

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado Ponente

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicado:	66001310500420220007801
Demandante:	PATRICIA DUQUE RESTREPO
Demandado:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A.
Vinculado:	MINISTERIO PÚBLICO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OBP
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia (02 de agosto de 2022)
Juzgado:	Cuarto Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 50 DEL 28 DE MARZO DE 2023

Hoy, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral integrada por los magistrados Dra. **OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**, Dr. **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** y como ponente Dr. **GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia de primera instancia, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones en la misma providencia, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **PATRICIA DUQUE RESTREPO** contra la **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** radicado **66001310500420220007801**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta Sala, conforme al artículo 15 del Decreto No. 806 de 2020, adoptado como legislación permanente por la Ley 221 del 13 de junio de 2022, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 45

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

PATRICIA DUQUE RESTREPO, pretende se declare la nulidad de la afiliación que hizo a la AFP COLFONDOS S.A., luego a PORVENIR S.A. y posteriormente a PROTECCIÓN S.A. de la cual se produjo el traslado de régimen desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En consecuencia, solicita que se condene a COLPENSIONES a recibirla nuevamente como afiliada cotizante y a las AFP a liberar de sus bases de

datos a la parte actora haciendo el respectivo traslado de sus cotizaciones y rendimientos. Además, solicita se condene en costas y lo ultra y extra petita

2. Hechos

En sustento de lo pretendido, relata que nació el 05 de mayo de 1965, cuenta con 56 años de edad y estuvo vinculada al RPM administrado por el ISS desde el 29 de julio de 1992 hasta el noviembre de 1998. Luego, se trasladó de régimen al RAIS administrado por COLFONDOS en noviembre de 1998, seguidamente a HORIZONTE (hoy PORVENIR) en junio de 2006 y finalmente, en octubre de 2009 se trasladó a PROTECCIÓN S.A. Cuenta que las razones de su cambio de régimen se debió a que el asesor del fondo le informaron que el ISS se iba a acabar y el RAIS tenía mejores opciones como pensionarse en cualquier tiempo y por un monto más alto; sin embargo, no le explicaron las desventajas de dicho traslado, por tanto, considera que los fondos faltaron a su deber de información al no explicarle que perdería el régimen de transición, que su mesada pensional sería inferior hábida cuenta de los IBC y demás riesgos que implicaba el traslado.

En razón a lo anterior, el 11 de marzo de 2021 solicitó ante COLPENSIONES el traslado de régimen, el cual fue negado bajo el argumento de que se encontraba a menos de los 10 años para pensionarse. Luego, el 19 de marzo de 2021 elevó derecho de petición ante PROTECCIÓN sin que obtuviera respuesta por parte del fondo.

3. Posición de las demandadas.

PROTECCIÓN S.A. señaló que no le constan los hechos de la demanda e indicó que el fondo cumplió con su deber de información, ya que, al momento de la afiliación se le explicó las ventajas y desventajas del RAIS, de modo que, no existió engaño ni mucho menos obligación para efectuar la afiliación a la AFP, pues la actora tomó su decisión de forma libre y voluntaria con pleno conocimiento de las consecuencias de estar en el Régimen de Ahorro Individual, prueba de ello, se encuentra en el formulario de afiliación suscrito por la actora. Como excepciones propuso: **inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción** y la **innominada o genérica**.

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que la vinculación de la actora al RAIS se realizó conforme a la ley, por tanto es un acto válido, máxime cuando se brindó asesoría completa de las ventajas y desventajas al momento del traslado. En virtud de lo anterior, considera que no existieron vicios en el consentimiento que invalidara la decisión de la actora de pertenecer al RAIS. Agregó que la actora no hizo uso de su derecho al retracto ractificando de esta manera su deseo de permanecer en el RAIS. Como excepciones propuso: **inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios en el consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de la afiliación, compensación y pago**.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que para la fecha de traslado de régimen de la actora las AFP no tenían ninguna obligación diferente a brindar toda la información necesaria, de manera completa, atendiendo las inquietudes de los potenciales afiliados, tal y como aconteció, pero, de ninguna manera debían mantener constancia escrita de las asesorías ni mucho menos realizar proyecciones financieras. Conforme a ello, aseguró que el fondo sí cumplió su deber de información y la demandante se trasladó de forma libre y voluntaria, por tanto, no existe razón para declarar la ineficacia del traslado que solicita la demanda. Como excepciones propuso: **validez y eficacia de la afiliación a HORIZONTE e inexistencia de vicios en el consentimiento, inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración, en caso de que se declare la ineficacia o inexistencia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de trasladar el pago al seguro previsional cuando se declara la ineficacia o inexistencia de la afiliación al RAIS, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.**

