

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso la totalidad de 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, adoptado como legislación permanente por medio de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022.

12 de mayo 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.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.
Juzgado: Quinto 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, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)
Acta No. 114 del 28 de julio de 2022

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, adoptado como legislación permanente por medio de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

SEPÚLVEDA y el Magistrado GERMÁN DARÍO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **María Dora Hurtado Cardona en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A. y Colfondos S.A.**

AUTO

Se reconoce personería jurídica al Dr. **Jorge Mario Hincapié León**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.094.882.452 de Armenia, Quindío y tarjeta profesional No. 227.023 del Consejo Superior de la Judicatura, quien allegó la sustitución de poder que le hiciera el Dr. José Octavio Zuluaga Rodríguez, representante legal de la sociedad Conciliatus S.A.S apoderada general de Colpensiones.

Asimismo, se reconoce personería amplía, legal y suficiente a la Dra. **Melissa Lozano Hincapié**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.088.332.294 y tarjeta profesional No. 321.690 del Consejo Superior de la Judicatura, para que represente los intereses de Porvenir S.A y Colfondos S.A, como apoderada judicial inscrita a la sociedad Tous Abogados Asociados S.A.S quien ostenta la representación de dicha AFP.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta dispuesto en favor de Colpensiones y los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas en contra de la sentencia proferida el

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

27 de enero de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. LA DEMANDA Y LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Solicita la demandante que se declare la ineficacia del traslado que realizó al Régimen de Ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), administrado por Porvenir S.A. En consecuencia, procura que se ordene a dicha AFP y a Colfondos S.A a girar el total del monto de su cuenta de ahorro individual a Colpensiones, y a esta última activar la afiliación con la que contaba inicialmente como afiliada, respetando el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 del cual es beneficiaria, aunado al pago de las costas procesales correspondientes.

Como sustento de lo peticionado relata que nació el 6 de noviembre de 1959 e inició su vida laboral el mes de junio de 1981 al servicio del Hospital Universitario San Jorge de Pereira, trasladándose al RAIS desde el 1 de noviembre de 1995 como se observa en el formulario de afiliación indebidamente diligenciado, yerros que a su vez se presentaron en la asesoría brindada de forma grupal y en un tiempo inferior a 10 minutos, donde de forma sesgada, engañosa y poco profesional, le precisaron que su mesada pensional en el RAIS iba a ser superior, podía pensionarse de forma anticipada, sus herederos podrían acceder al capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecer, que el ISS iba a desaparecer y su derecho pensional se encontraba en riesgo, que la mesada a obtener dependía y/o fluctuaba en consideración con los rendimientos financieros y omitieron totalmente brindarle información sobre el régimen de transición y las consecuencias que acarrearía el traslado de régimen.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

Afirma que, en diciembre del año 2001, debido a la coacción por parte del empleador se trasladó a la AFP Porvenir S.A, entidad que el 14 de septiembre de 2018 le realizó una simulación pensional observando que percibiría una mesada pensional equivalente a un salario mínimo mensual y le informaron que no podía retornar al régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM), última respuesta que también recibió de Colpensiones el 14 de junio de 2019.

En respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a lo pretendido por la demandante alegando que no hay evidencia de engaño alguno o acto que permita declarar la nulidad o ineficacia del traslado, el cual se dio en virtud de la libre escogencia de régimen pensional. En tal sentido, propuso como excepciones de mérito las de *"Validez de la afiliación al RAIS"; "Saneamiento de la presunta nulidad"; "Solicitud de traslado de dineros de gastos de administración"; "Prescripción"; "Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal"; "Buena fe: Colpensiones"; e "Imposibilidad de condena en costas"*.

Porvenir S.A. alegó que el 11 de diciembre de 2001 la demandante suscribió formulario de solicitud de vinculación a Porvenir S.A como traslado de Colfondos, y que dicha afiliación solo surtió efectos a partir del 1 de febrero de 2002, afirmando que el acto realizado por la demandante a ese fondo es un acto jurídico válido debido a la inexistencia de alguna causal legal de ineficacia, debido a que la fórmula de consentimiento consagrada en el formulario y la información brindada por el asesor fue suficiente y necesaria para el momento histórico, alegó que la actora no puede retornar al RPM en atención a la prohibición establecida en el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, debido a que no era beneficiaria del régimen de transición. En consonancia

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

con lo anterior, se opuso a las pretensiones de la demanda y sustentó como excepciones de mérito las denominadas "*validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento*"; "*inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS*"; "*inexistencia de la obligación de trasladar el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS*"; "*prescripción*"; "*buena fe*" e "*Innominada o genérica*".

Bajo los mismos medios exceptivos de Porvenir S.A aunado a los denominados "pago" y "compensación", Colfondos S.A. se opuso a la prosperidad de lo reclamado aumentando que la actora de forma libre y voluntaria y con la información suficiente el 11 de julio de 1995 y el 13 de noviembre de 1999 suscribió los formularios de afiliación de las Administradoras Colpatria S.A y Colfondos respectivamente, por lo cual si presentaba algún tipo de inconformidad basada en un perjuicio debía elevar la acción de resarcimiento de perjuicios y asumir la carga probatoria.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación de la señora María Dora Hurtado, efectuada a través de Colpatria S.A efectiva a partir del 01 de agosto de 1995, y con ello los posteriores traslados que efectuó con posterioridad a Colfondos S.A y a Porvenir S.A.

En consecuencia, ordenó Porvenir S.A y a Colfondos S.A a realizar la devolución a Colpensiones de la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación, junto con los rendimientos, frutos e intereses, además del valor de los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

seguros previsionales cobrados a la afiliada, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados. Por otra parte, ordenó a Colpensiones a tener como vinculada a la demandante, sin solución de continuidad, al RPM.

Así mismo, ordenó que se comunicara la sentencia a la Oficina de Bonos Pensionales OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Jorge, para que procediera a ejecutar todas las acciones necesarias que le corresponden para retrotraer las cosas al estado en que se encontraban al momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional, y que en el evento de haberse redimido y pagado el bono a favor de la cuenta de ahorro individual, la AFP Porvenir S.A. debería restituir la suma que le hubiere sido pagada por concepto del bono pensional, debidamente actualizada a valor presente, debiendo cancelarse dicha indexación, con los recursos propios de dicha AFP.

Por último, condenó en costas procesales en un 100% a favor de la demandante, estando a cargo de Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

Para llegar a tal determinación el A-quo dio por demostrada la suscripción del formulario de traslado de régimen pensional mediante vinculación efectuada a través de Colpatria S.A (hoy Porvenir S.A.) el 11 de julio de 1995, a Colfondos S.A a partir del 1 de enero del 2000 y a Porvenir a partir de diciembre de 2001. Precisó que, aunque en la historia laboral allegada por Colpensiones únicamente se reportaba afiliación desde el 04 de julio de 1995, con los formatos de afiliación laboral se demostraba que la actora estuvo afiliada a la caja de previsión social del Hospital Universitario San Jorge entre el 01 de junio de 1981 y el 30 de diciembre de 1994, y a la caja de previsión municipal de Pereira entre el 01 de enero y el 30

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

de junio de 1995, por lo que, al declararse la ineficacia del traslado Colpensiones como administradora del RPM atendiendo el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, debía recibir como afiliada a la demandante.

Narró que ninguna de las AFP convocadas, en especial Porvenir S.A allegaron prueba alguna del cumplimiento del deber de información y ninguno de los dichos de la demandante eran calificables de prueba de confesión. Trajo a colación la sentencia SL3752 del 2021 para exponer que los actos de relacionamiento no podían calificarse como una manifestación inequívoca de permanecer en el régimen de ahorro individual, pues contrario a ello las piezas procesales estaban desprovistas de elementos indicativos de la voluntad realmente informada.

