

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso las partes presentaron alegatos de conclusión por escrito dentro del término establecido para tal efecto.

Pereira, 8 de julio 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.: 66001-31-004-2020-00333-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: María Geiny Macias Garzón
Demandado: Colpensiones y otro
Juzgado: Cuarto 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, agosto doce (12) de dos mil veintidós (2022)

Acta No. 122 del 11 de agosto 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 del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN, como ponente, y OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA, y el Magistrado GERMÁN DARIO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **María Geiny**

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macias Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

Macías Garzón en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Protección S.A.

AUTO

Se reconoce personería amplía, legal y suficiente al Dr. **Alejandro Báez Atehortúa**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.019.038.607 de Bogotá D.C. y tarjeta profesional No. 251.830 del Consejo Superior de la Judicatura, quien allegó la sustitución de poder que le hiciera la representante legal de la UNIÓN TEMPORAL ABACO PANIAGUA & COHEN apoderada general de Colpensiones.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las codemandadas en contra de la sentencia proferida el 31 de enero de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira. Asimismo, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se revisará la decisión de instancia al haber sido adversa a los intereses de Colpensiones. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. La Demanda y la contestación de la demanda

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macías Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

La 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 liberarla de su base de datos y a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con ocasión de su afiliación. Adicionalmente, solicita que se condene a esta última a recibirla nuevamente como afiliada cotizante.

Por último, pide que se condene a Protección S.A a cancelar las costas procesales y a lo extra y ultra petita debatido y probado en el proceso.

En sustento de lo pretendido, relata que se afilió al RPM en enero de 1987, donde efectuó cotizaciones hasta diciembre de 1994, debido a que el 17 de agosto de 1994 suscribió el formulario de afiliación a la AFP Protección S.A

Refiere que el asesor de dicha AFP que gestionó su traslado, le aseguró que su mesada pensional sería mucho más alta en comparación con la que percibiría en el RPM; que si no quería percibir la pensión podía optar por reclamar la devolución de saldos, incluido el bono pensional; que el ISS estaba próximo a desaparecer; empero omitió realizar un comparativo pensional, y exponer las desventajas y consecuencias del traslado, por lo que la demandada incumplió la carga que le imponía el estatuto orgánico del sistema financiero.

Agrega que Protección S.A. le comunicó que en el RAIS percibiría una mesada equivalente a \$1.830.527 y en el RPM sería de \$3.876.044, y que en sus bases de

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macias Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

datos no reposaba documento alguno que permita comprobar cuál fue el asesoramiento otorgado el día que suscribió el formulario de afiliación.

Expone que el 8 de septiembre de 2020, Colpensiones negó la solicitud de traslado debido a que le faltaban diez años o menos para pensionarse.

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones arguyendo que el traslado de régimen presentado por la actora se encuentra ajustado a derecho, en virtud de la libertad de escogencia de régimen y no a una nulidad por vicio en el consentimiento, que no se evidencia engaño, vicio o error que conlleve a la indebida afiliación, ya que la actora ha permanecido en el RAIS por más de 26 años. Afirma que le corresponde a la demandante acreditar que la información suministrada por el RAIS fue equivocada o engañosa, además de que pudo acudir al ISS para comparar cuál de los regímenes le beneficiaba. Expuso que negó el traslado con sujeción a lo reglado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. En esa medida, invocó como excepciones de mérito "*validez de la afiliación al RAIS*", "*Saneamiento de una 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*", "*imposibilidad de condena en costas*", "*declaratoria de otras excepciones*".

Por su parte, **Protección S.A** se opuso a lo pretendido por la parte demandante, señalando que la accionante no pudo ser víctima de la omisión de información en el momento del traslado de régimen, porque no es o no era sujeto susceptible de beneficiarse del régimen de transición y porque al migrar renunció voluntariamente a dicho régimen. Añadió que la demandante manifestó la voluntad por escrito en el formulario de afiliación y al no haber hecho uso de la posibilidad

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macías Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

del retracto en cuanto al período de gracia durante los años 2003 y 2004, aunado a que su traslado no es posible a la luz del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, afirma que para el momento del traslado las administradoras no tenían la obligación legal de llevar a cabo proyecciones pensionales, mantener un registro escrito de las circunstancias del traslado y de informar un tiempo mínimo de retorno al RPM.