COLPENSIONES, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones al considerar no es posible el traslado de la actora dado que se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad pensional. Agregó que la actora se trasladó al RAIS de forma libre y voluntaria debido a la asesoría completa y pertinente al momento del traslado. Como excepciones propuso: **improcedencia de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, improcedencia de admisibilidad de la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en ineficacia de traslado de régimen, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, buena fe excenta de culpa, improcedencia de condena en costas y agencias en derecho, prescripción, innominada o genérica.**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Cuarto Laboral Circuito de Pereira, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora PATRICIA DUQUE RESTREPO efectuó al RAIS a través de la AFP ING HOY PROTECCIÓN S.A. el 27 de mayo de 1996 y posteriormente a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y finalmente a PROTECCIÓN S.A., dadas las consideraciones precedentes. **SEGUNDO: A. ORDENAR** al fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la señora PATRICIA DUQUE RESTREPO, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado. **B. CONDENAR** a los fondos privados de pensiones PROTECCION, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas a la señora PATRICIA DUQUE RESTREPO durante su permanencia en esas entidades y que fueron destinadas a pagar los gastos o cuotas de administración, así como aquellas que fueron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes; a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. **C. 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 de la demandante, a restituir la suma pagada por ese concepto a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con su propio patrimonio. **TERCERO: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que, una vez PROTECCIÓN S.A. cumpla con lo ordenado en el numeral segundo de esta providencia, proceda aceptar sin dilaciones, el traslado de la señora PATRICIA DUQUE RESTREPO del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad desde el momento en que se afilió a este último régimen. **CUARTO: COMUNICAR** a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de que, en caso de que se haya emitido un bono pensional a favor de la demandante, y 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. **QUINTO. DESESTIMAR** las excepciones propuestas por las accionadas. **SEXTO: CONDENAR** en costas procesales a cargo de PROTECCIÓN S.A. y en favor de la actora en un 100%.”

En síntesis, el juez de instancia dedujo con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que el caso debía de abordarse desde la ineficacia en sentido estricto al ser la razón la falta de información para la formación del acto; que dicha figura se aplica, independientemente de que sea o no el afiliado beneficiario del régimen de transición, siendo la AFP a quien le incumbe la carga de probar que, de acuerdo al momento histórico en que se formó el acto, cumplió con el deber de información; esto es, que le brindó información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, riesgos, diferencias, condiciones, beneficios y consecuencias de ambos regímenes, sin que sea suficiente la sola suscripción del formulario de afiliación porque solo acreditan que existió un consentimiento más no que hubiese sido informado.

En suma, no encontró que la AFP hubiese acreditado que informó debidamente al afiliado al momento del traslado; que solo arrió el formulario e historiales que resultaron ser insuficientes para acreditar que cumplieron con el deber de información.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconformes con la decisión las apoderadas de Colpensiones y Porvenir S.A. recurrieron la sentencia, así:

PORVENIR S.A. señaló que, respecto de la orden de restituir los dineros por concepto de gastos de administración, garantía de pensión mínima y sumas de seguros previsionales, son sumas autorizadas por la norma por cuanto los gastos de administración son el resultado de una buena administración que hacen los fondos y los rendimientos que se obtienen de ello, por tanto, en caso de devolver dichos montos estaría configurándose un enriquecimiento sin justa causa, máxime cuando PORVENIR trasladó a PROTECCIÓN todos los dineros de la cuenta de ahorro de la actora. Con relación a los seguros previsionales, manifestó que durante la afiliación de la actora estuvo cubierta por el seguro que es a cargo de un tercero, por tanto, dichos dineros no se encuentran en manos del fondo. Igualmente, con

relación a los aportes de garantía de pensión mínima, no es posible retornarlos a COLPENSIONES.

COLPENSIONES Indicó que al momento del traslado de la demandante sí fue asesorada en debida forma por parte de los fondos, tanto así, que su decisión de trasladarse fue libre y voluntaria, además, no es posible recibir a la actora en el RPM con sus aportes y demás emolumentos porque se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado, por tener 57 años de edad. Manifestó que debe tenerse en cuenta la sostenibilidad financiera de la Administradora, pues es un derecho fundamental en aras de salvaguardar el interés general sobre el particular y la orden de declarar la ineficacia del traslado, pone en peligro el derecho pensional de los demás afiliados por la eventual concesión de la pensión a que tendría derecho la demandante. Agregó que la demandante nunca probó que en efecto le hubiesen engañado al momento de trasladarse y el interrogatorio de parte, no fue valorado en debida forma, pues la actora conocía las características del RAIS, máxime si se tiene en cuenta el grado de escolaridad de la demandante y la capacidad que tiene para entender las consecuencias de su traslado.

