

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, 27 de septiembre 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

Radicación No.:660013105-002-2018-00567-01

Proceso: Ordinario Laboral de primera instancia

Demandante: Martha Lucia Correa García

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

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, quince (15) de octubre de dos mil veintiuno (2021)
Acta No 163 del 7 de octubre 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 No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado GERMÁN DARIO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Martha Lucia Correa García** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, la **Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A.**, la **Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A.** y **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.**

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas en contra de la sentencia, proferida el **12 de julio de 2021**, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira. Asimismo, se revisará la providencia de primer grado de manera íntegra, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, al haber sido adversa a los intereses de Colpensiones. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. La Demanda y contestación

Busca la demandante que se declare la nulidad de las afiliaciones que realizó primero a Colfondos S.A., mediante el cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), segundo a Porvenir S.A. y tercero a Protección S.A., y que, en consecuencia, se declare libre a la demandante para afiliarse al RPM. Además de lo anterior, solicita que se condene a Colpensiones a recibirla nuevamente al RPM, a Protección S.A. a que haga el traslado de sus cotizaciones a Colpensiones y a Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A. a pagar las costas del proceso. Por último, solicita que se condene a lo extra y ultra *petita* debatido y probado en el proceso.

Como sustento de lo pedido, relata que nació el 27 de abril de 1962, comenzando su vida laboral el mes de mayo de 1984 y afiliándose al RPM en la misma fecha. La demandante siguió cotizando para los riesgos de I.V.M en el RPM hasta mayo de 1996, fecha en la cual suscribió formulario de afiliación con Colfondos S.A., sin que llegase a recibir de dicha AFP ningún tipo de asesoría sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional. Dicho traslado lo firmó inducida por su empleador. El 10 de marzo de 1999 firma formulario de traslado con la AFP Colpatria (hoy Porvenir) y el 30 de abril de 2004 firma formulario de traslado con la AFP Santander (hoy Protección), sin que en ninguno de los dos traslados se le diera asesoramiento de ningún tipo.

Por último, señala que el 28 de agosto de 2018 Colpensiones le negó la solicitud de traslado del RAIS al RPM, argumentando se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse, por lo que el traslado no era procedente.

Colpensiones se opuso a lo pretendido por la demandante, señalando que no se evidenciaba que existiere por parte de Colfondos S.A., Porvenir S.A. o Protección S.A. ningún engaño o acto por el que se tuviese que declarar ninguno de estos traslados nulo. Como excepciones de mérito se formularon las de ***"validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, prescripción, imposibilidad para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones"***.

Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones formuladas por la demandante indicando que el acto que dio lugar a la vinculación se realizó conforme a la ley, toda vez que la demandante firmó la solicitud de vinculación de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría sobre las implicaciones de cambio de régimen por asesores capacitados.

Aún en el caso hipotético en que hubiese existido un vicio del consentimiento, este se habría subsanado por el paso del tiempo y por la ratificación de la voluntad por parte de la demandante a través de la suscripción del formulario de solicitud de vinculación al RAIS administrado por la AFP Santander, además de los aportes realizados a este régimen por más de 24 años. Como excepciones de mérito formuló el demandado las ***"de validez y eficacia de la afiliación de la demandante a Colpatria e inexistencia de vicios en el consentimiento; de saneamiento de la eventual nulidad relativa; de 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; de inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS; de pago; de compensación; de prescripción; de buena fe y las innominadas o genéricas"***.

Colfondos S.A. se opuso a lo pretendido por la demandante precisando que aquella había suscrito la solicitud de vinculación a Colfondos de manera libre, espontánea y sin presiones luego de haber recibido la asesoría, la cual, para la fecha en que se trasladó la demandante, ya era realizada según capacitaciones a los asesores con el fin de garantizar la adecuada orientación y asesoría de los potenciales afiliados. Aún en el caso hipotético en que fuese nulo el acto de afiliación, esta nulidad ya se habría subsanado por el paso del tiempo y la suscripción de los formularios de solicitud de vinculación a las AFPs Colpatria y Santander, junto con los más de 24 años de cotizaciones realizadas.