En ese orden de ideas, formuló como excepciones de mérito las de *"genérica o innominada"*, *"prescripción"*, *"buena fe"*, *"compensación"*, *"exoneración de condena en costas"*, *"inexistencia de la obligación"*, *"falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada"*, *"inexistencia de la fuente de la obligación"*, *"inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad"*, *"ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio"*, *"afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado"*, *"excepción de mérito seguro previsional"* y *"excepción de mérito cuotas de administración"*.

2. Sentencia de primera instancia

La jueza de primera instancia desestimó las excepciones propuestas, declaró la ineficacia del traslado que la accionante realizó a través de la AFP Protección S.A. el 17 de agosto de 1994 y, en consecuencia, condenó al fondo privado a girar a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorros proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado, asimismo a restituir con cargo a sus propios recursos debidamente indexados, las sumas de dinero destinadas al pago de cuotas o gastos de

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macías Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

administración, garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes.

En el mismo sentido, ordenó a Protección S.A. que, en caso de haberse efectuado la redención del bono, proceda a restituir la suma pagada por ese concepto a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de manera indexada, y comunicó a esta última para que procediera a efectuar las acciones necesarias con el fin de retrotraer las cosas al estado en que se encontraban para el 14 de abril de 1994.

Así, ordenó a Colpensiones que trascurrido un mes desde la ejecutoria de la decisión procediera a aceptar sin dilaciones y sin solución de continuidad a la actora en el régimen que administra.

Por último, condenó en costas procesales a Protección S.A en favor de la demandante en un 100% de las causadas.

Para llegar a esta determinación la operadora judicial indicó que si bien la selección del régimen es libre y voluntario para el afiliado, ello no exime a los administradores de los fondos de pensiones de brindar información clara, cierta comprensible y oportuna de las características, condiciones, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, recordó que tratándose de ineficacias del trasado opera una inversión de carga de la prueba correspondiéndole a la AFP demostrar que si brindo dicha información. Añadió que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral ha establecido en la línea jurisprudencial que el análisis respecto a la ineficacia de la afiliación del régimen pensional procede con independencia de si el afiliado se encuentra o no amparado por el régimen de

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macias Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

transición. Con respecto a la suscripción del formulario expuso que no era prueba suficiente para demostrar la información que brindó el asesor al momento del traslado.

Del mismo modo, precisó que de los anexos presentados por la AFP llamada a juicio ninguno ofrecía claridad sobre la información que se le presentó a la demandante al momento del traslado, y rendido el interrogatorio de parte solo se corroboró el recuento efectuado en los hechos de la demanda. Concluyó que el fondo incumplió la carga de la prueba impuesta debido a que la decisión de traslado no estuvo precedida por la comprensión e información suficiente.

3. Recursos de apelación y procedencia de la consulta

Protección S.A. atacó la decisión adoptada por el despacho argumentando que la demandante en su confesión demostró que obtuvo una asesoría correcta y de forma contundente, ratificó su voluntad de permanecer y se benefició de las prerrogativas propias de RAIS. Señala a su vez que no se puede pretender que la normatividad actual y la jurisprudencia que ha dejado unos lineamientos muy claros de cómo debe ser las asesorías tenga efectos retroactivos para efecto del traslado de la demandante.

Respecto a los gastos de administración y seguros provisionales considera que la línea jurisprudencial en la que se basó la operadora judicial viola la ley 100 del 1993 y la ley penal colombiana, y obliga una resolución contraria a la ley debido a que ordena el reintegro de los gastos de administración como sanción, cuando esos descuentos se hacen por mandato y orden legal, violando el artículo 20 de la

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macías Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003. Frente al seguro provisional argumentó que dicho porcentaje fue descontado con base en la ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio, por ende, no tiene nada que ver con el contrato que realizaron la demandante y Protección S.A. Del mismo modo, afirma que la condena tendiente a devolver los rendimientos genera un enriquecimiento sin causa como quiera que en el RPM no se hubieran causado.

Con base en lo anterior, solicita que se revoque la providencia impugnada y se absuelva a Protección S.A. del pago los gastos de administración, los seguros previsionales y los rendimientos financieros.

