alguna para disponer cualquier orden diferente a las ya dispuestas.

Aclarado lo anterior, frente a la orden de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, comisiones y rendimientos, lo cual reprocha Porvenir S.A y Protección S.A en su alzada, se dirá que de conformidad con las sentencias SL1421 de 2019 y SL 2611 de 2020, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, previamente citadas, es un deber trasladar a Colpensiones los gastos de administración, 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, sumas todas que deben pagarse debidamente indexadas, aspectos últimos que serán ordenados conforme al grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones y que no fueron contenidos en la decisión de primer grado. Así las cosas, se adicionará el numeral tercero y cuarto de la sentencia en ese sentido.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el actor no es beneficiario del régimen de transición, tal aspecto conlleva a que debe pensionarse conforme a las normas de la Ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, aspecto que no fue censurado por las partes, como tampoco lo fue el hecho de que el demandante cuenta con los requisitos de edad y semanas necesarias para obtener su derecho pensional, siendo claro que, **el reconocimiento de la pensión, retroactivo o intereses moratorios no fueron ordenados en primera instancia**, sino que se indicó que la pensión estaría supeditada al reporte de la novedad de retiro y a la cesación de los aportes debido a que resultó notorio que las cotizaciones realizadas están dirigidas a incrementar el IBL, por lo que la Sala no encuentra ninguna contradicción en lo dicho por la jueza en las consideraciones de la providencia, razón por la cual ninguna orden adicional se dispondrá en la medida que ello implicaría imponer trámites adicionales a los ya contemplados en el ordenamiento legal. Por otra parte, es obvio que esta sentencia sólo producirá efectos jurídicos una vez quede en firme.

De otro lado, respecto a la solicitud de la AFP Protección direccionada a que no se le condene en costas procesales bajo el argumento de que cumplió con los requisitos legales porque no era su facultad el disponer el regreso del actor al régimen de prima media, por lo que actuó de buena fe, hay que indicar que si bien es cierto, conforme lo faculta el artículo 365 del CGP, hay lugar a condenar en costas a quien resulta vencido en la contienda, también lo es, que no habría lugar a condenar en costas de primera instancia a la AFP Protección S.A., en la medida que el actuar negligente frente al cambio de régimen pensional únicamente vincula a su homóloga Porvenir S.A, razón por la cual se accederá a tal petición.

Así, se modificará parcialmente el numeral 8 de la parte resolutive de la sentencia objeto de recursos en el sentido de eximir a la AFP Protección S.A. de la condena en costas de primera instancia. En lo restante se confirmará la sentencia de primera instancia.

Las costas en esta instancia correrán a cargo de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** al no haber prosperado los recursos de alzada. Sin condena en costas en contra de PROTECCIÓN y COLPENSIONES, el primero por salir avante parcialmente su recurso y el segundo por cuanto a pesar de que su alzada no fue atendida, de todas maneras se ordenó el traslado de otras sumas de dinero a su favor en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Finalmente, se reconocerá personería jurídica a la Dra. **Paula Andrea Murillo Betancur**, identificada con la Cédula de ciudadanía No. 1.088.307.467 de Pereira y Tarjeta profesional No. 305.746 del Consejo Superior de la Judicatura, quien allegó la sustitución de poder que le hiciera el Dr. José Octavio Zuluaga Rodríguez, apoderado especial de Colpensiones.

Así mismo, se reconocerá personería jurídica a la Dra. **Rita Sierra González**, identificada con la Cédula de ciudadanía No. 45.441.483 y Tarjeta profesional No. 85.234 del Consejo Superior de la Judicatura, quien cuenta con poder especial para actuar, como apoderada inscrita en la firma Tous Abogados Asociados S.A.S. y a favor de la demandada Protección S.A.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar ordenar tanto a Protección S.A como a Porvenir S.A., que además de los aspectos allí contenidos, se deberán devolver a Colpensiones los valores utilizados en seguros previsionales, las cuotas de garantía de pensión mínima, sumas que deben pagarse con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral 8to de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **EXIMIR** de la condena en costas de primera instancia a la AFP PROTECCIÓN S.A., por las razones expuestas en precedencia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a **Porvenir S.A.**, a favor de la demandante. Liquidense por la secretaría del juzgado de origen.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la Dra. **Paula Andrea Murillo Betancur**, identificada con la Cédula de ciudadanía No. 1.088.307.467 de Pereira y Tarjeta profesional No. 305.746 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de Colpensiones y a la Dra. **Rita Sierra González**, identificada con la Cédula de ciudadanía No. 45.441.483 y Tarjeta profesional No. 85.234 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de Protección S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,



ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Sin necesidad de firma (Decreto 806 de 2020)
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Aclara voto



GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO