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, 4 de marzo de 2022

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario

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

Radicación No.: 66001-31-05-002-2019-00053-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Jairo de Jesús Restrepo Castaño.
Demandados: Colpensiones y Protección 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, catorce (14) de marzo dos mil veintidós (2022)

Acta No 36 del 10 marzo de 2022

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, estableció, que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia, en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala 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 DARÍO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Jairo de Jesús Restrepo Castaño** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Protección S.A.**

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por Protección S.A y Colpensiones en contra de la sentencia proferida el 14 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo del Circuito de Pereira.

Asimismo, se revisará el fallo de manera íntegra en virtud del grado jurisdiccional de consulta, al haber sido adverso a los intereses de Colpensiones. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. La Demanda y la contestación de la demanda

El demandante busca que se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Protección S.A., a través de la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS).

En consecuencia, procura que se condene a Protección S.A. a liberarlo de su base de datos y a trasladar sus cotizaciones a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones. Adicionalmente, solicita que se condene a esta última a recibirlo nuevamente como afiliado.

Del mismo modo, una vez concedido el traslado, busca que se declare que es beneficiario del régimen de transición, y en tal virtud le sean aplicados los efectos pensionales del Acuerdo 049 de 1990, ya que al 1 de abril de 1990 tenía más de 40 años de edad y había cotizado 1.007 semanas, en razón de lo cual tiene derecho a que se reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 1 de julio de 2012, con ingreso base de liquidación de los últimos 10 años de cotización y una tasa de reemplazo del 90%, junto con los intereses moratorios preceptuados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a cargo de Protección S.A, o Colpensiones, y en su defecto la indexación, aunado a las costas procesales.

Como sustento de lo peticionado relata que nació el día 01 de mayo de 1952, afiliándose el 22 de julio de 1971 al RPM, y que al 1 de abril tenía un total de 1.007 semanas cotizadas.

Refiere que el 1 de noviembre de 1994 se trasladó por medio de Protección S.A al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que aquella le hubiera suministrado la información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta respecto de las consecuencias legales y económicas que tendría con su cambio de régimen pensional.

Por último, informa que el 27 de junio de 2018, Colpensiones negó su solicitud de traslado bajo el argumento de que se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

Colpensiones se opuso a lo pretendido por la parte demandante indicando que el demandante no era beneficiario del régimen de transición y la afiliación efectuada a través de Protección S.A fue conforme a los parámetros legal vigentes, además de que el actor no ejerció su derecho de retracto, en razón de lo cual, no se evidencia engaño alguno o motivo para que se declare la nulidad del traslado, como excepciones de mérito se formularon las de *"validez de la afiliación al RAIS"*, *"saneamiento de una presunta nulidad"*, *"solicitud de traslado de dineros de gastos de administración"*, *"inexistencia de la obligación"*, *"prescripción"*, *"imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal"*, *"buena fe"*, *"imposibilidad de condena en costas"*, y *"declaratoria de otras excepciones"*.

Protección S.A., indicó como cierto que el actor se trasladó del RMP al RAIS desde el 01 de noviembre de 1994, donde cotizó un total de 104,43 semanas, sin embargo, el 22 de agosto de 2018 le fue aceptado el retorno al RAIS solicitado ante Protección el 22 de julio de la misma anualidad, para lo cual debía realizar la misma petición ante el RPM administrado por Colpensiones. Derivado de lo anterior, no se opuso a las pretensiones dirigidas al reconocimiento del actor como beneficiario pensional, el pago de la misma, y al traslado de aportes; no obstante, se opuso a la devolución de los rendimientos financieros, al cobro de los intereses de mora o la indexación derivados del eventual reconocimiento de la pensión de vejez; asimismo, a la condena de costas y agencias en derecho, en tanto no debía considerarse sujeto vencido en juicio por no oponerse a las pretensiones. En consonancia con lo anterior, presentó como excepciones de mérito las denominadas *"genérica o innominada"*, *"prescripción"*, *"buena fe"*, *"compensación"*, y *"exoneración de condena en costas e intereses de mora"*.