En consonancia con lo anterior, Colfondos presentó como excepciones de mérito las **"de validez y eficacia de la afiliación de la demandante a Colfondos e inexistencia de vicios en el consentimiento; de saneamiento de la eventual nulidad relativa; de 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; de inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS; de pago; de compensación; de prescripción; de buena fe y las innominadas o genéricas"**.

Protección S.A. se opuso a las pretensiones de la parte demandante, señalando que la decisión de trasladarse de aquella fue un acto de su propia voluntad; además de que tampoco era beneficiaria del régimen de transición por no tener cotizado 15 años de prestación de servicios ni reunir la edad necesaria, y aun en el caso de haberlo sido, renunció voluntariamente a los beneficios transicionales al trasladarse de régimen, por lo que no se le hizo incurrir en error sobre el objeto de la contratación. Con relación a lo anterior, Protección S.A. presentó como excepciones de mérito las **"genéricas o innominadas, de prescripción, de buena fe, de compensación, de exoneración de condena en costas, de inexistencia de la obligación, de falta de causa para pedir, de falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada, de inexistencia de la fuente de la obligación, de inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, de ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio, de afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado, excepción de mérito de seguro previsional y excepción de mérito de cuotas de administración"**.

2. Sentencia de primera instancia

La Jueza de instancia, al resolver la *litis*: (1) declaró la ineficacia de la afiliación que realizó la señora Martha Lucía Correa García a la AFP Colmena S.A. (hoy Protección S.A.) el 13 de julio de 1995; (2) declaró la ineficacia del traslado que hizo la demandante de Colmena S.A. (hoy Protección S.A.) a Colfondos S.A. el 25 de mayo de 1996, de Colfondos S.A. a Colpatria S.A. (hoy Porvenir S.A.) el 10 de marzo de 1999 y de Colpatria S.A. a Santander S.A. (hoy Protección S.A.) el 30 de abril de 2004; (3) declaró que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó del RAIS, siempre permaneciendo en el RPM administrado en la actualidad

por Colpensiones; (4) condenó a Protección S.A. a que trasladase a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos financieros producidos por dicha cuenta, los gastos de administración y comisiones cobradas durante la afiliación, todo lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos¹; (5) condenó a Colfondos S.A. y a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros generados por la cuenta individual de la afiliada, junto a los gastos de administración y comisiones cobradas durante el lapso en el que la afiliación de la demandante estuvo vigente, todo lo anterior debidamente indexado y a cargo de sus propios recursos²; (6) ordenó a Colpensiones tener como vinculada sin solución de continuidad al RPM a la demandante; (7) ordenó que se comunicase el contenido de la sentencia a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (en adelante OBP), para que, en caso de haber emitido el bono pensional, procediese a anularlo mediante trámite interno. Por último, (8) condenó en costas procesales a Protección S.A. en favor de la demandante.

Para llegar a dicha solución, la *A-quo* indicó que el acto jurídico del cual se debía analizar primero la ineficacia era el traslado realizado por la demandante del ISS a Colmena S.A. (hoy Protección S.A.) el 13 de julio de 1995, pese a que la demandante no llegase a cotizar a dicha AFP, toda vez que el diligenciamiento del formulario de afiliación es suficiente para que se considere vigente la vinculación a una AFP. Este traslado de régimen pensional lo declaró la *A-quo* ineficaz, toda vez que ninguna de las AFPs probó, como era su deber según la inversión de la carga de la prueba, que se hubiese provisto a la demandante con una información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre los regímenes pensionales o las consecuencias del traslado mismo. Por lo anterior, no pudo la demandante firmar el traslado de régimen de manera

¹ Reza el aludido numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia:

“CUARTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a que efectúe el traslado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la señora MARTHA LUCÍA CORREA GARCÍA, suma que deberá trasladarse debidamente indexada. Así mismo, a realizar la devolución de los respectivos rendimientos financieros producidos con el saldo de la cuenta individual de la afiliada, así como de los gastos de administración y comisiones cobrados durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación de la señora Correa García, en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados.”

