

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso las partes presentaron alegatos de conclusión por escrito dentro del término establecido en el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Pereira, 20 de enero 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.: 66001310500320190001101.
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Javier Salazar Tamayo
Demandado: Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.
Juzgado: Tercero 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, siete (07) de febrero dos mil veintidós (2022)

Acta No. 14 del 03 de febrero de 2022

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

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 24 de junio de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. Demanda y su contestación

El citado 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), así como la nulidad de la afiliación llevada a cabo con Porvenir S.A y que se declare válida su afiliación con la administradora colombiana de pensiones Colpensiones.

En consecuencia, procura que se condene a Colpensiones a recibirlo nuevamente como afiliado cotizante; que se condene a la AFP Protección S.A. a liberarlo de su base de datos y a devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos de pensiones, sumas adicionales de la aseguradora con sus frutos e intereses como lo establece el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y al mismo tiempo trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y los valores que hubiera recibido con ocasión de su afiliación.

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

Como fundamento en lo pretendido, manifiesta que comenzó su vida laboral el 10 de junio de 1987 con el empleador EE PP MLES ADMINISTRACIÓN y se afilió inicialmente al RPM, en el cual efectuó cotizaciones hasta julio de 1997, y que posteriormente, el 9 de julio de 1997 suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección S.A. Asegura que para dicha época no recibió asesoramiento alguno por parte de la AFP para efectos de su traslado pensional. Posteriormente, afirma que suscribió formulario de traslado de fondo pensional con la AFP Porvenir S.A. el día 22 de enero de 2001, no obstante, tampoco recibió ninguna información o asesoramiento para efectos de su traslado pensional.

Finalmente, sostiene que elevó petición de traslado a Colpensiones, sin embargo, el 27 de diciembre de 2018 recibió respuesta negativa por parte de la entidad, argumentado que se encontraba a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

Protección S.A. señaló que el acto jurídico que dio lugar a la vinculación de actora a dicho fondo de pensiones, se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría respecto a todas las implicaciones de su decisión, tal como lo hizo constar al imponer su firma en la casilla correspondiente

dentro del formulario de afiliación; sin que existan vicios de consentimiento que invaliden su decisión de afiliarse al fondo privado.

En virtud de lo anterior, esgrimió como excepciones perentorias las que denominó "*Genérica o innominada*"; "*Prescripción*"; "*Buena fe*"; "*Compensación*"; "*Exoneración de condena en costas*"; "*Inexistencia de la obligación*"; "*Falta de causa para pedir*" y "*Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada*".

Colpensiones solicitó que se negaran los pedidos de la parte actora aduciendo que tomó la decisión de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre y espontánea; aunado a ello, no hizo uso de la acción de nulidad dentro del término legal. En ese sentido, propuso como excepciones de mérito las que denominó "*Inexistencia de la obligación demandada*" y "*Prescripción*".

Finalmente, la AFP **Porvenir S.A.**, quien manifestó a través de su apoderado judicial que contrario a lo expresado por el actor, el fondo privado sí cumplió con el deber de información, que suministró una asesoría personalizada y que la afiliación fue de forma libre, voluntaria y espontánea, tal como se evidencia con la suscripción del formulario de afiliación. Propuso como excepciones perentorias las de "*Genérica o innominada*"; "*Prescripción*"; "*Buena fe*"; "*Compensación*"; "*Exoneración de condena en costas*"; "*Inexistencia de la obligación*"; "*Falta de causa para pedir*" y "*Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada*".

2. Sentencia de primera instancia

La Jueza de primera instancia declaró que el señor Javier Salazar Tamayo generó actos de relacionamiento con el sistema de seguridad social en el RAIS que desvirtúan la omisión en la información que se le suministró para el 16 de abril de 1994.

Como consecuencia de lo anterior, decidió negar la ineficacia de traslado de régimen pensional petitionado por el señor Javier Salazar Tamayo ocurrida el 16 de abril de 1994 cuando se cambió del RPM al RAIS ante Porvenir S.A. Asimismo, declaró probados los medios exceptivos propuestos por las codemandadas Protección S.A. y Porvenir S.A. relacionadas con la efectividad del contrato jurídico que se generó para el 16 de abril de 1994 y correlativamente el día 30 de abril de 2002. Por otro lado, declaró no probadas las excepciones propuestas por

Colpensiones y condenó en costas procesales a la parte demandante a favor de las entidades demandadas, en cuantía equivalente al 100% de las causadas.

Para llegar a tal determinación la A-quo hizo un recuento legal y jurisprudencial respecto de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional. Además, resaltó que lo que se debe demostrar es si en verdad se generó la información por parte de los fondos privados, como fue captada por quien la recibió y qué consecuencias produce en el sistema pensional.

Descendiendo al caso en concreto, consideró que el señor Javier Salazar Tamayo al ser economista, conocía lo que significa una cuenta individual, era consciente de los vaivenes de la economía, el detrimento o el acrecimiento por la inflación y la devaluación por las circunstancias que se presenten; por lo tanto, concluyó que el actor conocía el funcionamiento del régimen, se enteró de los beneficios que tendría el mismo, y las AFP le advirtieron en el momento las diferencias y la forma como se pensionaba, tanto en el RAIS como en el RPM.

Señaló que al trasladarse varias veces entre los fondos Porvenir y Protección, se puede establecer de su comportamiento que tuvo la intención de permanecer dentro del RAIS y que la información que se le suministró fue la correcta, tanto que le permitió decidir libremente permanecer en dicho régimen, pese a las múltiples oportunidades que se le presentaron de migrar al RPM.

En cuanto al interrogatorio de parte, logró deducir que la omisión al deber de información que alega el demandante no se evidencia, puesto que, recibió la asesoría por parte de los fondos privados demandados, de forma permanente y reiterativa, tanto, que lograron convencerlo de trasladarse de fondo pensional, pero nunca de régimen pensional. Indicó que el actor continuó en el régimen de ahorro individual con solidaridad y que, al efectuar los múltiples movimientos entre la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., tuvo la oportunidad de obtener la información de las ventajas y desventajas del traslado, en repetidas ocasiones entre el 1997 y el 2018. Agregó que el mismo actor aseguró que nunca tuvo dudas de pertenecer al régimen de ahorro individual, que firmó los formularios de afiliación sin cuestionamientos, y que incluso, existió un acercamiento con la AFP a fin de obtener información para el reconocimiento de la prestación pensional que iba a obtener; es decir, su intención era la de permanecer en el RAIS.

En ese orden de ideas, expresó que existió una relación de reciprocidad entre el afiliado y las AFP demandadas, por lo que es dable concluir que el demandante tenía

pleno conocimiento de las consecuencias de pertenecer al RAIS, no obstante, al solicitar la pensión de vejez no estuvo conforme con el valor de la mesada pensional que le correspondería, es decir, su inconformidad se debe a motivos meramente económicos y ello no puede ser utilizado como mecanismo para desvertebrar las decisiones tomadas anteriormente. Recordó que la ineficacia de traslado debe declararse cuando se omite el deber de información por parte de los fondos de pensiones y no debido al desazón por el valor de la futura pensión.

Finalmente, manifestó que al evidenciarse los actos de relacionamiento y el ánimo de la permanencia, no se puede aplicar al caso lo dispuesto en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 93 en concordancia con el inciso final del literal b del artículo 13; por lo cual, las pretensiones de la demanda no encontraron el respaldo suficiente dentro del presente proceso.

3. Recurso de apelación

La parte actora, en su alzada atacó la decisión manifestando que la AFP Porvenir no aportó prueba que acredite que en realidad suministró al demandante la asesoría conforme a la normatividad vigente. Alega que las AFP demandadas no dieron cumplimiento con la carga probatoria que les ha impuesto la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que dichos fondos resultan ser la parte fuerte dentro del trámite procesal. Frente a la aplicación de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1452, señaló que a quien corresponde demostrar que cumplió con el deber de información y que suministró la asesoría, es precisamente las AFP demandadas. Advirtió que no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga probatoria en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud del cual, no es dable exigir a quien tiene imposibilidad de demostrarlo y tiene una desventaja; así, es claro que las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., no aportaron prueba diferente al formulario de afiliación.