Además, solicita que se absuelva de la condena en costas debido a que Protección S.A. no negó el traslado de la demandante de manera caprichosa, ya que tanto Protección S.A. como Colpensiones están frente una prohibición legal para acceder al traslado debido a que la actora se encuentra a menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse.

Colpensiones por su parte reprocha la decisión, debido a que la actora persigue un interés netamente económico sustentado en el valor de la mesada pensional, pide revocar la sentencia debido a que la declaración de ineficacia atenta contra la sostenibilidad del régimen de prima media administrado por Colpensiones a quien se le impone una carga de resarcir un daño que no causó y que se da como consecuencia de la decisión de una afiliada que no se interesó en retornar al régimen sino hasta el momento en que evidencia un perjuicio económico.

Expone que trasladar los saldos existentes de la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, gastos de administración resulta insuficiente para cubrir el

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macías Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

perjuicio que debe sufrir Colpensiones al asumir el pago de pensiones de personas que no contribuyeron en el régimen de prima media.

Asevera que la ineficacia del traslado debe ser resuelta de forma desfavorable porque la accionante se encuentra incurso en la prohibición establecida en el artículo 2 literal e) de la Ley 797 de 2003.

Por último, solicita que se mantenga incólume la exoneración de costas, debido a que Colpensiones es un tercero ajeno al acto de traslado.

3. Alegatos de conclusión

Analizados los alegatos presentados por las codemandadas, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresa más adelante.

4. Problemas jurídicos por resolver

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

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macias Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

- i. Establecer si para el momento en que la parte actora efectuó el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, existía normatividad vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al potencial afiliado información suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen.
- ii. Definir si para dar por cumplido el deber de información de las AFP es suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación.
- iii. Determinar la carga probatoria que les corresponde a cada una de las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales.
- iv. Analizar si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de la AFP demandada, la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.
- v. Concluir si la prohibición señalada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, es atendible en aquellos eventos donde se discute la ineficacia del traslado de régimen pensional.
- vi. Establecer si se debe ordenar a la AFP demandada la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y rendimientos financieros.
- vii. Establecer si hay lugar a exonerar en costas a Protección S.A. y a mantener la exoneración respecto de Colpensiones.

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macías Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

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,

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macías Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

fueron objeto de estudio por parte de la Sala de Casación Laboral, de modo que basta referirnos a su precedente para dar respuesta a los mismos, como veremos a continuación.

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

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

- 1)** Las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen deberes de carácter profesional con sus afiliados y con los consumidores del mercado potencial en general. Además, sus actividades se encuentran reguladas por el Decreto 663 de 1993², norma en la que se destaca la importancia de los principios de debida diligencia, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.
- 2)** Adicionalmente, se tiene previsto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

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

² Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macías Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

- 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."*
- 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

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macías Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

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

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

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

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
 Demandante: María Geiny Macías Garzón
 Demandado: Colpensiones y otro

administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<p>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</p> <p>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</p> <p>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</p>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<p>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009</p> <p>Decreto 2241 de 2010</p>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<p>Ley 1748 de 2014</p> <p>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015</p> <p>Circular Externa n.º 016 de 2016</p>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, **las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.** Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macias Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

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”.

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:

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.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macias Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

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

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

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

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

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

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macías Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

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 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

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.

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macías Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

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 morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde 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 también recogió las posturas contrarias establecidas por las Sala de Descongestión de la Corte en las providencias

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.

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.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macias Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

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:

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

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macías Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

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 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”.

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

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macias Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

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 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

⁹ Ibídem

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macias Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

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”.

6.6. 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

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macías Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

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 1° 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

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macías Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

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 Protección S.A mediante formulario de afiliación del 17 de agosto de 1994¹⁰, efectivo a partir del 1 de septiembre del mismo año, según se desprende del historial de vinculaciones¹¹, dada la omisión de información clara y precisa, que ha debido brindarle la AFP a la parte actora en orden a conocer las condiciones y consecuencias de migración de régimen.

De conformidad a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte

¹⁰ Archivo 11, página 47 del cuaderno de primera instancia.