² Reza el aludido numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia:

“QUINTO: CONDENAR a las SOCIEDAD ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a que efectúe el traslado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, a realizar la devolución de los respectivos rendimientos financieros producidos con el saldo de la cuenta individual de la afiliada, así como de los gastos de administración y comisiones cobrados durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación de la señora Correa García, en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados.”

libre y voluntaria, sin que la sola firma del formulario de afiliación se constituya como prueba de la voluntad de la demandante de trasladarse. Todo lo anteriormente señalado lo respaldó con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, junto con lo que señalan los artículos 12, 13 literal b, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1604 y 1741 del Código Civil, los artículos 97 y 98 del Decreto 663 de 1993, el artículo 3 del Decreto 692 de 1994 y demás normas que regulan la materia.

En conclusión, la *A-quo* declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante, suscrita el 13 de julio de 1995 con Colmena S.A. (hoy Protección S.A.), junto con los traslados que realizó a Colfondos S.A. el 25 de mayo de 1996, a Colpatria S.A. (hoy Porvenir S.A.) el 10 de marzo de 1999, y a Santander S.A. (hoy Protección S.A.) el 30 de abril de 2004, indicando que la demandante jamás se trasladó al RAIS administrado por Colfondos S.A., Protección S.A. y Porvenir S.A., siempre permaneciendo en el RPM administrado actualmente por Colpensiones.

3. Recurso de apelación y procedencia de la consulta

Protección S.A. solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando que la *A-quo* se apoya en una línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia que viola de manera sistemática las normas sustantivas y adjetivas, además que desdibuja los principios generales del derecho y viola los derechos constitucionales de Protección S.A. La anterior línea jurisprudencial, según la AFP, viola las siguientes normas y principios: (1) La ley 100 de 1993, puesto que ordena el reintegro de los gastos en contra del orden legal, no existiendo sanción como esta al interior de la legislación y porque también imponen a la AFP la sanción de reintegrar los gastos de administración, sanción que no existe al interior de la legislación. (2) El artículo 1746 del Código Civil en cuanto auspicia un enriquecimiento sin justa causa a favor de los afiliados, porque si se declara la nulidad y se reconocen los frutos civiles a favor del demandante, entonces no existe razón para desconocer a la AFP la contraprestación que la ley contempla. (3) El artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en cuanto los demandantes tienen como pretensión que se declare la nulidad de la afiliación y en muchas ocasiones se declara la ineficacia de la afiliación, a sabiendas de que en la acción de nulidad de la afiliación no hay la inversión de la carga de la prueba, debiendo el demandante acreditar el vicio de consentimiento y demostrar que se le indujo al error. (4) El artículo 13 de la ley 100 de 1993 por el cual la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de este. (5) Se viola la

doctrina de los actos propios, según el cual no se puede actuar en contra de los actos ejecutados por sí mismo. (6) Se viola el derecho adjetivo en materia de caducidad puesto que se dice que se trata de un hecho imprescriptible, cuando la prescripción y el paso del tiempo afecta al derecho pensional y al acto de afiliación. Y, (7) se viola el artículo 36 de la ley 100 cuando la Corte se refiere a la irrenunciabilidad del derecho a percibir una mesada pensional de menor valor, aunque la diferencia sea insignificante.

Protección S.A. considera que la Corte Suprema de Justicia invierte la carga de la prueba de tal manera que hace imposible a las AFP probar que entregaron la información necesaria. Esto debido a que, en el momento de la asesoría, la normatividad no solicitaba que la entidad guardase documentos sobre la información entregada, y que aun así entregados, se solicitaría que se demuestre que el afiliado entendió de manera perfecta las explicaciones del promotor porque nadie podría ocasionarse a sí mismo un daño asistencial.