Agregó que el demandante en su interrogatorio de parte manifestó que la información que se le brindaba era prácticamente la misma; y teniendo en cuenta que su último formulario de afiliación fue para el año 2012, la falla fue mayor puesto que no se le dio a conocer la posibilidad de que tenía derecho a regresar al RPM, más cuando para dicha anualidad el Seguro Social se convirtió a Colpensiones, lo que demuestra que persistía la duda en los afiliados sobre si el Seguro Social continuaría existiendo o no.

Aunado a lo anterior, señala que el Estatuto Orgánico del Sistema Bancario de la época, imponía a las AFP la obligación de suministrar la información necesaria y hacer un referente justo y claro sobre la coexistencia de regímenes y la forma de acceder a cada uno de sus beneficios. Esa misma normativa indica las AFP deben emplear diligencia y cuidado en la prestación de los servicios y que en la celebración de las operaciones propias de su objeto, dichas entidades deben abstenerse de convertir estas cláusulas por un carácter exorbitante y puedan afectar un equilibrio en el contrato por un abuso en una posición dominante y así, sesgar la información solamente mencionando las bondades del RAIS.

Como consecuencia de lo anterior, la parte apelante considera que no basta con aportar el formulario de afiliación suscrito entre las partes, sino que debió mediar un real consentimiento. Más aún, cuando las AFP nunca dieron argumento alguno para justificar la causa de la inaplicabilidad de la normatividad vigente al momento de la realización del traslado por parte del señor Javier Salazar Tamayo, cuando tenían la obligación de otorgar una información clara y suficiente, en vez de culpar a una persona que desconoce el sistema pensional colombiano, las bondades y consecuencias de uno y otro régimen. Por todo, solicita a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira revocar el fallo en primera instancia y declarar la ineficacia del traslado.

4. Alegatos de conclusión

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

5. Problemas jurídicos por resolver

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

- i. Establecer si para el momento en que la parte actora efectuó el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, existía normatividad vigente que obligaba a la entidad administradora de pensiones a brindarle al

potencial afiliado información suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen.

- ii. Definir si para dar por cumplido el deber de información de las AFP es suficiente el diligenciamiento del formulario de afiliación.
- iii. Determinar la carga probatoria que les corresponde a cada una de las partes cuando está en discusión la eficacia del traslado entre regímenes pensionales.
- iv. Analizar si quedó probado en el proceso que la parte demandante recibió de parte de las AFP demandadas, la asesoría e información suficiente y necesaria para hacer el cambio de régimen.
- v. Establecer si el movimiento de los afiliados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad convalida el traslado inicial efectuado desde el RPM hacia el RAIS, y por tanto, configura actos de relacionamiento.
- vi. Determinar si hay razón suficiente para apartarse del precedente jurisprudencial existente frente a la ineficacia del traslado de régimen.
- vii. 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.
- viii. Establecer si se debe imponer costas procesales a las entidades demandadas.

6. Consideraciones

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

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

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

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

6.2. "El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación"¹

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

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

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

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

Dicho deber, como lo ha enseñado la Corte, es exigible desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación a la administradora, pues 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 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 tres etapas, de cuyo análisis se llega a la conclusión de que a las AFP les compete, desde su creación, el deber de suministrar una información **necesaria y transparente**; que con el transcurrir del tiempo esta exigencia cambió, pasando de un deber de información necesaria al de **asesoría y buen consejo**, y finalmente al de **doble asesoría**, explicando en qué consiste cada uno de esos conceptos. Dicho recuento histórico, se compendia de la siguiente manera:

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

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<p><i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</i></p> <p><i>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</i></p> <p><i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i></p>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>

<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<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>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Con lo dicho precedentemente queda resuelto el primer problema jurídico.

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

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

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

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

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

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

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

Tal como se dijo en precedencia, el tema de la suscripción del formulario de traslado como única prueba para desvirtuar la negligencia en la remisión de información al afiliado, ha sido analizado en múltiples fallos de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, de cuyo contenido queda claro además que la suscripción de varios formularios de afiliación dentro del mismo RAIS⁴, tampoco es suficiente para declarar eficaz el primer traslado si de todas maneras no se demuestra que al interesado o interesada se le brindó la información suficiente y clara respecto a las ventajas y desventajas del cambio de régimen. Entre estas sentencias, está la providencia CSJ SL12136-2014 en la que se dijo lo siguiente:

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

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

⁴ Con lo que se descarta igualmente la tesis que alude a los “actos de relacionamiento” para desestimar la ineficacia por la falta de información al momento del traslado al RAIS.