Finalmente, adicionó la sentencia para declarar que la accionante una vez en el RPMPD conserva el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que, a la entrada en vigencia de dicha ley tenía más de 35 años de edad y acreditaba más de 1200 semanas cotizadas al 29 de julio de 2005.

3. RECURSOS DE APELACIÓN Y PROCEDENCIA DE LA CONSULTA

Inconforme con la decisión Colpensiones solicitó que fuera revocada la decisión argumentando que el único fin que persigue la acción judicial es un interés netamente económico que atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema de prima media administrado por Colpensiones, como quiera que se le impone la carga de resarcir un daño que no causó, derivado de la decisión de una afiliada que tras 24 años de afiliación al RAIS, nunca se interesó por retornar al RPM; por lo anterior solicita se aplique los postulados expuestos en las sentencias CSJ SL3752 de 2020 y CSJ SL1061 de 2021, M.P. Ana María Muñoz Segura, indicando

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

que los múltiples traslados y el tiempo de permanencia en el RAIS convalidaron el querer de permanencia de la accionante a dicho régimen.

Por otra parte, Porvenir S.A y Colfondos S.A. reprochan que se les haya impuesto la carga de trasladar las cuotas de administración, cuotas de seguros previsionales y rendimientos financieros. Para el efecto explican que el primer concepto reporta la comisión por la debida administración del capital que permitió la ganancia de rendimientos, que a su vez se destinaba al mantenimiento y pago de planta de personal de la AFP, además de que contemplan las primas de seguros previsionales y aportes a solidaridad pensional, lo que acarrea una doble condena; añade que la devolución de cuotas de seguros previsionales constituye un componente de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, que impide trasladar dichas sumas por cuanto el pago fue realizado a la aseguradora, y respecto de los rendimientos, expone que ello reporta una contradicción con la sentencia por cuanto si los efectos buscan volver las cosas al momento inicial en el RPM, los rendimientos no se hubieran causado.

Por último, reprocha la condena en costas, arguyendo que para el momento del traslado ambas AFP cumplieron con el deber de información vigente para la época y actuaron de buena fe.

Finalmente, al ser la sentencia adversa a los intereses de Colpensiones, se dispuso el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN/CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Analizados los alegatos presentados por la totalidad de 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 expresará más adelante. El Ministerio Público no conceptuó en esta instancia procesal.

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.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

- 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 se debe ordenar a las AFP demandadas la devolución, con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales a Colpensiones.
- vi. Determinar si los denominados actos de relacionamiento tienen la virtualidad de convalidar el traslado al RAIS de conformidad con las sentencias CSJ SL3752 de 2020 y CSJ SL1061 de 2021, conforme lo solicita Colpensiones.
- vii. Establecer si hay lugar a exonerar en costas a Porvenir S.A. y Colfondos S.A

6. CONSIDERACIONES

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

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

SL 31989 del 9 sep. 2008, SL 31314 9 sep. 2008, SL 33083 22 nov. 2011,

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

- 1)** Las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen deberes de carácter profesional con sus afiliados y con los consumidores del mercado potencial en general. Además, sus actividades se encuentran reguladas por el Decreto 663 de 1993², norma en la que se destaca la importancia de los principios de debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.
- 2)** Adicionalmente, se tiene previsto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.
- 3)** Dispone el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores y servidores públicos que se trasladen por primera vez del RPM al RAIS, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.
- 4)** En numerosas sentencias del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, se ha establecido que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que el traslado de régimen pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica o

² Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

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."

- 5)** 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 tomar una decisión de tal trascendencia.

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

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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

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</i> <i>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</i> <i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y</i>

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
 Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
 Demandado: Colpensiones y otros.

<i>información, asesoría y buen consejo</i>	1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	<i>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>	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	<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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

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

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

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

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

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber

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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

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”.

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, 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.

6.4. Los actos de relacionamiento, reasesorías, falta de retorno al RPM en el tiempo estipulado por la ley, publicaciones de prensa y extractos de la cuenta de ahorro individual no desestiman la ineficacia por la falta de información al momento del traslado al RAIS.