Adicionalmente, el apelante señala que el no haber realizado simulaciones pensionales no puede serle reprochado, puesto que para esa época no era una exigencia jurídica. De igual modo señala que se viola la ley adjetiva y sustantiva cuando se ordena el reintegro de los gastos de administración, aun cuando estos no fueron nombrados en las pretensiones, la fijación del litigio ni en la formulación del problema jurídico a resolver. Por último, señala que se viola el Código General del Proceso, ya que en el interrogatorio el juez ha considerado sólo lo conveniente para el demandante, nunca lo inconveniente, desconociéndose también el valor procesal de la declaración de voluntad dentro del formulario de afiliación, lo que equivaldría a desconocer un documento público.

Porvenir S.A. solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, señalando que en el proceso quedó probado que la demandante suscribió el formulario de solicitud de vinculación a Colpatria S.A. de forma libre, voluntaria y espontánea, por lo que Colpatria S.A. cumplió con la carga de la prueba requerida para acreditar la afiliación, existiendo también en el expediente documento suscrito por la demandada que convalidan la asesoría suministrada.

También indicó la parte que, según lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-3752 del 15 de septiembre de 2020, no solo se debe considerar si la afiliada tenía los elementos suficientes para determinar si la decisión de trasladarse era la más conveniente, sino que también se debían considerar los

llamados "actos de relacionamiento", dentro de los cuales se encuentran los traslados entre AFPs del RAIS. Señaló igualmente que una razón económica no vicia el consentimiento y no puede ser causal de ineficacia del acto jurídico de afiliación.

Por último, señala que el trasladar los aportes y sus rendimientos generados a Colpensiones constituye un enriquecimiento ilícito a favor de la parte actora, pues esta estaría recibiendo los rendimientos generados por la buena administración del demandado sin pagar ningún concepto por la gestión realizada.

Colfondos S.A. justificó su desacuerdo con la sentencia de primera instancia señalando que quedó probado en el proceso que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria, espontánea y sin ningún tipo de presiones y que dicho traslado se realizó según los lineamientos legales vigentes para la época. La AFP puso al alcance de la demandante características propias del RAIS frente al RPM, a pesar de que esto no era obligación de las AFPs. Por lo anterior, se puede establecer que Colfondos cumplió la carga probatoria requerida, obrando documento en el expediente que acredita la asesoría suministrada en la época del traslado.

También señaló que, según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-3752 del 15 de septiembre de 2020, no solo se debe considerar si la afiliada tenía los elementos necesarios para determinar la conveniencia de la decisión de trasladarse de régimen, sino que también se deben considerar los "actos de relacionamiento", los cuales atestiguan la voluntad de permanecer en el régimen escogido, actos dentro de los cuales entra el traslado entre entidades del RAIS. Con relación al traslado de los aportes y sus rendimientos a Colpensiones, señala la AFP que esto constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, la cual se estaría beneficiando de la buena administración realizada por Colfondos. A su vez, el pago del seguro provisional se realiza mensualmente a una aseguradora tercera, por lo que no puede procederse al pago de este.

Colpensiones justificó su desacuerdo señalando que la demandante contaba con 56 años en la fecha de la petición del traslado (28 de agosto de 2018), por lo que le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, lo que hacía imposible que se efectuase el traslado. Igualmente señaló Colpensiones que por las pruebas que hacían parte del expediente se podía establecer que se habían firmado los actos de traslado de manera libre, voluntaria, espontánea y sin presiones, ratificando la demandante esta voluntad mediante las

diferentes suscripciones y cambios de AFP dentro del RAIS, además de su permanencia en este régimen durante aproximadamente 26 años. Estos actos de permanencia se consideran actos de relacionamiento según la sentencia SL 3752 de 2020 con ponencia de la magistrada Ana María Muñoz Segura.