2. Sentencia de primera instancia

La Jueza de instancia, al resolver la *litis*: (1) declaró la ineficacia de la afiliación del señor Jairo de Jesús Restrepo Castaño a Protección S.A., del 13 de octubre de 1994; (2) condenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones el valor total de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades; (3) ordenó comunicar a la OBP del

Ministerio de Hacienda y Crédito Público la decisión, para que en caso de haber emitido bono pensional, procediera con la anulación a través de un trámite interno; (4) Ordenó a Colpensiones a tener como vinculado sin solución de continuidad al RPM a la demandante;

Adicionalmente, (5) condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez al demandante y la expedición del correspondiente acto administrativo, de conformidad con lo consagrado en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, como beneficiario del régimen de transición, a partir del 28 de enero de 2016, en cuantía inicial de \$689.454 mensuales, ajustados anualmente de conformidad con la ley, junto con una mesada adicional al año, y las mesadas retroactivas que para septiembre de 2021, ascendían a \$58.465.523 debidamente indexados al momento del pago; (6) autorizó a Colpensiones para descontar de las mesadas pensionales las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud; y por último, (7) condenó a costas en un 100% a cargo de ambas demandadas.

Para llegar a esta decisión, la *A-quo* indicó que si bien no obra en el plenario formulario de afiliación, el demandante aceptó el traslado, que de conformidad con el historial de vinculaciones ocurrió el 13 de octubre de 1994, con efectividad desde el 1 de noviembre de 1994; sin embargo, resaltó la falta de prueba que diera cuenta del deber de información manifestada por el demandante en el interrogatorio y en la demanda, sin que el la AFP demandada hubiera demostrado que cumplió con el deber de información, en tanto le correspondía a esta última la carga de la prueba, ante la negación indefinida del demandante, y no hubo afirmaciones que pudieran calificarse como confesión.

Frente a la negativa de Colpensiones a recibir al actor indicó que conforme a las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-130 de 2013, los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados al 1 de abril de 1994, tenían libertad de traslado entre regímenes, en cualquier tiempo conservando los beneficios del régimen de transición, por lo que calificó de flagrante la omisión de Colpensiones para impartir trámite a la solicitud de traslado del gestor.

Respecto de la solicitud del reconocimiento pensional, arguyó que la parte activa de la litis nació el 1 de julio de 1952, por lo que al 1 de abril de 1994, contaba con 41 años de edad, y más de 1000 semanas cotizadas, siendo beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y Acuerdo 049 de 1990, además indicó que el actor al 1 de julio de 2012 cumplió 60 años de edad,

por lo cual se consolidó el derecho pensional. En consecuencia, condenó al reconocimiento y pago sobre una tasa de reemplazo de un 81% al acreditar más de 1000 semanas y menos de 1150, sin embargo, como el ingreso base de liquidación ascendió a un salario mínimo, fijo tal monto como mesada pensional.

Por último, declaró prescritas las mesadas pensionales a partir del 28 de enero de 2016, en tanto efectuó la reclamación administrativa el 28 de enero de 2019.

3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta

Protección S.A. interpuso recurso de apelación únicamente respecto a los gastos de administración, argumentando que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 07 de la ley 797 de 2003, contempla una obligación bilateral que debe soportar el afiliado, y el fondo debe ejecutarla. Además de que gastos de administración tienen como destino cubrir riesgos que solo benefician al afiliado, como la garantía de pensión mínima, seguros previsionales, fondo de solidaridad, el reaseguro con FOGAFÍN, entre otros, que se cubren por imperativo legal con el 3.5% de los aportes, además de que el pago de dichos gastos constituye una obligación consolidada o acaecida imposible de restituirse en el tiempo, aunado a la inexistencia de norma que a título de sanción ordene reintegrar los gastos de administración.