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. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas, ya había perdido la transición.

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

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección".

6.4. "De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado" ⁵

⁵ Ibídem

El tercer problema jurídico relativo a la carga de la prueba en los procesos de ineficacia de traslado, también se resolvió por la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia hito, en la que se expresó que de conformidad al artículo 1604 del Código Civil «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» lo que quiere decir que la carga de la prueba recae en el fondo de pensiones. Dicha postura se ha mantenido invariable, y se reiteró de manera más contundente en la citada sentencia, así:

"Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

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

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

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

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 disfavor de los consumidores financieros”.

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

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

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

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

[...]

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

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

Dicha postura fue reiterada en la sentencia SL 2611 del 1º de julio de 2020, también con Ponencia del Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA en la que se reafirma que, por cuenta de la ineficacia, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de ocurrir el traslado de régimen. Dijo la sentencia:

"Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, lo cual trae como consecuencia, que la accionante jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que Colfondos S.A. deberá devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, aspecto sobre el cual ya la Sala se ha pronunciado en oportunidades anteriores, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, ..."

De lo anterior queda claro, que la ineficacia de traslado no sólo acarrea, a cargo de la AFP, la devolución de las cuotas de administración sino de toda suma que se hubiere utilizado por ejemplo para los seguros previsionales y las cuotas de garantía de pensión mínima, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo.

Finalmente, los últimos problemas jurídicos se analizarán al evaluar el acervo probatorio del caso concreto, esto es, se estudiará si el movimiento de fondos dentro del RAIS configuran actos de relacionamiento que permitan concluir la intención clara del demandante a permanecer en dicho régimen; posteriormente, se analizará 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. Y, en caso positivo se entrará a definir si cuando se declara la ineficacia del traslado, hay lugar en condenar en costas a las AFP.

6.6. Caso Concreto

Para el caso de marras, de las historias laborales, los formularios de traslado de régimen pensional y la historia de vinculaciones de Asofondos (fl. 293), se desprende que el accionante ha estado vinculado al sistema de seguridad social de pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, estuvo afiliado desde el 16 de noviembre de 1987 hasta el año 1997.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el demandante se trasladó el 16 de abril de 1994 y finalizó su efectividad el 30 de septiembre de 1997 al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A.
- c. Seguidamente, el 29 de agosto de 1997 solicitó cambio de fondo a la AFP Protección S.A. y su efectividad finalizó el 28 de febrero de 2002.
- d. Posteriormente, requirió nuevamente cambio de fondo pensional a Porvenir S.A., el 22 de enero de 2002, y su efectividad finalizó el 31 de mayo de 2012.

Pues bien, la *a quo* como fundamento de la providencia proferida en primera instancia, consideró que los numerosos traslados horizontales efectuados por el demandante representan actos de relacionamiento que permiten inferir la voluntad del afiliado de continuar en el RAIS, además, teniendo en cuenta que en cada uno de los cambios de fondo recibió asesoría por parte de diferentes funcionarios de los fondos privados, ello basta para concluir que el demandante recibió la información completa, clara y pertinente sobre las consecuencias del traslado, así como las ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

No obstante, para esta Sala de Decisión dichos argumentos no resultan aceptables, pues como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, radicado No. 78667 y en la reciente sentencia SL5686 de 2021, la teoría de los actos de relacionamiento no denota el compromiso serio del afiliado de pertenecer al RAIS, toda vez que cuando la actuación del traslado se encuentra viciada no se convalida por los traslados realizados dentro del mentado régimen pensional; en otras palabras, la acción de cambiarse de fondo privado en el RAIS *no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales*. En efecto, la Alta Corporación reitera que la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó el demandante y precisamente la omisión a dicho deber genera la ineficacia.

