

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:	66001310500520200007801
DEMANDANTE:	DEYANIRA VINASCO TABORDA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
ASUNTO:	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA 14-02-2023
JUZGADO:	QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE PEREIRA
TEMA:	INEFICACIA

APROBADO POR ACTA N°. 118 DEL 25 DE JULIO DE 2023

Hoy, veintiséis (26) de julio 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 el Dr. Germán Darío Góez Vinasco, procede a resolver el recurso de apelación presentado por las demandadas y a surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, frente a la sentencia de primera instancia del 14 de febrero de 2023, proferida por el juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **DEYANIRA VINASCO TABORDA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.** Con radicado número **66001310500520200007801.**

Conforme a la escritura pública 3365 del 2 de septiembre de 2019 por medio del cual el representante legal suplente de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Dr. Javier Eduardo Guzmán Silva, otorgó poder general a la firma Muñoz Medina Abogados S.A.S., legalmente representada por Natalia López Reyes y/o Santiago Medina Muñoz, para representar judicialmente los intereses de Colpensiones, a quien se le reconoce personería en los términos del citado poder (archivo 6, segunda instancia).

Reconocer personería al abogado Juan Guillermo Carmona Cardona con cédula No. 1.060.267.330 y T.P. 353.815 del C.S.J., para actuar en representación de los intereses de Colpensiones, conforme a la sustitución de poder otorgado por el representante legal de la firma Muñoz Medina Abogados S.A.S (archivo 6, segunda instancia).

Seguidamente, se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta sala, conforme el 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. 127

I. ANTECEDENTES

Pretensiones.

DEYANIRA VINASCO TABORDA demandó a la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad del acto jurídico de traslado del régimen llevado a cabo el 24 de junio de 1997, desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En consecuencia, aspira que se le restablezca su afiliación a Colpensiones y se ordene el traslado de los saldos, cotizaciones y/o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, y con la diferencia entre el valor de lo trasladado por la AFP COLFONDOS S.A y lo que hubiere cotizado de haber permanecido en la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

Hechos.

En sustento de lo pretendido, informa la demandante que nació el 5 de julio de 1957; que en la actualidad se encuentra vinculada al Hospital Departamental San Juan de Dios de Riosucio-Caldas, desde el 01 de abril de 1999. Relata que durante su vida la laboral ejerció diferentes cargos en entidades como la Contraloría General del Departamento de Caldas, la ESE Hospital San Lorenzo de Supía Caldas, y en el Hospital Departamental San Juan de Dios de Riosucio Caldas, por lo que realizó aportes a seguridad social a través de la Caja Nacional de Previsión, en el Patrimonio Autónomo Dirección Territorial Salud de Caldas, el Fonpet Sector Salud, Colpensiones antes ISS y Colfondos AFP.

Recrimina que el **24 de junio de 1997** signó solicitud de traslado de Régimen Pensional desde el RPM con PD hacia el RAIS a través de Colfondos S.A. acto jurídico durante el cual, el asesor de la AFP no le ofreció toda la información necesaria como las proyecciones de su expectativa pensional en ambos regímenes, pues ninguna precisión comparativa se le hizo sobre el valor de la pensión a la que podría llegar en ambos regímenes y reclama sobre la falta de información frente a los aspectos favorables o no de su decisión, entre ellas, lo relativo al régimen de transición.

Refirió que realizó peticiones a Colfondos y a Colpensiones en aras de realizar el traslado de régimen, entre ellas la del 3 de diciembre de 2019 en la que Colpensiones negó su solicitud de traslado de régimen pensional, informando que ello no era procedente por cuanto se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensión.

La demanda fue radicada el **24 de febrero de 2020** y admitida luego de subsanada, mediante auto del **10 de mayo de 2021**.

Posición de las demandadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** se opuso a las pretensiones bajo el argumento que la afiliación efectuada por la actora hacia Colfondos S.A. había sido legal, puesto que la decisión fue

