

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:	66001310500320220022501
Demandante:	PATRICIA CARVAJAL OLAYA
Demandado:	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia (31 de mayo de 2023)
Juzgado:	Tercero Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 148 DEL 19 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Hoy, veinticinco (25) 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 y COLFONDOS S.A. 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 **PATRICIA CARVAJAL OLAYA** contra la **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**, radicado **66001310500320220022501**.

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. 156

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

PATRICIA CARVAJAL OLAYA, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que hizo al RAIS efectuado a COLFONDOS 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 es docente de la Universidad Tecnológica de Pereira, en la Facultad de Ciencias Empresariales desde el 10 de octubre de 1994, que comenzó a laborar para una empresa privada en octubre de 1989 y desde ahí se afilió al RPM administrado por el ISS. Luego, se trasladó a COLFONDOS S.A. el 14 de septiembre de 1995, sin embargo, para el momento del cambio de régimen el asesor del fondo le dio información falsa e incompleta sobre las ventajas del traslado, pues le indicaron que la pensión que recibiría en el fondo privado sería más alta de la que recibiría en el RPM y que podría pensionarse de forma anticipada, pero no le hicieron proyecciones ni le advirtieron las consecuencias del cambio de régimen. En virtud de ello, solicitó ante COLPENSIONES el traslado, pero le fue negado debido a su edad.

3. Posición de las demandadas.

COLPENSIONES, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones argumentando que no le constan los hechos de la demanda porque son ajenos a su conocimiento y son actos emanados de terceros. Manifestó que el traslado de régimen de la demandante carece de vicios en el consentimiento, teniendo en cuenta que suscribió el formulario de afiliación de forma libre, voluntaria y sin presiones; sin embargo, en caso de resultar avante, solicitó de forma especial que se ordenara al fondo a pagar a título de sanción un cálculo actuarial por la expectativa de vida de la actora y sus posibles beneficiarios, pues COLPENSIONES es un tercero afectado y no tuvo ninguna participación en el traslado de régimen. Como excepciones propuso: **validez de la afiliación al RAIS, aceptación implícita de la voluntad del afiliado, saneamiento de una presunta nulidad, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas, genérica y declaratoria de otras excepciones.** (Anexo14)

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones e indicó que no puede tildarse de falsa o engañosa la manifestación de un asesor del RAIS en el sentido de indicar a un afiliado que puede obtener una pensión más alta que la que obtendría en el RPM y a la edad que escoja, por el contrario es perfectamente posible dada la esencia misma del Sistema de Ahorro Individual que pone en manos del afiliado la decisión respecto a su futuro a través de la planeación y el ahorro, planeación que obviamente implica ciertas actuaciones tales como mantener un nivel de cotizaciones constante no solo en tiempo sino en valor o efectuar cotizaciones voluntarias. En virtud de lo anterior, considera cumplió con el deber de información que le correspondía y en ese sentido, no es dable declarar la ineficacia del traslado. Como excepciones de fondo 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 de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.** (Anexo15)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: Declarar ineficaz el traslado de régimen pensional que se efectuó por cuenta de la señora PATRICIA CARVAJAL OLAYA, por omisión en la información como se explicó precedentemente.

SEGUNDO: Declarar que la señora PATRICIA CARVAJAL OLAYA se encuentra debidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida administrada actualmente por COLPENSIONES.

TERCERO: Ordenarle a la entidad COLFONDOS S.A. que proceda a remitir ante COLPENSIONES el capital en la forma que fue descrita en las consideraciones precedentes.

CUARTO: Ordenarle a COLPENSIONES que habilite la afiliación de la señora CARVAJAL OLAYA y una vez reciba la información procedente de COLFONDOS S.A., si es del caso, actualice la historia laboral de la demandante.

QUINTO: Declarar no probadas las excepciones de mérito que fueron planteadas tanto por COLFONDOS S.A. como por COLPENSIONES como se explicó precedentemente.

SEXTO: Condenar en costas procesales a la entidad COLFONDOS S.A. en favor del demandante y exonerar de esta carga a COLPENSIONES”

En síntesis, la 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 cumplió con el deber de información.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

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

COLPENSIONES Indicó que la ineficacia de traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema y que la actora adelantó el proceso por razones meramente económicas, lo cual, no es razón para declarar la ineficacia de un acto jurídico que es válido. Advierte que se le impone una carga a COLPENSIONES de un daño que no causó de una afiliada que no se interesó por retornar al RPM. Sin embargo, en caso de que sea confirmada, solicita que se adicione a la sentencia la condena al fondo del pago de un cálculo actuarial.

COLFONDOS señaló que para el momento del traslado la información que debían brindar las Administradora era muy general y no en la forma en la que se exige en la actualidad. Advirtió que según el interrogatorio de parte y los testimonios rendidos en juicio, se pudo constatar que el asesor del fondo sí otorgó la información al que la AFP estaba obligada, tal como la posibilidad de dar aportes voluntarios, de la pensión anticipada, entre otras,

circunstancias que llevaron al convencimiento de la actora para firmar de forma libre y voluntaria el traslado del régimen. Agregó que la demandante ha permanecido por más de 20 años en el RAIS y no hizo uso de su derecho al retracto; sin embargo, manifestó que no es dable efectuar la devolución de los gastos de administración por cuanto son emolumentos autorizados por la ley y las primas de seguros previsionales se encuentran en manos de un tercero que es la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte. Por último, debe también revocarse la orden de indexar los dineros que se deben enviar a COLPENSIONES.

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 01-07-1966. **ii)** El 14 de septiembre de 1995 se trasladó de COLPENSIONES a COLFONDOS. (fl.20, anexo15).