A pesar de que la jueza de primera instancia afirmó que los traslados del demandante a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. evidencian, de forma inequívoca, su intención de mantenerse en el RAIS, no resulta acertado concluir que por ello, el actor recibió por parte de los fondos una asesoría clara y suficiente acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias financieras que asumiría en cada uno de ellos. En conclusión, la decisión de cambiarse de un fondo privado a otro en ningún caso suple la omisión de las entidades administradoras en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados.

Ahora, contrario a lo afirmado por la jueza primigenia, el hecho de que el señor Salazar Tamayo sea profesional en economía, tampoco es prueba de que los fondos hubiesen cumplido con el deber de información que tienen a cargo por mandato legal y jurisprudencial, mucho menos genera una especie de presunción que permita asegurar sin lugar a dudas, que el actor fue debidamente informado por las AFP ni exonera a las demandadas de probar que cumplieron con la carga que les atañía.

Para determinar si los fondos privados demandados cumplieron con el deber de información, resulta pertinente traer a colisión la línea jurisprudencial desarrollada por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencias anteriormente citadas, en concordancia con el artículo 1604 del C.C., ha establecido que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa a la afiliada, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

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

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

Tanto Protección S.A. como Porvenir S.A., afirmaron en su contestación que brindaron la información seria y veraz que para la época era jurídicamente pertinente a la parte demandante sin que se precise en qué consistió tal cosa. Ello sería suficiente para concluir, que efectivamente la información que recibió el demandante fue insuficiente y sesgada al momento de hacer el traslado, 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 consistían el nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad por lo menos en los puntos que se acaban de esbozar.

Con todo hay que indicar que como prueba del cumplimiento del deber de información y buen consejo, las AFP demandadas llamaron a declarar a su contraparte procesal, de cuya declaración, la Sala considera que nunca confesó que se le hubiera brindado una explicación pormenorizada de los pros y contras de su determinación, ni tampoco que se le hubiera indicado en qué momento alcanzaría su prestación en caso de continuar devengando el salario que percibía en ese entonces, ni se le hizo una proyección de la mesada a la que eventualmente tendría derecho, pues manifestó reiteradamente no recordar lo acontecido en el momento en que suscribió el formulario de vinculación. El otro elemento de prueba que esgrime la AFP es el formulario de afiliación suscrito por la promotora de la litis, pero dicho documento no logra evidenciar la información que se le brindó.

Pero además, a juicio de esta Colegiatura, si el asesor (a) de las demandadas contaba con un conocimiento profundo de todas las posibilidades que ofrecía el RAIS, también debía contar con un discernimiento mínimo de las limitantes que este tenía en contraste con el régimen de prima media, o viceversa, por lo que debió poner de presente al demandante –al menos de manera sucinta- esas situaciones antes de permitirle diligenciar el formulario de vinculación; no obstante, la prueba documental sólo permite concluir que esa trascendental decisión se limitó a la suscripción del aludido documento.

En tal virtud se estima desacertada la valoración probatoria efectuada por la operadora judicial de instancia; por lo cual, se revocará la sentencia de primer grado y en su lugar, se declarará la ineficacia de todos y cada uno de los traslados que hizo el demandante del RPM al RAIS administrado por la AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. Como consecuencia, se condenará a Protección S.A. a retornar a Colpensiones la devolución de los emolumentos mencionados en acápites anteriores, tales como, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, con sus respectivos rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora en caso de haberlas recibido. Asimismo, se ordenará retornar todos los saldos, frutos e intereses, los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, pero con cargo a los propios recursos de la AFP; todas las sumas deberán devolverse debidamente indexadas.

Igualmente, Porvenir S.A. deberá devolver a Colpensiones los gastos de administración y comisiones cobradas, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, correspondiente al tiempo en que el demandante estuvo

afiliado a dicho fondo pensional. Del mismo modo, se ordenará a Colpensiones a aceptar al actor en el RPM sin solución de continuidad.

Ahora, teniendo en cuenta que en las contestaciones allegadas por las entidades demandadas, donde plasman que era improcedente permitir que el actor se trasladara de régimen al superar la edad mínima pensional, basta mencionar que, según lo estipulado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, 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 del demandante al RPM hoy administrado por Colpensiones, del cual ya hacía parte el demandante. 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.

