



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Providencia	Consulta y apelación sentencia
Proceso	Ordinario Laboral
Radicación No	66001-31-05-003-2022-00177-02
Demandante	Zulia Mabel Campero Medina
Demandado	Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.
Juzgado de origen	Tercero Laboral del Circuito de Pereira.
Tema a tratar	Ineficacia de traslado – Asesora comercial del fondo

Pereira, Risaralda, veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)
Acta de discusión 150 del 22/09/2023

Vencido el término para alegar otorgado a las partes, procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira a proferir sentencia con el propósito de resolver el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 23 de febrero del 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido **Zulia Mabel Campero Medina** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.**

ANTECEDENTES:

1. Síntesis de la demanda, su contestación y crónica procesal

Zulia Mabel Campero Medina pretende que se declare la ineficacia del traslado que hizo del RAIS al RPM a través de Porvenir S.A., así como a ING, hoy Protección S.A. y, en consecuencia, que esta devuelva a Colpensiones todas sus cotizaciones y que esta última la acepte nuevamente como su afiliada; además, que se condene a las AFP al pago de las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que: i) nació el 10-01-1966; ii) en octubre del 1994 se afilió al RPM en razón de su vínculo laboral con Cooperativa Clínica Grama y cotizó hasta mayo de 1997; iii) el 03-06-1997 suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A.; iv) el asesor le dijo que en el fondo privado obtendría una mesada pensional más alta, que de no optar por su prestación le harían una devolución de saldos junto con el bono pensional; lo anterior, por cuanto el ISS estaba en riesgo de desaparecer; sin embargo, nada le indicó sobre las ventajas, desventajas, características e implicaciones de su cambio de régimen; v) posteriormente, se trasladó a ING, hoy Protección S.A. el 14-05-2009.

Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. se opusieron a las pretensiones elevadas por la demandante al considerar que esta firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación al RAIS.

Así, Colpensiones y Protección S.A. indicaron que al momento del traslado ella no era beneficiaria del régimen de transición por edad ni por tiempo de servicios; además, era improcedente su retorno al RPM al estar a menos de 10 años para pensionarse.

Por su parte, Porvenir S.A. explicó que el traslado inicial fue Porvenir S.A. el 03-06-1997 efectivo el 01-08-1997, posteriormente se pasó a ING hoy Protección S.A. el 14-05-2009 efectivo el 01-07-2009.

Todas las demandadas propusieron similares excepciones de mérito, entre otras, *“buena fe”* y *“prescripción”*.

2. Síntesis de la sentencia

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira declaró que el traslado de régimen pensional que se efectuó el 3 de junio de 1997 por cuenta de la señora Zulia Mabel Campero Medina es plenamente eficaz y, en consecuencia, negó la totalidad de las pretensiones.

Por último, condenó a la demandante a pagar a favor de las demandadas las costas procesales en cuantía equivalente al 100% de las causadas.

Como fundamento de tal determinación, la a quo consideró que del interrogatorio de parte absuelto por la actora se pudo extraer confesión respecto a que la decisión de trasladarse de régimen fue fruto de su decisión, como responsabilidad moral lo que quiere decir que fue netamente personal, no existió una introducción ni convencimiento ajeno, confesó que conocía de las oportunidades de retracto, del periodo de gracia otorgado por la ley y de las limitaciones de permanencia de los regímenes, lo anterior porque aquella trabajó para el fondo pensional como asesora comercial lo que le permitía conocer cómo funcionaba el Sistema General Colombiano y diferenciar el RPM y el RAIS, además hizo énfasis en que su decisión de no cambiarse de régimen obedeció a su ética; así la juez concluyó que las negaciones indefinidas plasmadas en la demanda fueron desvirtuadas por ella misma durante el interrogatorio de parte, siendo así en la elección de régimen para esa data se dieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar para tener información de certeza suficiencia y transparencia que edifican el consentimiento de la accionante.

5. Crónica procesal

La parte actora presentó recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia, recurso que en esta instancia se inadmitió por carecer de fundamentación en la sustentación del mismo.

6. Grado jurisdiccional de consulta

Como la anterior decisión, resultó adversa a los intereses de la demandante, se admitió el grado jurisdiccional de consulta ordenado por la *a quo*.