Finalmente, solicitó no ser condenada en costas de segunda instancia.

De otro lado, conforme a lo consagrado en el art. 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS) la Sala estudiará el fallo del a quo, en grado jurisdiccional de consulta, en lo que no fue objeto de la apelación por Colpensiones.

IV. ALEGATOS

Atendiendo a que la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídicamente sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se tendrán en cuenta los alegatos que guardan relación directa con los temas debatidos.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con los recursos y alegatos presentados por las partes, los (el) problema(s) jurídico(s) a ser abordado(s) consiste(n) en:

- (i) Establecer si había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.
- (ii) Había lugar a ordenar a las AFP demandada el trasladar con cargo a sus propios recursos, el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobraron, así como las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales hacia Colpensiones.
- (iii) Se deberán analizar las órdenes impartidas en la sentencia y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Para iniciar, es de tener en cuenta que los siguientes hechos no presentan discusión: **i)** la demandante nació 03 de mayo de 1965 (Anexo3, fl.33). **ii)** El 27 de mayo de 1996 se trasladó de COLPENSIONES a ING hoy PROTECCIÓN S.A., luego el 07 de octubre de 1998 se cambió a COLFONDOS S.A., el 06 de mayo de 2005 se pasó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y finalmente, se afilió a PROTECCIÓN el 01 de agosto de 2009. (fl.18, anexo16). **iii)** La fecha de redención normal del bono pensional está estipulada para el 03 de mayo de 2025 (fl.36, anexo16)

Conforme a los anteriores referentes, pasa la Sala a desatar la alzada, en los siguientes términos:

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN.

Para iniciar, es de advertir que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, por ello, el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y la sentencia SL-12136 rad. No 46292 del 3 de septiembre de 2014.

Es de anotar que la jurisprudencia antes citada corresponde a traslados respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, sin embargo, en sendos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL1452-2019, SL1017-2022, señala que, ni la jurisprudencia desarrollada por esa Corporación y, mucho menos el ordenamiento jurídico laboral y de la seguridad social prevén como requisito para que resulten

aplicables las reglas sobre ineficacia del traslado y en especial la relativa a la inversión de la carga de la prueba que en ella opera, que el afiliado al momento del cambio de régimen pensional fuese beneficiario del régimen de transición, tuviese un derecho consolidado o una expectativa legítima, por el contrario se ha estimado que para que resulte viable la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado, así como, la inversión de la carga de la prueba que en estos asuntos se configura, lo que se exige es que la administradora de pensiones hubiese faltado a su deber de información ya que «el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ3719-2021), todo ello por cuanto «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4025-2021).

Así mismo, se ha de señalar que, por el sólo hecho de que se suscriba un formulario de afiliación no es posible inferir que la persona conocía los verdaderos efectos que sobre sus derechos pensionales podía tener la decisión de trasladarse, lo que además no puede considerarse como satisfecho con una simple expresión genérica; o con el hecho de que el afiliado no haya demostrado en el transcurso del tiempo inconformidad alguna sobre el cambio en el sistema pensional que hizo.

En torno a la carga de la prueba, es de indicar que corresponde a la AFP ante quien se realizó el cambio de régimen pensional, porque es quien debe de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos al contar con los documentos e información en general que le suministró al interesado, pues no puede pretenderse que la afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la calidad de la asesoría brindada.

Además de lo expuesto, la Corte ha reiterado (SL1017/2022) que, la trasgresión al deber de información en tratándose del traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades regulado por el Código Civil, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

¿Se acreditó el cumplimiento del deber de información por parte de las accionadas?

Aplicando los anteriores criterios al caso que nos ocupa, debe decirse que de la documental adosada por la AFP que estuvo a cargo del traslado de régimen de la demandante, ninguna prueba idónea presentaron para demostrar que en la antesala de la decisión que tuvo la afiliada para migrar del RPM con PD, la AFP cumplió con su deber de información, esto es,

dotando a la reclamante de todo el conocimiento que requería para adoptar una decisión consciente, racional y ajustada a sus expectativas pensionales.