Por otra parte, parafraseando lo dicho en otros asuntos similares decididos por esta Corporación⁶, es pertinente advertir que al haber operado un traslado del RPM al RAIS se generó en ese momento un bono pensional tipo A en favor del señor Javier Salazar Tamayo, nacido el 16 de noviembre de 1957; tal y como se evidencia en la copia de su cédula de ciudadanía -pág. 23 expediente digitalizado-, pero, a pesar de que no existe prueba que demuestre el estado actual de ese instrumento de deuda pública, lo cierto es que el mismo se redimió el pasado 16 de noviembre de 2019, fecha en que el accionante cumplió los 62 años de edad. Así las cosas, teniendo en cuenta que el artículo 17 del Decreto 1748 de 1995 dispone que esta clase de bonos se pagan dentro del mes siguiente a la fecha de redención (sin necesidad de solicitud previa), muy seguramente el bono debió entrar a la cuenta de ahorro individual del demandante antes del 16 de diciembre de 2019.

Al quedar en evidencia que las excepciones propuestas por las entidades demandadas no están llamadas a prosperar, se **revocará** en su totalidad la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se accederá a las pretensiones de la demanda. Así las cosas, se **declarará** la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPM al RAIS, así como los traslados horizontales entre las diferentes administradoras de fondo privados; por tanto, se deberá **condenar** a Protección

⁶ Verbigracia, Sentencia de segunda instancia del 11 de agosto de 2021, Proceso Ordinario No. 66001310500420190042501, Demandante: NANCY CÁRCAMO DE JARAMILLO, Demandados: AFPs PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES; M.P. Dr. JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

S.A. a devolver la totalidad de las sumas recibidas por concepto de cotizaciones, sumas adicionales junto con sus respectivos rendimientos financieros; asimismo, se deberá **condenar** a Protección S.A. y Porvenir S.A. a retornar a Colpensiones el valor de los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros provisionales cobrados con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados. Además se deberá **condenar** a Protección S.A. a **restituir** la suma pagada por concepto de Bono pensional pero a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, misma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del mentado fondo privado de pensiones.

Así mismo, se **ordenará** comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la decisión adoptada en el presente caso, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A redimido y pagado por esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual del demandante, para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban.

En esta instancia de conformidad a lo consagrado en el artículo 365 del CGP, se condenará en costas procesales a la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Protección S.A. 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: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia, por parte del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

TERCERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que se efectuó por cuenta del señor Javier Salazar Tamayo, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por

Protección S.A. y Porvenir S.A.; en consecuencia, declarar que se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones sin solución de continuidad.

CUARTO: CONDENAR a Protección S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, consistente en las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones, con los respectivos rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora, en caso de haberlas recibido, frutos e intereses causados.

QUINTO: CONDENAR a Protección S.A. a realizar la devolución a Colpensiones de los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a su propio patrimonio; todas las sumas deberán devolverse debidamente indexadas.

SEXTO: CONDENAR a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los gastos de administración y comisiones cobradas, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, correspondientes al tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo pensional.

SÉPTIMO: CONDENAR a la AFP Protección S.A. para que en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual del demandante, restituya la suma pagada por ese concepto a la oficina de bonos pensiones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suma que deberá cancelarse de manera indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con los recursos propios del mentado fondo privado de pensiones.

OCTAVO: COMUNICAR la presente decisión adoptada en este asunto a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el objeto de que tenga conocimiento de la orden impartida frente al bono pensional tipo A que una vez redimido, debió ser pagado por parte de esa entidad a favor de la cuenta de ahorro individual del señor Javier Salazar Tamayo, con el fin de que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban.

NOVENO: CONDENAR en costas de primera y segunda instancia a las demandadas Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones, en favor del demandante, las cuales se liquidarán por el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento
ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
Aclara y salva parcialmente

Con firma electrónica al final del documento
GERMAN DARIO GOEZ 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 Salvamento Parcial 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:

1efd585ec8113f17b78d08c7ec4820b71353ef7c7d059d6d4376dac06ed3
138b

Documento generado en 04/02/2022 11:48:08 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>