7. Alegatos

Los presentados por Porvenir S.A., Protección S.A. y la parte demandante guardan relación con los temas a tratar dentro de la presente providencia.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa

Pese a que esta Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993 y por ello en providencias anteriores como la proferida el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, entre otras, bajo la autorización emitida por las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 se había apartado del criterio expuesto por el alto tribunal al amparo de la autonomía judicial, para anunciar que cuando un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10º del Decreto 720 de 1994, lo cierto es que con ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por esa corporación con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó al Juez Colegiado para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado por ese Máximo Tribunal en los asuntos de ineficacia de afiliación, entonces y bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en completitud la posición que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para resolver el caso de ahora y los siguientes.

1. Del problema jurídico

Visto el recuento anterior se formula el siguiente,

¿Se probaron los supuestos fácticos para declarar la ineficacia de afiliación contemplada en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993, pretendida por la parte activa de la *litis*, con las consecuencias que ella apareja?

2. Solución al problema jurídico

2.1. De la acción de ineficacia

2.1.1. fundamento jurídico

Según la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y a partir de la interpretación que realiza de los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, cuando un trabajador se traslada de régimen pensional, con ocasión a la indebida información suministrada por parte de la AFP, entonces procede la acción de ineficacia con el propósito de que el trabajador recobre su vinculación al régimen anterior.

A su vez, la alta corporación ha formulado sub-reglas en relación con la carga probatoria, la aplicación de ineficacia a las personas amparadas o no con régimen de transición, entre otros temas, contenidas especialmente en las sentencias Rad. No. 31989 de 2008, SL4964-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, y que ha ratificado en los años siguientes, como se concreta en los siguientes razonamientos:

1. Tipo de acción que de que se trata: Cuando se expone en los hechos de la demanda la indebida o falta de información ofrecida a una persona al momento de cambiarse de régimen pensional, tal supuesto fáctico no se debe abordar desde la

institución de la nulidad del acto jurídico del traslado, sino de la ineficacia del mismo con base en los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993 por cuanto se violó por parte de la AFP el deber de información para obtener el traslado de quien estaba afiliado al RPM. **En ese sentido, la única sanción posible ante una afiliación desinformada es la ineficacia, figura que excluye de efectos el acto jurídico del traslado, y en tanto que nunca se produjo efecto alguno, entonces tampoco es posible sanearla por el paso del tiempo, como ocurre con las nulidades.**

De allí que, tratándose de la institución de la ineficacia y no de la nulidad, carece de aplicación la figura de la “*prescripción*” prevista en el artículo 1750 del C.C.; máxime que la acción de ineficacia es imprescriptible en la medida que tiene como propósito que se compruebe un hecho o se reconozca un estado jurídico, que no prescriben; contrario a los derechos y obligaciones que se derivan de su declaratoria, que sí prescriben; por lo tanto, los interesados pueden solicitar en cualquier tiempo que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, que además contiene un derecho a la seguridad social que es irrenunciable por orden constitucional – art. 48 de la C.N. - y por ello, el paso del tiempo en modo alguno elimina la posibilidad de acudir a la vía judicial.

2. Cumplimiento del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Es un deber que es exigible a las AFP desde la creación de estas entidades, porque “*las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios*”. Deber cuyo nivel de exigencia se elevó con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, en la medida que “*ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo*”, llegando

incluso a la exigencia de la doble asesoría prevista en la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N° 016 de 2016.

Concretamente frente al deber de información la pluricitada Corte Suprema desde el 09/09/2008 en radicado 31989 indicó que:

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. 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 (...) En estas condiciones el engaño, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”.

Luego, en decisión SL19447-2017 adujo que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”.*

Por último, en la sentencia SL-1688-2019 se sintetizó tal deber de información hasta antes del año 2009, como aquel en el que debe darse ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de este.

Al punto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia adujo que el deber de información es exigible téngase o no un derecho consolidado, un beneficio

transicional, se esté próximo o no a pensionarse; dado que la violación del deber de información se predica frente a *“la validez”* del acto jurídico de traslado.

3. Frente al formulario de afiliación: El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para darle eficacia al acto del traslado, pues ello no da cuenta de que haya sido, como se requiere en estos eventos, precedido de un *“consentimiento informado”*. Así, en palabras de la corte *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”* (SL1688-2019).

A su vez, la aludida Corte en decisión SL19447-2017 señaló que: *“en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario”*.

4. Frente a la negación indefinida y carga de la prueba: Cuando el afiliado alega que no recibió la información debida al momento de afiliarse, como ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, la carga de la prueba de que sí se brindó la información que correspondía se traslada a la AFP.

5. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia: Acreditada la falta de consentimiento informado corresponde declarar la ineficacia del traslado y como consecuencia de ello, para efectos de la concreción de los derechos pensionales reclamados, se debe imponer a la AFP en la que se encuentre afiliado la parte demandante la obligación de trasladar la totalidad del capital ahorrado *“junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses”*, *“sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales”*.

Asimismo, deberá devolver con cargo a sus propias utilidades los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, debidamente indexados (SL 2877 de 2020 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL2001 de 2021, SL 3477 de 2021, SL3571 de 2021).

De manera puntual, sobre las comisiones, recientemente la Sala de Casación Laboral Permanente de la Corte Suprema de Justicia, señaló que al declararse la ineficacia las cosas vuelven a su estado anterior, de ahí que la Administradora tiene que asumir el deterioro del bien administrado que no se hace de manera gratuita sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño, las cuales se descuentan de la cotización y del ahorro y que se encuentra autorizada al tenor del artículo 104 de la Ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 en concordancia con el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que reza: *“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”*.

Obligación que no solo recae sobre la AFP a la que se le declaró la ineficacia, sino también sobre las AFP en las que el demandante haya estado afiliado.

Al punto es preciso advertir que aun cuando el artículo 1746 del C.C. hace parte del título correspondiente a la nulidad, lo cierto es que la jurisprudencia ha desentrañado que sus consecuencias prácticas son las mismas de la ineficacia, porque *“el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás”* (SL1688-2019 y SC3201-2018).

6. Frente a los actos de relacionamiento: La Sala de Casación Laboral Permanente de la Corte Suprema de Justicia expuso esta teoría en la sentencia SL413 de 2018, en un caso a través del cual se solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del cónyuge supérstite y, en la que se estudió si por el solo hecho de la suscripción del formulario se podía entender la afiliación al sistema, toda vez que antes del fallecimiento del cónyuge se había trasladado a una AFP, pero ninguna cotización realizó a dicha entidad.

En esa oportunidad la Corte dijo que **“en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado”** (negrilla fuera del texto original) los aportes al sistema toman mayor relevancia, no como un requisito ad substantiam actus, sino como “una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existan dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen”; de ahí, que en materia de seguridad social se analice con mayor detalle la “intención real del trabajador” por encima de las formalidades.

Continúo diciendo que no solo los aportes son la única expresión de la voluntad, sino que también pueden serlo las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros actos de relacionamiento que permiten evidenciar esas acciones concretas del afiliado que

demuestran su adherencia al régimen y la voluntad inequívoca de permanecer en él; es decir, que haya correspondencia entre la voluntad del afiliado y la acción que ejecuta, que no quede duda de que la realidad “sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado”.

Además, “La afiliación -concretada mediante el diligenciamiento, firma y entrega del formulario- es un requisito legal vigente de acceso a las prestaciones del Sistema General de Pensiones. Ocurre, sin embargo, que hay eventos debatibles que presentan ciertas oscuridades que deben ser clarificadas mediante la aplicación del principio de la realidad sobre las formas y la interpretación actualizada de las normas jurídicas conforme a los parámetros constitucionales, lo cual, desde luego, no es un desafuero de la justicia sino una expresión de su deber de «garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución» (art. 2 CP)”.

Ahora, el Magistrado Gerardo Botero Zuluaga de la Sala Permanente de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL5205 de 2022 al revisar una ineficacia de la afiliación, en la que el Tribunal aplicó la teoría de actos de relacionamiento, señaló que tal postura era contraria a lo expuesto desde vieja data – rad. 31989 de 09-08-2008 – **en la medida que, una vez acreditada la ineficacia, el acto no se torna en eficaz por el solo hecho de que se produzcan traslados horizontales entre administradoras**, siendo enfática la Corte en indicar:

“Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto

bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado”.

Por lo que corrigió cualquier otro criterio vertido en ese sentido, en especial, el contenido en las sentencias SL3752 de 2020, SL4934 de 2020, SL1008 de 2021, SL 1061 de 2021, SL2439 de 2021, SL2440 de 2021 y SL2753 de 2021, “*por no encajar en la línea de pensamiento de la Sala de Casación Laboral permanente, única constitucionalmente facultada para unificar la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social”.*

Entonces, se reitera, los traslados horizontales entre administradoras no son suficientes para establecer que la asimetría de la información se superó, pero pueden existir otros actos que sí demuestren la verdadera intención del afiliado de permanecer en el RAIS, pero, en todo caso, se debe analizar si esa asimetría de la información desapareció o si por el contrario no fue superada con los actos que pudo exteriorizar el afiliado.