adoptada de manera libre y espontánea y de manera alguna, se le ofreció información equivocada o engañosa. Como excepciones formuló **Validez de la afiliación al RAIS, Saneamiento de una presunta nulidad, Solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, Prescripción, Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, Buena fe de Colpensiones, Imposibilidad de condena en costas y Declaratoria de otras excepciones. (Archivo 17).**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, se opuso a lo pretendido bajo el argumento que la actora había elegido dicho régimen de manera libre y voluntaria, previo suministro de la información necesaria para que tomara la decisión que más se adecuara a sus expectativas pensionales, sin que fuera válido que después de estar varios años afiliada al RAIS, al observar no cumplidos sus objetivos de ahorro, propuso trasladarse de régimen mediante la nulidad de una afiliación legal. Como excepciones formula: **Inexistencia de la obligación, Falta de legitimación en la causa por pasiva, Buena fe, Innominada o genérica, Ausencia de vicios del 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 (Archivo 18).**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La jueza quinta laboral del circuito de Pereira, a través de sentencia del 14 de febrero de 2023¹, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen que DEYANIRA VINASCO TABORDA efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante solicitud efectuada a COLFONDOS S.A. el 24 de junio de 1997, efectiva a partir del 1 de agosto de ese mismo año.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., que proceda a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de DEYANIRA VINASCO TABORDA, incluyendo las cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación, así como las sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses, sin descontar suma alguna por concepto comisiones, gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, los que se asumirán con cargo su patrimonio y restituirá a COLPENSIONES debidamente indexados.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, que acepte el retorno de DEYANIRA VINASCO TABORDA, sin solución de continuidad, desde el momento en que se afilió al régimen que administra.

CUARTO: COMUNICAR a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, al MUNICIPIO DE SUPÍA y al DEPARTAMENTO DE CALDAS la presente decisión, con el fin de que, en un trámite interno y a través de canales institucionales ejecuten todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 31 de julio de 1997, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional en caso de que se haya generado en favor de DEYANIRA

¹ Archivo 35

VINASCO TABORDA y que debía tener como fecha de redención normal el 5 de julio de 2017, aplicando con ello lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016. En caso de haber efectuado el pago del bono pensional ejercer las acciones pertinentes para obtener la efectividad de la restitución.

QUINTO. ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. que en caso de haberse efectuado la redención del bono pensional proceda a restituir a la OBP DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO o a las entidades respectivas, el valor pagado por ese concepto en la suma correspondiente, la cual deberá ser indexada, precisándose que esa actualización debe ser cancelada con cargo a los recursos propios del fondo de pensiones.

SEXTO. DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por las codemandadas, conforme las consideraciones esbozadas.

SEPTIMO. CONDENAR en costas a COLFONDOS S.A. en un 100% a favor de la parte actora. Por secretaría liquidense. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

Para adoptar tal determinación, la falladora de primera instancia emprendió su análisis con apoyo en la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, identificando qué tipo de información se le suministró a la accionante por parte de Colfondos S.A., al momento de trasladarse de régimen a efectos de determinar si aquella contó o no con toda la información clara y suficiente sobre las implicaciones que generaban tal decisión y de otro lado, si el fondo de pensiones privado acreditó o no el cumplimiento de su deber de información mediante la asesoría y buen consejo, según el momento histórico en que se produjo dicha mutación. Y, refirió que, de no cumplirse tal propósito, el traslado de régimen se refutaría ineficaz.

Recalcó que sola suscripción del formato de afiliación no era suficiente para entender o presumir válido el traslado de régimen pensional y, que el alegar que medio la manifestación libre y voluntaria durante la elección de régimen, no era dable cuando se desconocía la incidencia de tal decisión frente a los derechos prestacionales, por lo que no podía estimarse satisfecho el requisito con una simple expresión genérica; agrega que la carga de probar el cumplimiento del deber de información gravitaba en la AFP.

Al arribar el caso concreto, señaló que ninguna disputa había respecto del traslado de régimen que dispuso la actora el 24 de junio de 1997 con efectividad a partir del 1 de agosto de ese mismo año, estando actualmente afiliada a Colfondos S.A., lo cual constató en el historial de vinculaciones del SIAFP y en el formulario de afiliación adosado. Colige que de la documental aportada ninguna daba cuenta que a la actora se le hubiere brindado al momento de trasladarse de régimen, toda la información pertinente y necesaria frente a la movilidad entre regímenes pensionales o que se le brindó