Además de lo anterior, ha precisado el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

CSJ SL1949-2021) 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, en tanto el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas, al respecto en la sentencia SL 5688 de 2021⁴ que memora la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 expuso:

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En este orden de ideas, en la sentencia CSJ SL 5686 de 2021⁵ traída a colación en la CSJ SL1926-2022⁶ añadió:

“Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigerar los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde

⁴ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL5688 de 2021, rad. 83576 del 6 de octubre de 2021. M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

⁵ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL5686 de 2021, rad. 82139 del 6 de octubre de 2021. M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

⁶ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL1926 de 2022, rad. 89920 del 27 de abril de 2022. M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021”.

Posteriormente, la sentencia CSJ SL1055 de 2022⁷ recogió además las posturas contrarias establecidas por las Sala de Descongestión de la Corte en las providencias CSJ SL249-2022 y SL259-2022, y en su lugar ratificó:

“los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad”

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

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

⁷ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL1055 de 2022, rad. 87911 del 2 de marzo de 2022. M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

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 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”.

Finalmente, en el mismo sentido se ha pronunciado el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, respecto a las publicaciones de prensa y

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

extractos de la cuenta de ahorro individual, en este orden en la sentencia CSJ 1618-2022⁸ precisó:

“Respecto a las citadas publicaciones así como frente a los extractos de cuenta de ahorro individual que se remitieron a la demandante y la información en ellos contenida, a los que se hizo referencia en la declaración de parte por ella vertida en el proceso, es claro para la Sala que, aunque pueda ser de interés para el afiliado, por si solos no tienen la virtualidad de acreditar que la AFP cumplió con su obligación legal de información y su deber orientador, de manera permanente desde antes de vincular a la señora Gloria Pinilla Anzola”.

6.5. “De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado”⁹

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

⁸ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, sentencia SL 1618-2022, radicado 87821 del 4 de mayo de 2022, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

⁹ Ibídem

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

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

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

de los consumidores financieros”.

6.6. 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.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

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.

6.7. 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, que realizó la actora a través de Colpatria S.A hoy Porvenir S.A mediante

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

formulario de afiliación el 11 de julio de 1995¹⁰, efectivo a partir del 1 de agosto del mismo año, y los posteriores traslados entre AFP realizados a Colfondos S.A y Porvenir S.A el 01 enero del año 2000 y el 01 de febrero de 2002, respectivamente, según se desprende del historial de vinculaciones¹¹, dada la omisión de información clara y precisa que han debido brindar al momento 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 a la afiliada, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

En este orden, las codemandadas, en especial Porvenir S.A. como prueba del cumplimiento del deber de información, llamaron a declarar a su contraparte procesal, con el fin de demostrar que brindaron la información seria y veraz que para la época era jurídicamente pertinente, pues como se vio en el precedente jurisprudencial, para la fecha de la creación de las AFP existían normas en el Código Civil y en el Estatuto Financiero que obligaban a los fondos a brindar una asesoría adecuada de cara a lo que consistía el nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad por lo menos en los puntos que se acaban de esbozar.

Sin embargo, una vez rendido el interrogatorio de parte, no se logró desvirtuar la poca información recibida, pues la promotora de la litis solo refirió que

¹⁰ Archivo 04, página 62 del expediente digitalizado.

¹¹ Archivo 04, páginas 119 del expediente digitalizado.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

en una reunión colectiva que no duró más de diez (10) minutos, el asesor de Colpatria S.A, hoy Porvenir S.A., les aseguró que el Seguro Social se iba acabar, que en el RAIS la pensión era heredable y obtendrían una mejor mesada pensional, última ventaja que fue puesta de presente por cada AFP y que la llevó a movilizarse entre en mismo régimen más de una vez.

Ahora, si bien añadió que la decisión de trasladarse se funda en el monto de la mesada pensional equivalente a un salario mínimo que percibiría en el RAIS, esto de ningún modo desvía el origen de la litis, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo la afiliada accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados.