¹¹ Archivo 11, página 49 del cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macías Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

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 realidad, mínimo la AFP tendría que haber dado la siguiente información:

- i)* Que, dependiendo del capital, puede pensionarse anticipadamente, esto es, antes de la edad mínima para la pensión de vejez.
- ii)* La posibilidad para sus herederos de hacerse a la devolución de saldos, en caso de que no existieran beneficiarios para la pensión de sobrevivientes.
- iii)* La devolución total del saldo en caso de no alcanzar a reunir el total de los requisitos legales para optar al beneficio pensional.
- iv)* Tener la posibilidad de la pensión de vejez habiendo cotizado el mínimo de semanas requeridas a pesar de no reunir el capital suficiente para el financiamiento de la prestación económica.
- v)* La posibilidad de que el reconocimiento de la pensión de vejez, una vez reunido los requisitos, se haga pronto.
- vi)* La posibilidad de que sus aportes se conviertan en patrimonio sucesoral en un caso dado.
- vii)* El hecho de que el afiliado es el único titular de la cuenta de ahorro individual en contraste con el fondo público cuyos ahorros hacen parte de un fondo común.
- viii)* Los rendimientos financieros que le generen sus aportes abonados sobre el saldo de su cuenta de ahorro individual;
- ix)* La posibilidad de seleccionar entre variadas modalidades de pensión, cuya ilustración resultaba vital, pues debió advertírsele en qué consistía cada una, así: La modalidad de renta vitalicia inmediata, la cual le quita la posibilidad de que los saldos de su cuenta de ahorro individual se conviertan en masa sucesoral, pero le garantiza una pensión de por vida. La modalidad de *retiro programado* la cual tiene la desventaja de que una vez se termine el saldo en la cuenta de ahorro individual, si supera la expectativa de vida tenida en cuenta por la AFP, se queda sin

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macias Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

pensión de vejez durante los años posteriores. La modalidad de retiro programado con renta vitalicia, que combina las dos anteriores.

En este orden, Protección S.A. como prueba del cumplimiento del deber de información, llamó a declarar a su contraparte procesal, con el fin de demostrar que brindó 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 en una asesoría grupal que tardó entre 20 o 30 minutos, el asesor de Protección S.A le indicó que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar y por ello debían elegir a Protección, además que una vez se trasladara le emitirían un bono pensional que se sumaba al dinero que ahorrara; que en el RAIS se podían pensionar a cualquier edad, pero en el ISS requerían 56 años y 1.300 semanas, que el dinero se destinaría a una cuenta de ahorro individual que podía retirar en cualquier momento, además de que ese dinero generaba rendimientos que dependían de las alzas y bajas de la economía del mercado; que en su caso, por ser separada, sus hijas iba a heredar toda la plata que tenía ahorrada; que iba a ganar más dinero que en Colpensiones, y no le expusieron ninguna ventaja de Colpensiones; informó que le eran enviados los extractos de cuenta de ahorro individual, explicando que el correo electrónico era gmacias@bancolombia.com.co y no mmacias@bancolombia.com.co como le preguntó la apoderada de Protección S.A.

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macías Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

Ahora, si bien añadió que la decisión de trasladarse se funda en la posibilidad de adquirir una mesada superior en el RPM, 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 "*las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales*", en tanto, la actora manifestó que el asesor pese a mencionar la existencia de una cuenta de ahorro individual, el bono pensional y la fluctuación de los rendimientos, le aseguró que en el RAIS percibiría una mesada superior y omitió informar las características propias del RPM, por lo tanto, la AFP no cumplió con la carga de la prueba a fin de demostrar que cumplió con el deber de información, por el contrario de lo indicado es claro que la información que precedió el consentimiento fue parcializada e insuficiente.

Respecto a los comunicados de prensa¹², y extractos de cuenta de ahorro individual que se remitieron al demandante conforme hizo referencia en la declaración de parte vertida en el proceso, es claro para la Sala que, aunque pueden 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 al

¹² Archivo 11, páginas 73 a 76 del cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macias Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

momento de la vinculación.

En lo que atañe a la vinculación al fondo de pensiones voluntarias efectuada el 15 de febrero de 2003¹³ y a la reasesoría brindada el 9 de septiembre de 2013 vía correo electrónico (mmacias@bancolombia.com.co)¹⁴, conforme a la jurisprudencia expuesta estos actos de relacionamiento no reemplazan o suplen la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados, ratifican la decisión del traslado o suponen una afiliación tácita del mismo, dado que *«la oportunidad de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad»*. Además, no existe ninguna certeza de que la actora hubiera recibido la información remitida al correo en mención debido a que en el interrogatorio de parte manifestó que dicha dirección electrónica era incorrecta.