su consentimiento debidamente informado. Refiere que, del interrogatorio a la accionante, ninguna afirmación realizada por esta podía calificarse como confesión de haber recibido información suficiente, en tanto que se había ratificado en lo planteado desde la rogativa en el sentido de que esta información fue insuficiente o parcializada, por lo que atendiendo los medios de prueba obrantes, se concluía que COLFONDOS S.A., no demostró con suficiencia, como era su carga procesal, que a la demandante se le hubiera brindado asesoría clara, comprensible y suficiente en la antesala de mutar de régimen pensional; contrario a ello, lo único que se desprendió de igual recaudo, fue que la información suministrada por sus representantes se tornó escasa; limitada únicamente hacia los beneficios del RAIS, que fueron enunciados de manera genérica, sin denotar diferenciaciones objetivas respecto de las características de uno y otro régimen, la AFP no acreditó haber cumplido con su deber de información acorde con la línea jurisprudencial trazada, por lo el acto de traslado de régimen era ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** recurrió la decisión argumentando que el traslado de régimen pensional fue realizado de manera libre, voluntaria y sin presiones, por lo que la afiliación al RAIS fue legal; que el material probatorio aportado por la parte actora no daba cuenta de que se hubiere realizado el traslado sin la debida asesoría, manifestando su disentimiento en el hecho de se le hubiere impuesto a los fondos de pensiones la carga de probar lo informado cuando ésta se hizo de manera verbal. Refiere que, según el interrogatorio de la accionante, de él se desprendía que el fondo de pensiones le otorgó la información necesaria al momento de trasladarse y luego, fue la decisión voluntaria de la actora el permanecer por varios años en el RAIS, sin retornar a Colpensiones dentro de los términos legales, pues la demandante ya se encuentra incurso en la prohibición de trasladarse por limitante de “no poder trasladarse al estar dentro de los diez años anteriores a la edad mínima pensional”, medida que es legal y va en línea con la sostenibilidad financiera del sistema. Refiere que Colpensiones al ser un tercero que no participó en el negocio jurídico de traslado, la opción que debió tomar la actora fue promover la acción de resarcimiento de perjuicios en contra de la AFP del RAIS, pues Colpensiones no puede cargar con las consecuencias negativas que significa el traslado.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, recurrió la decisión frente al numeral que ordenó el pago de la restitución del bono pensional debidamente indexada, sustentando que con la ineficacia todo regresa a su estado anterior

y por tanto, la indexación le correspondería al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no a Colfondos S.A.

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 DE SEGUNDA INSTANCIA

Como la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídica sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se atienden los alegatos que guarden relación directa con los temas debatidos. Para tal efecto, el traslado se dispuso mediante fijación en lista del 01-06-2023 y de la presentación de alegaciones en término, se remite a la constancia de la Secretaría de la Sala (Archivo 09, carpeta C02 digital).

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)** *Determinar si hay lugar a ordenar a las AFP demandada la restitución del bono pensional debidamente indexada;* **(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:

- La demandante nació el 05-07-1957 (Anexo4, fl.1).
- La actora se afilió al ISS hoy Colpensiones desde el 16 de agosto de 1977, realizando 424,29 semanas de aportes hasta el 30-06-1997, según da cuenta la historia laboral arrimada por Colpensiones (Archivo 19, fl. 297).
- El 24-06-1997 la demandante se trasladó de régimen pensional hacia Colfondos S.A. (Anexo4, fl. 28).

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).

Desenvolvimientos del Asunto

¿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, las AFP cumplieron 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, aunque la demandante hubiese firmado los formularios de afiliación a las AFP demandadas, no es posible señalar que aceptó haberlo realizado de manera “*libre, voluntaria y sin presiones*” y 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**, informó que su profesión tecnológica en estadística, encontrándose actualmente vinculada como trabajadora dependiente en el Hospital San Juan De Dios de Rio Sucio Cdas. En lo que respecta a la información que le antecedió a la decisión de trasladarse de régimen, refirió:

Que la comunicación con el asesor pudo haber durado cerca de 10 o 15 minutos, la cual tuvo lugar de manera individual en su sitio de trabajo que era el Hospital San Lorenzo de Supía Caldas; aceptó haber firmado el formulario de manera libre y voluntaria. Respecto de la información recibida dijo que consistió en que ella se pensionaría antes de la edad; que los hijos recibirían la pensión de ella fallecer o de no querer hacerlo podía retirar el dinero ahorrado y el bono pensional. Dijo desconocer cuales eran los requisitos para obtener la pensión, pues nunca se lo dijeron; que le informaron que tendría unos ahorros que iba a cuenta individual, sin que se le hubiere hablado de rendimientos o que requería de una suma específica de ahorro; tampoco se le habló de aportes voluntarios, pues desconocía tal aspecto. Agrega que le aseguraron que con el fondo privado podía lograr una mesada superior a la que tendría en el ISS y de mantenerse en este último, perdería todo lo ahorrado; refiere que nunca le hicieron advertencia sobre la posibilidad de perder el régimen de transición.