Colpensiones difiere de la sentencia proferida en cuanto a la declaratoria de la ineficacia del traslado al RAIS, por medio de la AFP Protección S.A y el reconocimiento pensional, ya que la declaratoria de la ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del RPM administrado por Colpensiones, a quien se le impone la carga de resarcir un daño que no causó, derivada de la inoperancia del afiliado que no se interesó en retornar al régimen de prima media, sino hasta que evidenció un perjuicio económico, sumado al hecho de que nadie está facultado para constituir su propia prueba, por lo que al tomar los dichos del demandante de forma exclusiva por lo plasmado en la demanda, además de que la sentencia desconoce los postulados de la Corte Constitucional, expuestos en la sentencia C- 1024 de 2004 que impide el traslado cuando falten menos de 10 años para arribar a la edad de pensión que propende por la garantía de libre competencia entre regímenes y el principio de sostenibilidad financiera. Finalmente, solicitó que se condenara a la AFP Protección S.A a pagar a título de sanción el pago de un cálculo actuarial equivalente al valor total de las mesadas pensionales liquidadas bajo los parámetros del régimen de prima media teniendo en cuenta para ello la expectativa de vida del demandante

y la de sus posibles beneficiarios, en tanto Colpensiones fue un tercero afectado que no tuvo injerencia en el trámite de traslado.

Finalmente, al haber resultado condenado Colpensiones, se dispuso también el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

4. Alegatos de conclusión

Analizados los alegatos presentados por escrito por la totalidad de sujetos procesales, 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 apelantes se ratifican en las razones de primera instancia y además los refuerzan con los siguientes:

Aduce Colpensiones que el acto de traslado constituye un acto de relacionamiento teniendo en cuenta lo manifestado por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria por medio de la sentencia SL 3252-2020, del mismo modo, adiciona que, debe exonerarse de la condena en costas.

Por su parte Protección S.A indica que el traslado de los gastos de representación constituyen un enriquecimiento sin causa en favor del afiliado, además de que se viola el principio de consonancia cuando se condena al reintegro de los gastos de administración sin que los demandantes dentro de las pretensiones así lo procuren, del mismo modo, expone que se quebranta la doctrina de los actos propios según la cual esta norma regula la inadmisibilidad de actuar en contra de los actos ejecutados por sí mismo, además de que la dedición deshonra el derecho adjetivo en materia de caducidad de las acciones argumentando con impertinencia que se trata de un hecho imprescriptible, cuando la prescripción es relativa al derecho pensional y el conflicto es relativo al acto de la afiliación del cual se deriva una acción que se ve afectada de manera inexorable con el transcurso del tiempo por el fenómeno de la caducidad y no de imprescriptibilidad.

No obstante, estos no serán abordados en esta instancia como quiera que se encuentran por fuera de los relacionados en la sustentación del recurso ante el a-quo. 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. Determinar la carga probatoria que les corresponde a cada una de las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales.
- iii. Analizar si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de la AFP demandada, la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.
- iv. Determinar si hay razón suficiente para apartarse del precedente jurisprudencial existente frente a la ineficacia del traslado de régimen.
- v. Establecer si es dable ordenar a las AFP demandada la devolución, con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración.
- vi. Analizar si es procedente condenar a Protección S.A a título de sanción al pago de un cálculo actuarial equivalente al valor total de las mesadas pensionales liquidadas bajo los parámetros del régimen de prima media teniendo en cuenta para ello la expectativa de vida del demandante y la de sus posibles beneficiarios, según lo solicita Colpensiones.
- vii. Determinar si, confirmada la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, el señor Jairo de Jesús Restrepo Castaño acredita los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en tal virtud le son aplicables los postulados del Acuerdo 049 de 1990.
- viii. En caso afirmativo, establecer el valor de la mesada pensional y el retroactivo

6. Consideraciones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4) En numerosas sentencias del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, se ha establecido que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que el traslado de régimen pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica o con la suscripción de un formato; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones "dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito."

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

Dicho deber, como lo ha enseñado la Corte, es exigible desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación a la administradora, pues

² Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

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

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

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993,</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar</i>

	<p><i>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>	<p><i>a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i></p>
<p><i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i></p>	<p><i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i></p> <p><i>Decreto 2241 de 2010</i></p>	<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></p>
<p><i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i></p>	<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.º 016 de 2016</i></p>	<p><i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i></p>

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

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

³ *Ibíd*em

generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

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

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

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

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

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

fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

6.4. 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.

