

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:	66001310500320200024501
Demandante:	CLEOFE ISABEL MARÍN SOLANILLA
Demandado:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia (22 de marzo de 2023)
Juzgado:	Tercero Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 137 DEL 29 DE AGOSTO DE 2023

Hoy, cuatro (04) de septiembre 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 COLPENSIONES en 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 Tercero Laboral Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **CLEOFE ISABEL MARÍN SOLANILLA** contra la **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, radicado **66001310500320200024501**.

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. 145

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

CLEOFE ISABEL MARÍN SOLANILLA, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que hizo al RAIS efectuado a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. En consecuencia, solicita que se condene a COLPENSIONES a recibirla nuevamente como afiliada cotizante y a la 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 03 de diciembre de 1966, que se afilió al RPM en junio de 1989 con el empleador Sociedad Colombiana de Capitalización S.A. y continuó cotizando hasta el mes de diciembre de 1994. Que suscribió formulario de afiliación el 10 de octubre de 1995 con la AFP PORVENIR S.A. y luego, el 24 de junio de 2016 se cambió a PROTECCIÓN S.A., sin embargo, ninguno de los asesores del fondo le explicó sobre las ventajas y desventajas del traslado, pues solo le hablaron de los beneficios de pertenecer al RAIS. Una vez se asesoró por abogados se dio cuenta de que el monto de la pensión sería más alto en COLPENSIONES y decidió solicitar el traslado a dicha Administradora, no obstante, la solicitud fue negada el 26 de agosto de 2020, debido a que se encontraba a menos de diez años para cumplir la edad para pensionarse.

3. Posición de las demandadas.

COLPENSIONES, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones al considerar que no le constan los hechos de la demanda, por cuanto no tienen relación con la entidad, por lo tanto, deben probarse en el transcurso del proceso. Advirtió que el proceso del traslado de régimen del RPM al RAIS tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento y la omisión en la información deben ser demostrados por la demandante. Agregó que la actora se encuentra dentro de la prohibición legal para regresar a COLPENSIONES, puesto que le faltan menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad para obtener su derecho a la pensión de vejez. Como excepciones propuso: **Inexistencia de la obligación demandada, prescripción, no condena en costas.** (Anexo14)

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones e indicó que la actora no está afiliada a dicha AFP desde el 31 de julio de 2016 y que para la fecha del traslado de régimen el asesor del fondo le explicó las características propias del RAIS, sus diferencias frente al RPM y las consecuencias derivadas del cambio. Con base en dicha información la actora decidió de forma libre, espontánea y sin presiones, trasladarse de régimen, además de cumplir a cabalidad con la obligación de brindar información según la legislación vigente para la época de la afiliación de brindar información. Como excepciones de fondo propuso: **validez y eficiencia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, compensación, buena fe y la innominada o genérica.** (Anexo13)

PROTECCIÓN S.A. señaló que para la época del traslado lo legalmente reglado exigía una asesoría personalizada y la suscripción de la solicitud de afiliación fuera libre, voluntaria y espontánea, pues el deber de acreditar la asesoría con soportes físicos apenas surgió con la Ley 1748 de 2014 y su Decreto Reglamentario 2071 de 2015. Agregó que la demandante no acreditó vicios en el consentimiento porque no existieron precisamente las maniobras preterintencionales que se le endilgan a la AFP y tampoco demostró que hubiese sido sujeto susceptible de engaño. Como excepciones de fondo propuso: **Genérica o innominada, prescripción, buena fe, compensación, exoneración de condena en costas, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería**

sustantiva por pasiva, inexistencia de la fuente de la obligación, inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado, excepción de seguro previsional, excepción de mérito cuotas de administración. (Anexo23)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Tercero Laboral Circuito de Pereira, resolvió en la audiencia:

“PRIMERO: Declarar ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por cuenta de la señora CLEOFE ISABEL MARIN SOLANILLA el 10 de octubre de 1995, por la interferencia, colaboración y participación que tuvo la entidad INELSO S.A., su empleadora, a través del señor Jorge Gasca como se expresó anteriormente.

SEGUNDO: Declarar que la señora CLEOFE ISABEL MARIN SOLANILLA se encuentra debidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida administrada actualmente por COLPENSIONES.

TERCERO: Ordenarle a la entidad PROTECCIÓN S.A., donde actualmente se encuentra vinculada la señora CLEOFE ISABEL MARIN SOLANILLA que transfiera a COLPENSIONES todo lo que aparece en la cuenta individual de la misma, en las condiciones que fueron indicadas precedentemente.