Ahora, en este caso la parte demandante ni siquiera signó el formulario del traslado, por lo que, no es posible señalar que aceptó haberlo realizado de manera “*libre, voluntaria y sin presiones*”, de ello no se puede deducir que hubo un consentimiento o decisión de cambio de régimen debida y suficientemente informada cuando justamente a ese momento se careció del conocimiento necesario acerca de las características, ventajas, desventajas, condiciones económicas y del mercado, del funcionamiento diferenciado de los sistemas pensionales y de las consecuencias que podría acarrear su decisión, bajo la perspectiva de sus derechos pensionales, teniendo en cuenta que, era deber de las AFP realizar un proyecto pensional, en donde se informara sobre las posibilidades de contar con un *quantum* ajustado a las expectativas en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y bajo una decisión claramente racional.

Para auscultar si se cumplió con ese propósito, se escuchó **en interrogatorio a la parte demandante** en lo que respecta a la información que le antecedió a la decisión de trasladarse de régimen, refirió que para la época del traslado no recuerda bien, pero el asesor de ING hoy PROTECCIÓN o la empresa donde laboraba como arquitecta en 1996 le recomendaron trasladarse de régimen porque era lo mejor, que dicho empleador le otorgó a sus empleados un dinero adicional para efectuar aportes voluntarios, pero le advirtieron que esa suma no podría disponer de ella hasta la edad pensional. Explicó que en el año 2017 solicitó la pensión anticipada, pero, le explicaron que esa opción no existía para ella y que cuando cumpliera la edad pensional no le alcanzaría para acceder a la pensión de vejez y solo tendría derecho a la devolución de los ahorros que estuvieran en la cuenta de ahorro individual, razón por la cual, se asesoró de abogados y decidió solicitar la ineficacia del traslado. Agregó que cuando se trasladó a COLFONDOS hicieron una reunión grupal en el trabajo y le explicaron que obtendría mejores rendimientos en dicha AFP y lo mejor era permanecer en el RAIS, por ende, decidió trasladarse. Informó que no recibió reasesorías por parte de los fondos y que cuando le dieron la información de doble asesoría ya no se podía devolver al RPM. Finalmente, advirtió que la única desventaja de la que le hablaron al momento de trasladarse era que el fondo “jugaba” con los aportes del afiliado, es decir, hacía inversiones en la bolsa con lo cual podría ganar o perder rendimientos.

Pues bien, se advierte que no se encontraron manifestaciones que, conjunta o individualmente, puedan calificarse como una confesión de haber recibido la información a que estaba obligada la AFP en la antesala del traslado de régimen pensional, lo que implica que la AFP ni siquiera allegó el formulario que supuestamente se suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones, por ende, no es posible concluir que cumplió con el deber de información.

Y es que, al analizar la totalidad del caudal probatorio bajo los parámetros ya traídos a colación, se tiene que no existen elementos que permitan concluir que, durante el traslado de la parte actora, la AFP hubiere cumplido con el deber de información que le correspondía, máxime cuando **la única asesoría -con las falencias ya denotadas- que hicieron los fondos fue**

cuando se efectuó el traslado de régimen y, en todo caso, resulta notorio que la demandada faltó a su deber de «*información y buen consejo*», pues omitió informar a la parte demandante sobre las ventajas, desventajas, características, riesgos, posibilidades de pensión en cada régimen y demás aspectos que le permitiesen comprender claramente la conveniencia o inconveniencia de su decisión, condiciones que debía probar la AFP pero no lo hizo, situación que se acompasa con lo lineado en las sentencias SL12136-2014 y SL4373-2020, entre otras.

A lo anterior se suma, que las obligaciones que debía observar el fondo de pensiones durante el traslado de la parte accionante eran las contenidas en las normas del sistema vigentes a esa época. De modo que, al ser la solicitud del año 1996, es factible pregonar sin vacilación que a la AFP demandada, le correspondía cumplir con el deber de información que deviene de las disposiciones constitucionales, de la Ley 100 de 1993, artículos 13, literal b), 271 y 272 y del Decreto 663 de 1993, artículo 97, según los cuales, como mínimo, debió ilustrarse a la potencial afiliada sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

¿El actuar de la parte actora ratifican la voluntad de permanecer en el RAIS? ¿Era la ineficacia la acción a emprender?

Frente al tema, no se puede pretender que se tenga como ratificación el tiempo en que la demandante permaneció en el RAIS, el hecho que no se hubiese retractado de su decisión o que no hubiese manifestado la intención de regresar al régimen de prima media, antes de encontrarse inmersa en la prohibición de cambiarse de régimen, es decir, cuando faltaren menos de 10 años para acceder a la edad pensional, pues lo que se evidencia aquí es la falta de acompañamiento, y aún, ante el supuesto que esta tuviera presente dicha disposición, debe tenerse en cuenta que la falta de asesoramiento de la que fue objeto, no le permitía distinguir cual régimen era el que más le convenía, pues nunca presentó una solicitud de afiliación, tanto así que no existe un formulario de afiliación suscrito entre las partes.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia de la afiliada por varios años, no son aspectos que derruyan las conclusiones a las que arribó la *a quo*, pues al tratarse de circunstancias ulteriores, no tienen incidencia alguna en los efectos asociados a la forma en que se ejecutó la afiliación primigenia con la cual se materializó el cambio de régimen pensional cuya ineficacia se debate en este proceso.