6.5. Régimen de transición.

Según el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 son beneficiarios del régimen de transición las personas que hubiesen cumplido 40 o 35 años al momento de entrar

a regir la ley 100 de 1993, según se trate de hombres o mujeres, o quienes acrediten más de 15 años de servicios cotizados. En virtud de tal beneficio, el afiliado tiene derecho a que en vigencia del nuevo sistema pensional, se conserve su derecho a acceder a la pensión de vejez con el cumplimiento de los requisitos anteriores al régimen al cual se encontraren vinculados a la fecha de irrupción de la Ley 100 de 1993, en cuanto a la edad, densidad de cotizaciones y monto de la prestación, entendida esta última como la tasa de reemplazo aplicable sobre el Ingreso Base de Cotización que se obtiene conforme a la fórmula prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, salvo en las excepciones que previene la misma ley.

Adicionalmente, el Acto Legislativo 01 de 2005, estableció, en el párrafo 4º, que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

6.6. Pensión de vejez bajo los presupuestos del acuerdo 049/1990.

Dispone el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, que tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: *a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y; b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."*

6.7. Caso concreto

Se opuso Colpensiones a la declaratoria de la nulidad (o ineficacia) del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, dada la omisión de información clara y precisa, que ha debido brindarle la AFP a la parte actora en orden a conocer las condiciones y consecuencias de migración de régimen.

De conformidad con 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.

En el presente caso, tal como lo afirmó la *a-quo*, no obra el formulario de afiliación a Protección S.A; no obstante, del historial de vinculaciones⁴ se puede establecer que el actor solicitó el traslado el 13 de octubre de 1994, mismo que se hizo efectivo a partir del 01 de noviembre de 1994, por lo cual le correspondía a Protección S.A. demostrar que cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo. Empero, no obra prueba documental alguna que dé cuenta de las circunstancias que rodearon el acto de traslado, y de los dichos del demandante ninguno puede calificarse como confesión, en tanto este explicó que el traslado se realizó por medio de un promotor de la entidad, quien no le informó sobre las ventajas o inconvenientes del traslado y mucho menos de la existencia de dos regímenes, pues en caso contrario no se hubiera trasladado, indicó. Expuso que el principal motivo para trasladarse fue la política publicitaria en televisión y prensa sobre la existencia de nuevos fondos de pensiones, aunado al rumor de que el seguro social se iba a acabar. También explicó que desde el 2014 realizó solicitudes de corrección de historia laboral ante Colpensiones, y solo hasta el 2018, cuando tenía la totalidad de semanas en su haber de aportes, elevó la solicitud de traslado.

Por lo anterior, no es de recibo el argumento encaminado a que el actor constituyó su propia prueba, pues como se explicó en precedencia, no hay una sola prueba en el plenario que sustente el deber de información por parte de la AFP Protección S.A. y la decisión de primera instancia no está basada en los dichos del demandante sino en la ausencia de pruebas indicativas de que este recibió información suficiente que permitiera concluir que en su caso hubo un verdadero consentimiento informado.

Aunado a lo anterior, buena parte de lo aseverado por el actor en interrogatorio se puede constatar con las solicitudes de actualización de datos y corrección de historia laboral elevadas el 21 de marzo de 2014⁵ y el 27 de marzo de 2016⁶, respectivamente, además de las solicitudes de traslado ante Protección S.A y Colpensiones, acciones que dan cuenta de la intención del actor de pertenecer al

⁴ Página 241 del expediente digitalizado.

⁵ Archivo 11 del expediente administrativo.

⁶ Archivo 01 del expediente administrativo.

RPM.