CUARTO: Autorizar a la AFP PROTECCIÓN S.A., las acciones de repetición en contra no solamente de PORVENIR S.A., sino también de INELSO S.A sobre esos valores adicionales que deben ser entregados para la entidad COLPENSIONES como se explicó precedentemente.

QUINTO: Ordenarle a la secretaría del Despacho que proceda a remitir copia de toda la actuación aquí surtida ante la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA con el propósito de que se investigue la interferencia que ejecutó la entidad INELSO S.A. a través del señor Jorge Gasca para el año 1995 en la decisión que adoptó la señora CLEOFE ISABEL MARIN SOLANILLA al afiliarse al sistema pensional correspondiente al RAIS.

SEXTO: Declarar no probadas las excepciones de mérito que fueron planteadas por las entidades demandadas como se explicó en precedencia.

SÉPTIMO: Abstenernos de imponer condena en costas procesales por las razones esgrimidas precedentemente.”

En síntesis, la juez de instancia dedujo con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que el caso no podía abordarse desde la ineficacia en sentido estricto porque se demostró que el fondo cumplió con el deber de información, pues durante el proceso quedó demostrado que le brindó información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, riesgos, diferencias, condiciones, beneficios y consecuencias de ambos regímenes, a la accionante. Sin embargo, declaró la ineficacia del traslado por la presión que ejerció el empleador INELSO S.A. para que la actora realizara el traslado del ISS a PORVENIR S.A. y en ese sentido, debía aplicarse las consecuencias de la ineficacia.

Como consecuencia de lo anterior, se abstuvo de condenar en costas a las demandadas porque no se demostraron los hechos de la demanda durante el interrogatorio de parte.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión el apoderado de COLPENSIONES recurrió la sentencia, así:

COLPENSIONES Indicó que debe ser absuelta de las condenas en su contra, pues se verificó que la actora firmó el formulario de afiliación de forma libre, voluntaria y sin presiones, de manera que el traslado es válido y no existe ningún vicio en el consentimiento. Además, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y cuando solicitó el retorno a COLPENSIONES contaba con menos de 10 años para cumplir la edad pensional, por tanto, no es de recibo que después de tantos años de estar afiliada al RAIS y solo cuando vio que su mesada no cumplía sus expectativas, decide regresar al RPM alegando una falta de información por parte de los fondos privados. Advirtió que COLPENSIONES no participó en el proceso de traslado y se le ordena resarcir un daño que no causó. Finalmente, considera que en caso de confirmar la ineficacia de traslado, a título de sanción se debe condenar a PORVENIR a pagar un cálculo actuarial teniendo en cuenta la expectativa de vida de la actora y sus beneficiarios.

IV. ALEGATOS

Teniendo en cuenta 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 el 03-dic-1966. **ii)** El 10-10-1995 se trasladó de COLPENSIONES a PORVENIR y el 24-06-2016 se cambió a PROTECCIÓN S.A. (fl.23, anexo23) **iii)** La fecha de redención normal del bono data del 03-12-2026. (fl.24, anexo23)

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 contrario a lo expuesto por la *a quo*, de la documental adosada por la AFP que estuvo a cargo del traslado de régimen de la demandante, ninguna prueba idónea presentó 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.

Para auscultar si se cumplió el deber de información, se escuchó **en interrogatorio a la parte demandante** donde refirió que es psicóloga y actualmente labora en Asertempo Colombia, que para la época del traslado laboraba en una compañía tenía un convenio con PORVENIR y como pertenecía al área de recursos humanos tenía que dar ejemplo para trasladarse del ISS al fondo privado, por lo tanto, considera que si bien firmó el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, lo cierto es que carecía del conocimiento adecuado para tomar dicha decisión. Manifestó que el asesor del fondo solo les dejó los formularios e indicó que debían ser diligenciados conforme a las indicaciones de la gerencia, que les informaron que el seguro social se iba a acabar y los aportes se iban a perder, que con

los aportes en el RPM se pagaban las pensiones de otras personas y eso no era conveniente, pues era mejor ahorrar en una cuenta individual en un fondo privado. Luego se cambió a PROTECCIÓN porque le dijeron que pagaban mejores intereses y rendimientos que PORVENIR S.A., que no hacía aportes voluntarios porque no le alcanzaba el dinero y cuando consultó con un amigo se enteró de que se iba a pensionar con un salario mínimo en el fondo privado y decidió cambiarse. Finalmente, agregó que el empleador INELSO S.A., específicamente Jorge Garza, en compañía de los asesores del fondo PORVENIR le indicaron que debía trasladarse del ISS al RAIS.

Pues bien, contrario a lo que afirmó la juez de primera instancia, 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 no cumplió el deber de asesoría.