Tampoco podría afirmarse que la actora hizo **actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad de pertenecer al RAIS** por permanecer por más de 20 años en dicha AFP. A propósito de ello, es del caso traer a colación la sentencia SL1055-2022 (2-03-2022)¹, que en lo pertinente recalcó:

“... si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, 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.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS”.

Además, es de recalcar, que la Sala de Casación Laboral ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia². Sin embargo, dicho criterio es aplicable solo para el caso de afiliados, pues, en tratándose de pensionados, la alta Corporación ha definido en reciente sentencia (SL 373/2021), que la calidad de pensionada es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer. Dicha situación aquí no ocurre, por cuanto la demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionada.

² CSJ Sentencia SL1688-2019

Conforme a lo expuesto, la ineficacia del traslado que fue decretada por la *a-quo* se generó por nulidad en el acto jurídico y falta de asesoría de la afiliada al momento de realizar su traslado a la AFP, situación que permite su retorno al RPM, independientemente que se encuentre a menos de 10 años de cumplir la edad pensional, pues ello no impide el retorno al RPMPD porque no se está frente a un nuevo traslado sino frente a una declaratoria de ineficacia del primigenio que retrotrae las cosas al estado original.

Con todo, se deberá confirmar la ineficacia declarada por la *a quo* al no tener vocación de prosperidad los argumentos esbozados por Colpensiones y Porvenir S.A.

De las condenas impuestas en la sentencia y grado de consulta en lo no recurrido.

Respecto a la orden de devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, por parte de la AFP demandada, se ha de indicar que la consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado es que la afiliación se retrotrae al estado en que se encontraba, lo que implica que la AFP del RAIS debe devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como lo dispone el artículo 1746 del C.C, incluidos los gastos de administración, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre otras, en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

«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.»

Lo anterior implica que las AFP tienen el deber de trasladar todos los dineros que por concepto de aportes y rendimientos se hubieren producido y que hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la accionante, además de los valores que cobró a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes destinados para el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, pues todos estos deberán ser abonados en el fondo común que administra COLPENSIONES y utilizados para la financiación de la pensión de vejez de la parte demandante (SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4141-2021, SL3611-2021, entre otras más).

Acorde con lo dicho, resulta pertinente traer a colación el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral, sentencia SL1017-2022 M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, así:

«... al declararse la ineficacia del traslado las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que las administradoras tienen que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado,

quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)”.

Así las cosas, amerita confirmar las órdenes impartidas en la sentencia de primera instancia.

Del bono pensional

Con relación al **bono pensional**, como quiera que la fecha estimada de redención normal data del 03 de mayo de 2025 (fl.36, anexo16), razón tuvo la juez en ordenar comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí adoptada, no obstante, teniendo que la fecha de redención del bono es el año 2025 y dado que no es posible el pago sin la redención del mismo, debe revocarse el numeral SEGUNDO C., por medio del cual, se condenó a PROTECCIÓN a restituir a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la suma pagada por concepto del bono pensional y debidamente indexada.

De la imposición de costas.

Finalmente, frente al reproche de COLPENSIONES sobre la imposición de costas procesales en segunda instancia, debe advertirse que las mismas son consecuencia de las resultas del proceso cuando se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que es lo que sucede en este caso, al tenor del artículo 365 del C.G.P. Ello implica, que no tienen asidero los argumentos esbozados por la demandada consistentes en que cumplieron con la ley y que actuaron de buena fe, lo cual no se constituye como una excepción para exoneración de la condena impuesta. Por ende, no hay lugar a eximir de la condena a la entidad en esta instancia.

Con todo, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada que declaró la ineficacia del traslado de régimen y como se resolvieron de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, se les impondrá costas en esta instancia.

Por lo expuesto, **la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral SEGUNDO C de la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** a favor de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
ACLARACIÓN DE VOTO**

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
ACLARACIÓN DE VOTO**

Firmado Por:

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

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Aclaración De Voto

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Laboral

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Aclaración De Voto

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: **c90c35d429ff749a7aa16282fc957c0322bb9ab3e974e7ec8024276c1806c8de**

Documento generado en 31/03/2023 03:59:51 PM

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