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 estadística de la Universidad del Valle con doctorado en educación con énfasis en estadística y en la actualidad es docente de planta de la universidad Tecnológica de Pereira. Manifestó que en el año 1995, en su trabajo el padre de una compañera estaba brindado asesoría para cambiarse a un fondo privado COLFONDOS, entonces varias personas de la oficina aceptaron la reunión. En dicha reunión colectiva el asesor les contó sobre los beneficios de afiliarse al fondo privado, les dijo que en el fondo público había mucha corrupción y estaba próximo a desaparecer, que en fondo privado sería mejor porque podría solicitar la devolución de todo lo ahorrado para montar un negocio y en virtud de ello, tomó la decisión de trasladarse. Aseguró que, luego del traslado inicial no recibió reasesoría por parte del fondo, que si bien es profesional en estadística no entiende los términos jurídicos y documentos ni extractos que le llegan mes a mes por parte del fondo privado. Finalmente, aseguró que no le indicaron sobre los aportes voluntarios que podría hacer, sobre la posibilidad de pensionarse anticipadamente, ni sobre los descuentos de gastos de administración y primas de seguros previsionales que se hacen sobre los aportes.

También se recibieron los **testimonios** de los señores Álvaro Antonio Trejos Carpintero y José Emilio Pacheco Homez.

El señor **Álvaro Antonio Trejos Carpintero** indicó que es estadístico de la Universidad del Valle y es cónyuge de la demandante, manifestó que su caso es parecido porque a todos los docentes les dieron la misma información sobre los supuestos beneficios y ventajas de trasladarse al fondo privado, pero al momento de preguntar por la mesada pensional resultó que la información brindada en la asesoría no era cierta, porque la mesada pensional es mucho más baja en el fondo privado; debido a ello, también está adelantando su proceso de ineficacia de traslado. Aclaró que no estuvo presente al momento en que se le brindó asesoría a su esposa; sin embargo, como cónyuges se cuentan todo y parecía una buena opción, además hizo el traslado al mismo fondo del que su esposa, en el año 2004 más o menos.

Agregó que su compañera Mireya también docente, alertó a todos los compañeros docentes que ganaba doce millones y se pensionó con dos millones aproximadamente, por eso muchos docentes decidieron retornar a COLPENSIONES.

Por su parte, el señor **José Emilio Pacheco Homez** que es pensionado en COLPENSIONES, que fue compañero de trabajo de la demandante, que en el año 1994 una compañera de la universidad tenía al padre trabajando en uno de los fondos privados y ofreció brindar asesoría sobre los beneficios de cambiarse al RAIS, les hablaron de los beneficios que tendrían en el RAIS, que se podrían pensionar cuando quisieran y que la mesada pensional sería más alta que la que recibirían en el RPM, además, el ISS iba a desaparecer. Agregó que les explicaron que el dinero de los fondos privados pertenecía al afiliado mientras que en el fondo público, eran dineros del sistema que “no se podían tocar”. Indicó que para la época no se dimensionó la importancia de no trasladarse, pero luego de que estudio derecho, entendió que el RAIS no les convenía, sin embargo, no le advirtió a la demandante porque no tenía contacto con ella. Por último, indicó que los asesores eran “*muchachas muy bonitas que ofrecían los servicios para trasladarse*” y en varias ocasiones se acercaban a las oficinas de la universidad.

Pues bien, contrario a lo que afirmaron las demandadas, 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.

Tampoco encuentra la Sala que con los testimonios rendidos en la audiencia, hubieren demostrado que el fondo privado sí brindó la asesoría completa y suficiente en los términos exigidos por la norma, puesto que, tal como lo indicaron los testigos, nunca se les hicieron proyecciones de las futuras mesadas pensionales que recibirían en uno y otro régimen, tampoco se les hizo una comparación de las diferencias y semejanzas entre el RAIS y el RPM, ni los requisitos para obtener el derecho pensional en uno y otro régimen. Tal como lo indican los llamados a juicio, el fondo privado se limitó a brindar la información incompleta sobre las características del RAIS y del RPM, haciendo mención solo de las ventajas de pertenecer a un fondo

privado. Lo cual, en ningún caso suple la obligación de asesoría y buen consejo que se les exige a las administradoras del fondo de pensiones.

Así pues, al analizar la totalidad del caudal probatorio bajo los parámetros ya traídos a colación, 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.

¿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 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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 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.

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 y COLFONDOS, se deberá confirmar la ineficacia declarada por la *a quo*.

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 COLFONDOS S.A. 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

² CSJ Sentencia SL1688-2019

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 COLFONDOS S.A. la devolución de la totalidad de los rendimientos que se hubieren producido mientras administró la cuenta de ahorro individual de la señora **PATRICIA CARVAJAL OLAYA** y que corresponde a todo el tiempo en que ha permanecido en el RAIS. Además, deberá 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, comoquiera que no se allegaron pruebas sobre el bono pensional, 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 que la actora tenga derecho al bono pensional y este se hubiere pagado el a

favor de la cuenta de ahorro individual, la AFP COLFONDOS 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** y **COLFONDOS S.A.** 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: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, para **ORDENAR** a las AFP **COLFONDOS S.A.** la devolución de la totalidad de los rendimientos que se hubieren producido mientras administró la cuenta de ahorro individual de la señora PATRICIA CARVAJAL OLAYA y que corresponde a todo el tiempo en que ha permanecido en el RAIS. Además, deberá 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 **COLFONDOS S.A.** deberá restituir la suma pagada por la OBP, debidamente indexada y con cargo a sus propios recursos.

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

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS 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: **9502f415dd7eacad009b26db277fca1f886e6cb254754e33036c248d495ba02b**

Documento generado en 25/09/2023 07:48:53 AM

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