Ahora, aunque la demandante hubiese afirmado que existió una participación del empleador INELSO S.A. que la llevó a firmar el formulario de afiliación a la AFP demandada, 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 la 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.

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 **no tuvo ninguna reasesoría por parte de asesores de los fondos con posterioridad al traslado de régimen y 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*», y no demostró que la asesoría inicial se hubiese efectuado en las condiciones descritas anteriormente.

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 1995, 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, se MODIFICARÁ el numeral Primero de la sentencia apelada para eliminar la frase: “*por la interferencia, colaboración y participación que tuvo la entidad INELSO S.A., su empleadora, a través del señor Jorge Gasca como se expresó anteriormente.*”, pues, lo cierto es que aunque el empleador INELSO intervino en la decisión de traslado de régimen que efectuó la demandante, tal situación en ningún caso relevaba al fondo de cumplir con su deber de información y brindar una reasesoría antes de los 10 años en que la actora cumplía la edad pensional.

Adicionalmente, se REVOCARÁN los numerales Cuarto y Quinto de la sentencia, pues dichas órdenes no resultan procedentes en el trámite de ineficacia de traslado y, como quiera que la entidad INELSO S.A. no fue vinculada como parte del proceso, dichas condenas vulnerarían el derecho al debido proceso de la entidad, pues no tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradecir los dichos de la actora y el fondo privado. En cualquier caso, de considerar necesario adelantar un proceso en su contra las partes deberán iniciarlo ante la jurisdicción correspondiente.

¿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 y el traslado horizontal de PORVENIR a PROTECCIÓN, 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 no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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

² CSJ Sentencia SL1688-2019

retrotraer. Dicha situación aquí no ocurre, por cuanto la demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionada.

Conforme a lo expuesto, se aclara que la ineficacia del traslado que fue decretada por la *a-quo* se generó por ineficacia 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, al no tener vocación de prosperidad los argumentos esbozados por COLPENSIONES, se deberá confirmar la ineficacia declarada por la *a quo* del traslado efectuado a la AFP PORVENIR y PROTECCIÓN S.A. ordenando su retorno a COLPENSIONES.

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

Se evidencia que la juez de primera instancia omitió ordenar la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos por parte de PROTECCIÓN y PORVENIR. Dicha orden es 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, obliga a la AFP a 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, se **ADICIONARÁ** el fallo a fin de ordenarle a PROTECCIÓN S.A. la devolución de la totalidad de los rendimientos que se hubieren producido mientras administró la cuenta de ahorro individual de la señora **CLEOFE ISABEL MARÍN SOLANILLA** y que corresponde a todo el tiempo en que ha permanecido en el RAIS. Además, PROTECCIÓN y PORVENIR deberán devolver con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas de dinero que corresponden al tiempo en que la demandante ha permanecido vinculada al RAIS.

Del bono pensional

Respecto del bono, como quiera que la fecha estimada de redención normal de dicho instrumento data del 03-Dic-2026, se deberá **ADICIONAR** la providencia, a fin de ordenar comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí adoptada, además, la orden que en el evento de haberse pagado el bono anticipadamente a favor de la cuenta de ahorro individual, la AFP PROTECCIÓN S.A. deberá Restituir la suma que hubiese sido pagada por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente actualizada

a valor presente, debiendo cancelarse dicha indexación, con los recursos propios de dicha AFP.

De la imposición de costas.

Como quiera que se resolvió de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** se le 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: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia apelada y consultada, el cual quedará así:

“PRIMERO: Declarar ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por cuenta de la señora CLEOFE ISABEL MARIN SOLANILLA el 10 de octubre de 1995, que hizo del ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A. Asimismo, el traslado efectuado el 24 de junio de 2016 efectuado a PROTECCIÓN S.A.”

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, para **ORDENAR** a las AFP **PROTECCIÓN S.A.** la devolución de la totalidad de los rendimientos que se hubieren producido mientras administró la cuenta de ahorro individual de la señora CLEOFE ISABEL MARIN SOLANILLA y que corresponde a todo el tiempo en que ha permanecido en el RAIS. Además, las AFP **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** deberán devolver con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas de dinero que corresponden al tiempo en que la demandante ha permanecido vinculada al RAIS.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, para **ORDENAR** que se comunique a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí adoptada, a fin de retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la demandante se cambió de régimen y en el evento de haberse pagado anticipadamente el bono, la **PROTECCIÓN S.A.** deberá restituir la suma pagada por la OBP, debidamente indexada y con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: REVOCAR los numerales Cuarto y Quinto de la sentencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** 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: **fad3358b19bbb6c417a5eed296e6c8db30e391d1b802f62681c7b8578a43629**

Documento generado en 31/08/2023 04:01:02 PM

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