Obsérvese, que del interrogatorio a la demandante, no se encontraron manifestaciones que conjunta o individualmente, puedan calificarse como una confesión de haber recibido la información a que estaban obligadas las AFP en la antesala del traslado de régimen pensional y tampoco, del acervo documental se puede advertir que a la demandante se le hubiera otorgado información detallada, clara y suficiente de ambos regímenes pensionales, con las características y parámetros denotados por la Jurisprudencia antes traída a colación, de manera 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. De otro lado, tampoco obra en el expediente y tampoco la demandante puso de manifiesto que con posterioridad a su traslado hubiere sido convocada por la AFP para otorgarle la información que ahora se echa de menos o que hubiere recibido reasesorías por parte de Colfondos S.A. antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad pensional.

En todo caso, resulta notorio que la demandada faltó a su deber de *«información y buen consejo»*, pues omitió informar a la actora 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, entre ello, la pérdida de derechos transicionales, condiciones todas estas que debía probar la AFP pero no se 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 1997, 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. Dichos aspectos, eran los que estaba llamada la AFP a demostrar en esta contienda, pues era su carga probatoria, la cual no se le puede relevar de ella como lo sugiere en el planteamiento de su alzada.

¿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.

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 con la cual se materializó el cambio de régimen pensional cuya ineficacia se debate en este proceso.

Es de anotar, que en este caso no puede afirmarse que la actora hizo **actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad de pertenecer al RAIS** por permanecer por varios años a la AFP del RAIS o porque hubiere recibido los extractos mensuales del fondo privado.

A propósito de lo anterior, es del caso traer a colación la sentencia SL1055-2022 (2-03-2022)², 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 no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obediencia 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

² M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 ineficacia³. 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 e incluso, aún se encuentra vinculada laboralmente. Por ello, no es de recibo lo indicado por Colpensiones en el sentido a que fue equívoca la acción judicial emprendida por la accionante.

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 las 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, al no tener vocación de prosperidad los argumentos esbozados por las demandadas, se deberá confirmar la ineficacia declarada por la *a quo* frente al traslado efectuado a las AFP COLFONDOS S.A.

Grado de consulta a favor de Colpensiones, frente a lo no recurrido

³ CSJ Sentencia SL1688-2019

En lo que respecta 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 las AFP del RAIS deben 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 la AFP tiene 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.

A propósito, en este punto, observa la Sala que el ordinal segundo de la sentencia, la *a quo* ordenó además de la devolución de las “cotizaciones recaudadas”, lo correspondiera a las “sumas adicionales”, lo cual en este caso resulta confuso, además se ordenó la devolución de los “frutos e intereses”, cuando éstos se encuentran incluidos en los respectivos rendimientos. De manera que dichos aspectos se deberán excluir de dicho ordinal.

Así las cosas, amerita confirmar las órdenes impartidas en la sentencia de primera instancia, con la modificación que se acaba de denotar.

En cuanto a la orden impartida por el juzgado en el ordinal cuarto y quinto, relativa a que se debe comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Municipio de Supía y al Departamento de Caldas de la presente decisión para que, en un trámite interno y a través de canales institucionales ejecuten todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 31 de julio de 1997, además, de la orden que en el evento de haberse pagado el bono a favor de la cuenta de ahorro individual, la **AFP COLFONDOS S.A.** proceda a restituir

deberá la suma que hubiese sido pagada por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o las entidades respectivas, debidamente actualizada a valor presente, debiendo cancelarse dicha indexación, con los recursos propios de dicha AFP, corresponden a medidas pertinentes y razonables que deben ser confirmadas. De otro lado, la indexación de lo

pagado a cargo de los recursos propios de la AFP resulta ser procedente, por un lado, en virtud de la pérdida del poder adquisitivo que sufre dicho dinero y que debe ser resarcido a la entidad emisora y pagadora de dichos instrumentos, de manera que, dicha orden se confirmará y por tanto no sale avante el recurso formulado por la AFP.

Finalmente, es de mencionar que debido a que los recursos no salieron avante procede la condena en costas en esta instancia, sin que se le pueda exonerar a Colpensiones de ello porque presentó recurso de apelación y le fue resuelto negativamente, por tanto, de conformidad con el ordenamiento legal, se itera, resultan ser procedentes.

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: MODIFICAR el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de excluir de las órdenes allí impartidas, lo relativo a la devolución de las “sumas adicionales”, “frutos e intereses”, por las razones expuestas. En lo demás, se confirma lo dispuesto en dicho ordinal.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en lo demás.

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

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada
- Aclara Voto -

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado
- Aclara 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: **0f49587e598a4505cbf3e3524790d2373c47cc5cc6e007d84a3bfbd3618f71be**

Documento generado en 26/07/2023 09:40:13 AM

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