Del mismo modo, cabe resaltar que Protección S.A el 22 de agosto de 2018⁷ no se opuso a la solicitud de traslado⁸ argumentando que si bien en principio el actor no podía trasladarse porque estaba a menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, en atención a las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2002 y SU 062 de 2010, en su caso era admisible el traslado en cualquier momento porque a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con 1.007, 86 semanas cotizadas, por lo que le dio instrucciones al señor Jairo de Jesús para que radicara la solicitud de traslado ante Colpensiones, acogiéndose a la sentencia SU 062 de 2010, información que reiteró en respuesta del 30 de septiembre de 2019.⁹ En ese orden, el actor procedió conforme le indicó el fondo pensional y radicó en dos oportunidades (27 de junio de 2018, 17 de septiembre de la misma anualidad¹⁰) la solicitud de traslado; no obstante, en las mismas calendas Colpensiones le indicó que no era procedente anular la afiliación por cuanto el traslado fue realizado ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con la Ley 100 de 1993, artículo 13 literal B¹¹, lo que pone de relieve que la administrador del RPM no estudió la solicitud a la luz de las sentencias constitucionales que disponen que las personas beneficiarias del régimen de transición por tiempo de servicios pueden retornar válidamente en cualquier tiempo al RPM sin perder el beneficio de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, no debe perderse de vista que si bien Colpensiones erró al impedir el traslado del actor, en tanto en su momento la solicitud de traslado se basó en la aplicabilidad de los presupuestos de la sentencia SU- 062 de 2010, lo cierto, es que este litigio gira en torno a la ineficacia del traslado al RAIS, actos disímiles en tanto la ineficacia presupone que el acto de traslado no surgió a la vida jurídica, mientras que la recuperación y retorno al RPMPD, parten de la premisa que el traslado entre regímenes operó válidamente y produjo efectos. En virtud de lo expuesto, se confirmará la declaratoria de ineficacia del traslado emitida por jueza de primera instancia.

Importa precisar que como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban al

⁷ Páginas 269 a 270 del expediente digitalizado.

⁸ Páginas 261 a 268 del expediente digitalizado.

⁹ Páginas 271 y 272 del expediente digitalizado.

¹⁰ Archivo 02 del expediente administrativo.

¹¹ Páginas 50 a 52 y 73 a 74 del expediente digitalizado

momento del traslado de régimen, fue acertada la determinación de la A-quo de comunicar la decisión adoptada en este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de haber emitido el bono pensional, proceda con la anulación del mismo mediante trámite interno, aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 833 de 2016. Ello en razón a que no existe dentro del plenario prueba que acredite que el bono ha sido liquidado, emitido y cancelado por parte de esa cartera ministerial.

En cuanto a las condenas impartidas a cargo de Protección S.A, dirigidas a revocar la condena que ordena devolver los gastos de representación, como lo ha reiterado en múltiples pronunciamientos esta Corporación se dirá que de conformidad con las sentencias SL1421 de 2019 y SL 2611 de 2020, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, previamente citadas, es su deber trasladar a Colpensiones los gastos de administración, debidamente indexados, cancelados por la parte actora en razón a que los mismos fueron el resultado de una conducta indebida al momento del traslado, de modo que no pueden permanecer en sus arcas sino retornar al régimen de prima media. Bajo esa misma perspectiva también resulta viable la orden de reintegrar a Colpensiones, además de los respectivos rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual, los valores utilizados en seguros previsionales, las cuotas de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, sumas todas que deben pagarse debidamente indexadas, por lo que se confirmará la sentencia apelada frente a tal decisión. Por lo anterior, la petición del desconocimiento del precedente traído a colación, no se torna posible porque la Sala no encuentra razones de peso atendibles para apartarse de la posición de la corte Suprema de Justicia.

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), por lo tanto, con la presente decisión se está aplicando un precedente jurisprudencial de

obligatorio acatamiento, que define al detalle los efectos jurídicos de la declaratoria de ineficacia que aquí se confirma.

Consecuencia de la declaratoria de ineficacia y ante el inminente retorno del actor al RPM, donde debe ser recibido sin solución de continuidad, el actor tiene derecho a que su prestación económica por vejez se resuelva dentro del marco de las normas aplicables al RPM, la cual incluye, como atrás se indicó, el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en virtud del cual, sus beneficiarios, tienen derecho a que su pensión sea resuelta con base en el régimen anterior al que se encontraban afiliados antes de la entrada en vigencia de la precitada ley.

En ese orden de ideas, evidente resulta que el actor es beneficiario del régimen de transición, tanto por edad, al tener más de 40 años a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), exactamente 42 años y 3 meses de edad, y por tiempo de servicios, pues acredita que a esa misma fecha tenía en su haber pensional un total de 1008 semanas cotizadas, según historia laboral aportada por COLPENSIONES, la cual obra en el expediente administrativo aportado con la contestación a la demanda.