2.2. Fundamento fáctico

Auscultado el expediente, se tiene que la demandante nació el 10-01-1966 (pág. 1 del doc. 4 del c. 1); se afilió al RPM a través del ISS el 11-10-1994, como da cuenta la historia laboral de Colpensiones actualizada a 06-06-2022 (pág. 349 del doc. 14 del c.1), por lo que para el 01-04-1994 fecha en que entró a regir la ley 100 de 1993 no se había surtido su afiliación al sistema.

Luego, se trasladó de régimen a través de Porvenir S.A. el 03-06-1997 efectivo el 01-08-1997, posteriormente se afilió a ING hoy Protección S.A. el 14-05-2009 efectivo el 01-07-2009, como dan cuenta los formularios de afiliación y el certificado de Asofondos (pág. 64 del doc. 11; págs. 45 y 47 del doc. 12 del c.1).

De la documental también se extrae que la accionante tuvo un vínculo laboral con la AFP Porvenir S.A. como asesora a partir del mes de agosto de 1998, data

posterior a la del traslado de régimen a ese mismo fondo, posteriormente se evidencia que sostuvo vínculo laboral con la AFP Protección S.A. a partir del mes de julio del 2009, data en que se hizo efectivo su traslado a la misma administradora, lo anterior se desprende de la historia laboral aportada por los fondos demandados (Pág. 69 del documento 11 y pág. 49 del documento 12, C.01)

De otro lado, se tiene el interrogatorio de la demandante, donde adujo que se vinculó laboralmente con la AFP Porvenir S.A. en 1997, como asesora comercial, y la entidad le había dado una capacitación de dos días antes de iniciar labores sobre vinculaciones iniciales; especificó que la información que le brindaba a los posibles afiliados era *“sobre los beneficios que le brindaba el fondo, que era una cuenta individual de ahorro, que la rentabilidad, que se iba a pensionar con menos semanas, que de acuerdo a lo que ahorrara”*; adujo que nunca recibió una asesoría en el momento de su traslado pues la afiliación se dio por convencimiento propio de que si vendía un producto ella debía tenerlo; igualmente aconteció respecto de la afiliación a ING, ya que empezó a trabajar con esta AFP y debía seguir los lineamientos de la empresa, pues no podía estar con la competencia, pero aclaró que no fue coaccionada a suscribir el formulario sino que lo hacía por ética y coherencia de que si trabaja allí debía permanecer allí.

También manifestó que conoció sobre el periodo de gracia de los años 2004 -2005 para retornar al régimen anterior, pero que no hizo uso de él porque estaba vinculada con el fondo y sentía un “chaleco de fuerza” por fidelidad a la entidad. Por otro lado, informó que siempre ha laborado para los fondos, explicó que el traslado horizontal de Porvenir S.A. a ING, hoy Protección S.A. se dio por que su vínculo laboral con la primera de estas finalizó y cuatro meses después empezó a laboral con ING momento en el que se afilió al fondo por compromiso moral.

En ese sentido se tiene que contrario a la manifestado por la demandante en su interrogatorio, su traslado de régimen a Porvenir S.A. no acaeció en 1997 ni por motivo de su vinculación, pues de la historia laboral se desprende que el traslado

inicial fue el 07-06-1997, antes de su vinculación laboral con el fondo de pensiones Porvenir S.A, que lo fue en agosto del 1998; lo que quiere decir que al momento en que la actora inició a laborar con Porvenir S.A. ya estaba afiliada a dicho fondo, sin que se demostrara que el cambio de régimen pensional hubiere estado precedido del suministro de información a la actora, que era carga de la AFP, en concreto probar esos elementos de juicio que suministró a su potencial afiliada para que esta escogiera lo que mejor le convenía, por lo que dicho traslado es ineficaz.

Respecto a los formularios de afiliación y las historias laborales allegadas por Colpensiones, Protección S.A y Porvenir S.A. estas piezas procesales son insuficientes para dar por demostrado el deber de información idónea y completa que se requería entregar al potencial afiliado acerca de las implicaciones del cambio de régimen pensional; esto es, con sus características, condiciones, riesgos, consecuencias, para así acreditar una asesoría diligente y cuidadosa en la entrega de información y buen consejo.