Por último, Colpensiones señala que no se acreditó durante el proceso que no se le hubiese dado a la demandante la suficiente información para tomar una decisión informada, pero si se acredita que la razón por la que busca retornar al RPM es meramente económica, por lo que en este caso la acción correcta a incoar es la de resarcimiento de perjuicios y no la de ineficacia del traslado.

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 conceptuó en este asunto.

5. Problemas jurídicos por resolver

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

- i. Establecer si para el momento en que la parte actora efectuó 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. 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.
- vi. Establecer si es dable ordenar a la AFP demandada 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.
- vii. Analizar si la acción a invocar debió haber sido la de resarcimiento de perjuicios, según lo solicita Colpensiones.
- viii. Establecer si hay lugar a exonerar en costas a las AFPs del RAIS.

6. Consideraciones

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.

2. "El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación"³

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 1993⁴, 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

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

⁴ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

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

3. “El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado”⁵

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.

⁵ Título tomado de la sentencia del 8 de mayo de 2019SL 1688-2019, Radicado 68838, con Ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

(...)

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 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”.

4. “De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado”⁶

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 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.

⁶ *Ibíd*em

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 desfavor de los consumidores financieros”.

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 los 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 AFPs demandadas la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.

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 han debido brindarle las AFPs 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, 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 ineficacia del acto, dado que con la omisión o la defectuosa información se ha inducido en error al afectado(a). En curso del proceso las AFPs demandadas no cumplieron con la carga que se les impone, esto es, **acreditar haber transmitido a la parte actora la información concreta y cierta, acerca de la implicación del traslado de régimen pensional.**

En realidad, mínimo las AFPs tendrían 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 AFPs demandadas afirman 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 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 AFPs 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 AFPs, 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.

En este punto, nótese que, durante el interrogatorio únicamente aceptó el haber firmado los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria; agregó que no tuvo asesoría en ninguno de los tres traslados, trasladándose en los tres casos por decisión del área de recursos humanos de la empresa en la que trabajaba, suscribiendo ella los formularios cuando era llamada. Nunca se contrapuso a esto, señaló la demandante, por la confianza que tenía en su empleador y por la información que recibía de este sobre que su mesada pensional sería superior en el RAIS en comparación con el RPM. Jamás habló con los asesores de las distintas AFPs porque no se acercaron a ella y no leyó los formularios de afiliación por su longitud y porque le pedían que firmase dichos formularios rápidamente. Aceptó realizar el trámite para conseguir el bono pensional y señala que lo realizó porque en el lugar donde laboraba le indicaron que debía retirar este bono para transferir el dinero que tenía en Colpensiones a la AFP y, de esta manera, terminar el proceso de traslado. En el caso de la petición del bono pensional ella solo firmó el documento con el jefe de nómina de la empresa. La razón por la que quiere trasladarse es la diferencia entre el monto que tendría su pensión en el RAIS y el monto que tendría en el RPM. No hizo uso del derecho de retracto porque no sabía que existía y tampoco del periodo de gracia en este caso porque consideraba que las AFPs del RAIS le generarían una mejor rentabilidad en su mesada pensional. Finalmente, señaló que esperó tanto para volver al RPM porque solo recientemente se dio cuenta de la diferencia del monto de su pensión en el RAIS en comparación con el monto que tendría su pensión en el RPM.

Hasta aquí, a juicio de esta colegiatura, por lo menos a la parte 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, máxime cuando hacía parte del régimen de transición; 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 AFPs demandadas no acreditaron la carga de probar que se cumplió 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.

Ahora, frente a la orden de trasladar a Colpensiones los gastos de administración y demás emolumentos, que fue uno de los aspectos que cuestionaron las AFPs, al respecto 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 estos mismos argumentos también resulta viable la orden a la AFP de reintegrar a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos, los valores utilizados en seguros previsionales y cuotas de garantía de pensión mínima, sumas todas que deben pagarse debidamente indexadas. En consecuencia, se confirmará este punto de la sentencia de primer grado.