De lo anterior, se concluye que la actora jamás confesó que se le hubiera brindado una explicación pormenorizada e individualizada de los pros y contras de su determinación o de las características entre uno u otro régimen, contrario a ello, los formularios aportados no dan cuenta de las circunstancias que rodearon el momento del traslado o de la información recibida por la actora, que contrario a lo afirmado por las pasivas de la litis, se evidencia parcializada, sesgada e insuficiente para calificarse de informada.

Asimismo, no se evidencia que le hubieran brindado información sobre la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, lo cual, según la jurisprudencia traída a colación, hacía parte del núcleo esencial del derecho de información exigido para la época.

Cabe aclarar, que lo anterior cobra especial relevancia en este asunto, puesto que la actora es beneficiaria del régimen de transición, como acertadamente lo indicó

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

el juzgador de primera instancia, porque al 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el ente territorial en que laboraba (Hospital Universitario San Jorge) como se desprende del Certificado de Información Laboral-Formato No.1¹² contaba con más de 35 años de edad al haber nacido el 6 de noviembre de 1959¹³ y al 29 de julio del 2005, según el acto legislativo 01 de dicha anualidad acreditaba más de 750 semanas, puntualmente 1.251,13 semanas.

Por otra parte, respecto de las sentencias SL3752 de 2020 y CSJ SL1061 que invocó Colpensiones, con el fin de convalidar el acto de afiliación en razón de los actos de relacionamiento, basta remitirse a la sentencia CSJ SL 5686 de 2021 que corrigió la tesis sentada en dichas providencias por ser contrarias al precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras, en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, CSJ SL1949-2021, CSJ SL1055 de 2022 CSJ SL1926-2022 y CSJ SL 5686 de 2021, en tanto como explicó la Corte trasladarse entre entes pensionales del RAIS, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados, ratifica la decisión del traslado o supone una afiliación tácita del mismo.

En este orden de ideas, se confirmará la declaratoria de la ineficacia del acto de afiliación sentado en primera instancia.

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

¹² Archivo 01, página 29 del cuaderno de primera instancia.

¹³ Archivo 01, página 25 del cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

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

De otro lado, respecto a la solicitud de la AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A que propende por la exoneración de las costas bajo el argumento que cumplieron con los requisitos legales exigidos al momento del traslado y actuaron de buena fe en el proceso judicial, suficiente es con indicar, en primer lugar, que al haber existido controversia e incluso oposición frente al debate jurídico puesto en conocimiento de la Judicatura, conforme lo faculta el artículo 365 del CGP, hay lugar a condenar en costas a quien resulta vencido en la contienda y, en segundo lugar, por cuanto - contrario a lo expuesto en la censura- en la presente litis no quedó acreditado el deber legal de brindar a la demandante la asesoría exigida en el momento en que se trasladó al RAIS y se movilizó dentro de dicho régimen, de ahí que se esté declarando la ineficacia del acto, aunado a que el actuar con lealtad y buena fe procesal no ha sido contemplado por la ley o la jurisprudencia como un eximente de condena en costas.

Ahora, como la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban al momento del traslado de régimen, es necesario confirmar la orden de comunicar la decisión adoptada en

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

este asunto a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de haber emitido el bono pensional, cuya fecha de redención estimada era el 6 de noviembre de 2019¹⁴ 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.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 27 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **María Dora Hurtado Cardona en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías– Porvenir S.A. y Colfondos S.A.**

¹⁴ Archivo 04, página 67 del cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2019-00505-01
Demandante: Maria Dora Hurtado Cardona
Demandado: Colpensiones y otros.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a **Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.** a favor de la parte demandante. Líquidense por la secretaría del 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 AUSENCIA JUSTIFICADA

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**

**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: **fbfc8841c1af41efee933cdec804d96eab3a2c3ebed244d22aa4429ceed13a9c**

Documento generado en 29/07/2022 02:08:20 PM

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