Es de resaltar que la calidad de beneficiario del régimen de transición del demandante no se vio afectada por la fecha de expiración que estableció el acto legislativo 01 de 2005, pues aunque no contaba con la edad mínima de pensión al 31 de julio de 2010, pues arribó a la edad de 60 años apenas el 1° de julio de 2012, lo cierto es que contaba con más de 750 semanas cotizadas a la fecha de publicación de dicho acto (22 de julio de 2005), en razón de lo cual el régimen se mantuvo en su caso hasta el 2014, fecha para la cual ya había cumplido, tanto la edad como la densidad mínima de semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, esto es, 1000 semanas en cualquier tiempo, pues recuérdese que incluso a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, ya contaba con un poco más de ese recaudo pensional.

De acuerdo a lo anterior, en sede de consulta, se confirmará el reconocimiento del actor como beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y con ello su derecho a la gracia pensional reclamada, pues a la fecha en que solicitó la pensión de vejez a COLPENSIONES, 28 de enero de 2019, había cumplido con los requisitos para acceder a ella desde el 1° de julio de 2012, fecha en que arribó a la edad de 60 años.

En cuanto a la prescripción y el monto de la mesada a cargo de dicha codemandada, también se confirmará lo resuelto en primera instancia, pues la reclamación administrativa tendiente al pago de la pensión a cargo de COLPENSIONES, se elevó por el actor el 28 de enero de 2019¹² y la demanda se presentó dentro del trienio siguiente a esa fecha, de modo que operó la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 28 de enero de 2016, como bien se decidió en primera instancia. Teniendo en cuenta que la mesada se estableció en suma igual al salario mínimo y ninguna pensión de vejez puede reconocerse por monto inferior a ese, al no haber sido objeto de apelación el monto de la condena, la base calculada por la a-quo resulta favorable a los intereses de COLPENSIONES, en razón de lo cual se confirmará en sede consulta.

Por último, improcedente resulta condenar a Protección S.A a título de sanción al pago de un cálculo actuarial equivalente al valor total de las mesadas pensionales liquidadas bajo los parámetros del régimen de prima media teniendo en cuenta para ello la expectativa de vida del demandante y la de sus posibles beneficiarios, pues teniendo en cuenta las implicaciones que ello implica para la AFP PROTECCIÓN, ello debe ser objeto de demanda de COLPENSIONES contra PROTECCIÓN a efectos de que esta última ejerza debidamente su derecho de defensa. En consecuencia, el cálculo actuarial solicitado por COLPENSIONES no puede analizarse en este asunto porque no hay pretensiones en ese sentido. Por otra parte, no puede pasarse inadvertido que dentro de la acción de ineficacia las sanciones son taxativas y su interpretación restrictiva y la única sanción legal establecida para quienes atenten contra la afiliación libre, voluntaria e informada del trabajador es la prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuya imposición le compete a las autoridades del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso y no a la justicia del trabajo. Lo anterior sin perjuicio de las acciones por indemnización de perjuicios que eventualmente tienen el afiliado y COLPENSIONES.

Corolario de lo anterior, se confirmará en todas sus partes el fallo de primera instancia y, de conformidad con lo consagrado en el artículo 365 del CGP, se condenará en costas procesales de segunda instancia a Protección S.A. y Colpensiones, a favor de la parte actora, las cuales se liquidarán por la secretaría del juzgado de origen. Se confirma el pago de costas procesales a cargo de COLPENSIONES, en las dos instancias, pues pese a que no propició los actos que conllevaron a la ineficacia, se opuso al retorno del actor al RPM, pese a que tenía

¹² Archivo 13 del expediente administrativo.

más de 15 años de servicios al 1º de abril de 1994, lo que permitía la libre movilidad entre regímenes, tal como se explicó en precedencia.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral de Circuito de Pereira el 14 de octubre de 2021 dentro del proceso de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a Protección S.A. y a Colpensiones a favor de la parte demandante, las cuales se liquidarán por el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento
ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

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 Goetz 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:

**a2df05bb25bdcf721a3aab16fc1d32041bfe575122c6a278960b59fba6da
6887**

Documento generado en 11/03/2022 11:20:25 AM

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