A propósito del argumento de Protección S.A. respecto a i) la aplicación de la Jurisprudencia emitida por el Máximo Órgano de Cierre de esta Jurisdicción, el cual a su juicio, viola sistemáticamente las normas sustantivas y adjetivas al ordenar el reintegro de los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales a Colpensiones; ii) el atribuir la carga probatoria al Fondo de Pensiones y no al afiliado; y, iii) el acudir a la figura de la ineficacia y no al de la nulidad que conllevan a inaplicar los términos prescriptivos o de caducidad, entre otros, debe recordarse lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-836-01, donde recalca que: *“La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular”*. En este orden, no encuentra esta Colegiatura razón suficiente para desconocer la fuerza normativa de la Jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia objeto de estudio, toda vez que supone una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico, aspectos todos estos que justifican la línea jurisprudencial aplicada por la Sala y que ahora tanto recrimina el vocero de la AFP.

Ahora, en torno al argumento de la demandada Colpensiones, respecto a que se debió solicitar la indemnización de perjuicios y no la ineficacia, hay que decir que

ese era la tesis que defendía las mayorías de 2 Salas de Decisión de esta Corporación pero que fue desestimada 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.

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

Con relación al bono pensional y como quiera que obra a folio número 67 formulario de autorización de la actora para iniciar el proceso de reclamación del bono pensional, sin que obre evidencia de su pago, lo que se hará es adicionar el numeral séptimo de la parte resolutive de la sentencia ordenando a la AFP Protección S.A., que en caso de haberse pagado dicho instrumento público, a favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, en un trámite interno, ejecute las acciones pertinentes para retrotraer las cosas en el estado en que se encontraban, esto es, reintegrando al Ministerio de Hacienda y Crédito Público dichos dineros depositados en la cuenta de la demandante, debiendo asumir la AFP con sus propios recursos la indexación del bono por la pérdida de poder adquisitivo.

Sin embargo, no pasar por alto esta Sala que dentro de la sentencia de primera instancia se señala que se deben indexar la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante y los rendimientos financieros producidos por dicha cuenta, omitiendo el contenido del artículo 101 de la ley 100, según el cual, las AFPs tienen la obligación de mantener una rentabilidad mínima, por lo que se supone que cuando la AFP traslada la totalidad del capital acumulado y los rendimientos de este a Colpensiones, los recursos no han sufrido un detrimento económico, por lo que no hay necesidad de indexar su valor.

Por lo anterior, se **modificarán** los numerales cuarto y quinto de la parte resolutoria de la sentencia de primera instancia en el sentido de señalar que los

valores a indexar son únicamente los gastos de administración y las comisiones cobradas, pero no la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante ni los rendimientos financieros generados por dicha cuenta.

Las costas en esta instancia correrán a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y Colpensiones al no haber prosperado los recursos de alzada.

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.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala de Decisión Laboral No. 1 presidida por la Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales cuarto y quinto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de señalar que los valores a trasladar que se deben indexar son únicamente los gastos de administración y las comisiones cobradas durante la afiliación, pero no la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante ni los rendimientos financieros producidos por dicha cuenta.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral séptimo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a la AFP Protección S.A. que, en caso de que se haya pagado el bono pensional a favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, a través de un trámite interno, reintegre la suma pagada por este concepto a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá estar debidamente indexada, indexación que será a cargo de sus propios recursos.

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

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a **Colfondos S.A., Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones** a favor de la parte demandante. Líquidense 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento
ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

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

Con firma electrónica al final del documento
GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO

Firmado Por:

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

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 4 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Firma Con Aclaración De Voto

German Dario Goez Vinasco

**Magistrado
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**1f2f83b7aab722d4a29248e5b93a1edddf705b6db010f74b6fbe592f2d06
9431**

Documento generado en 15/10/2021 07:55:06 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**