Frente al argumento de las codemandadas, referente a que era improcedente permitir que el demandante se trasladara hacia dicha entidad al superar la edad mínima pensional, basta mencionar que uno de los efectos de la ineficacia es que justamente las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido y, en este caso, dicha declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, conlleva al regreso automático de la demandante al régimen solidario de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, del cual ya hacía parte. Además, lo aquí analizado no es el traslado voluntario con la conservación o no del régimen de transición, sino el efecto de la ineficacia del cambio de régimen pensional a falta de información detallada y completa al momento del traslado de régimen.

¹³ Archivo 04, página 28 cuaderno de primera instancia.

¹⁴ Archivo 11, página 50 a 53 del cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macias Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

En este orden de ideas, se confirmará la declaratoria de la ineficacia del acto de afiliación sentado en primera instancia, debido a que la la AFP demandada no demostró el cumplimiento de su deber de información, lo que acarrea la ineficacia del traslado, como ya se explicó.

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

En este punto es oportuno recordar que la Corte Constitucional en sentencia SU-053-2015, ha definido el precedente judicial como «la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo» y, en tal sentido, el emitido por los máximos órganos de cierre, “guardan una estrecha relación con el derecho a la igualdad, garantía constitucional que le permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes, aunado al carácter ordenador y unificador de

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macias Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

las sentencias de casación, en tanto aseguran una mayor coherencia del sistema jurídico, seguridad, confianza y certeza del derecho” (STL4759-2020).

De otro lado, respecto a la solicitud de la AFP Protección S.A, que no se le condene en costas, bajo el argumento de que el retorno de la actora era improcedente por una prohibición legal, 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, porque la censura no acreditó haber informado en debida forma a la actora al momento del traslado, con el fin de que retornada dentro de los términos de ley o en los periodos de gracia.

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 (1 de septiembre de 1994), es necesario modificar la orden 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 *-con ocasión de las 222.29 semanas cotizadas en el RPM antes del traslado al RAIS¹⁵-*, 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, para retrotraer las cosas al estado en que se encontraban a dicha calenda y no al 14 de abril de 1994 como lo sentó la

¹⁵ Archivo 11, página 57 del cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macias Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

a-quo. 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, amén de que la actora cumple 60 años en el 29 de septiembre de 2026, debido a que nació el mismo día y mes del año 1966.¹⁶

Por último, debido a que Colpensiones no propició los actos que dieron lugar al proceso judicial y a las resultas del mismo, acertada se torna la decisión de exonerar en costas de primera instancia a dicha entidad, punto que se mantendrá incólume, empero no puede ocurrir lo mismo en esta instancia procesal, en tanto ante el fracaso de ambos recursos de apelación de conformidad a lo consagrado en el artículo 365 del CGP, es imperativa la condena en costas respecto del recurrente cuando la providencia del superior confirme en todas sus partes la de primera instancia, ello así se condenará en costas procesales de segunda instancia a Protección S.A. y Colpensiones a favor de la parte actora. Liquídense 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: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia en el siguiente sentido:

¹⁶ Archivo 04, página 1 del cuaderno de primera instancia.

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macías Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

*“CUARTO: COMUNICAR a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de que en caso que haya emitido un bono pensional en favor de la Señora MARÍA GEINY MACÍAS GARZÓN, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en que se encontraban para el **1 de septiembre de 1994**, para lo cual puede hacer uso de todos trámites internos y a través de correos institucionales a que haya lugar”.*

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el 31 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **María Geiny Macías Garzón en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías –Protección S.A.**

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a **Colpensiones y Protección 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

Radicación No.: 66001-31-004-2020-00333-01
Demandante: María Geiny Macias Garzón
Demandado: Colpensiones y otro

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
ACLARO VOTO

Con firma electrónica al final del documento
GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO

Firmado Por:

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

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

German Dario Goez Vinasco
Magistrado
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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

Código de verificación: **d74292e010e9b7c2caea436fb8fbe183e38b3141aa85a5b0d18191ba27297689**

Documento generado en 12/08/2022 09:56:32 AM

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