Así, en sentir de nuestro órgano de cierre, dicha carga probatoria podría haberse alcanzado si, teniendo en cuenta el desenvolvimiento de una entidad financiera como las AFP y el tráfico normal de sus actividades, entonces éstas hubiesen dejado huella de cada uno de los deberes impuestos a su cargo, detallando y documentado cada uno de los pasos realizados para obtener la afiliación de un trabajador a ese nuevo régimen pensional en todo tiempo.

Luego, atendiendo las sentencias citadas debían las AFP demandadas entregar a la justicia pruebas que revelaran el cumplimiento fehaciente del deber impuesto para lo cual, si realizaron reuniones, entonces, allegaran el levantamiento de actas en las que se refleje el nombre de los instructores y asistentes, los temas tratados o desarrollados, las consultas absueltas, los niveles de satisfacción de tales respuestas a las consultas, etc.; pasos que se erigen como un hilo conductor, que lleven al juez el convencimiento de que al usuario se le dispensó la información adecuada y precisa, en aras de hacer la mejor elección.

Por otro lado, del traslado horizontal hacia la AFP Protección S.A. el 14-05-2009 se tiene que el mismo sí coincide con la fecha en que inició labores con la administradora como asesora comercial, mismo cargo que ostentó anteriormente con la entidad Porvenir S.A. y en los que según su relato le dieron capacitaciones sobre los fondos; igualmente manifestó que la decisión de permanecer afiliada al RAIS obedeció a su convencimiento y ética; además, que recibió extractos trimestralmente en los que evidenciaba los movimientos del mercado en cuanto a sus rendimientos financieros.

Ineficacia del primer acto de vinculación al RAIS que no desaparece por el eventual conocimiento de las características de los regímenes RAIS y RPM que pudiere tener la actora por el hecho de haber laborado como asesora comercial en fondos de pensiones privados, a los que se vinculó luego de su traslado inicial al RAIS; cargo que además para nuestra superioridad no da cuenta de que conociera con suficiencia las características, condiciones, requisitos y demás información necesaria para establecer que se trasladó de manera informada, pues en sentencia STL 7302-2023 llegó a esta conclusión respecto de la demandante de un proceso de ineficacia, que para el momento de su traslado inicial ostentaba el cargo de gerente de la AFP Colmena; en tal decisión nuestra superioridad también apuntó frente al tema de las capacitaciones que era irrelevante por cuanto la evaluación de la información otorgada por la AFP se hace al momento del traslado, y que tampoco se podía tener convalidada la información que pudo obtener con el paso del tiempo, pues como ha reiterado el órgano de cierre de esta jurisdicción dicho análisis se hace en el momento del acto jurídico y no con posterioridad.

En este orden de ideas, debe colegir la Sala que la parte demandada no cumplió con la carga de demostrar que le brindaron a la parte actora la información suficiente respecto a lo que más le convenía, a fin de que tomara una decisión razonada; dando a conocer las diferentes alternativas y efectos que acarrearía el cambio de régimen, así como las implicaciones de trasladarse, todo lo anterior en ejercicio del

deber de información y buen consejo que les asiste a las entidades administradoras, así tampoco sale avante el argumento expuesto por todas las recurrentes frente al cumplimiento del deber de información, el cual estaba en cabeza suya probar pues al tratarse de una negación indefinida la carga de la prueba se invirtió competiéndole a éstas demostrar que si cumplieron con el deber de información exigido a las AFP incluso desde el momento de su creación.

Frente a las excepciones de mérito propuestas por las AFP consistente en la imposibilidad de devolver los emolumentos como los seguros previsionales y cuotas de administración se advierte que las mismas, así como las cuotas de garantía de pensión mínima, son una consecuencia directa de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, institución a la que le es aplicable el artículo 1746 del C.C., que se ocupa de las restituciones mutuas y por ello se debe **devolver todo aquello que se recibió con ocasión al negocio jurídico, el cual nunca produjo efectos**; estudio que debe de hacerse de oficio por el juzgador en todas las especialidades y, por ende, proceder así a garantizar la sostenibilidad financiera, sin que genere una sanción a la AFP pues como lo dijo nuestra superioridad en sentencia SL1017 de 2022, tales sumas de dinero desde el nacimiento del acto ineficaz debieron ingresar al RPM, y por ende, eliminados los efectos del acto las cosas deben volver al estado como si el negocio no se hubiera celebrado y de ahí **se garantiza la sostenibilidad financiera**, pues se itera el dinero recibido por la AFP, es entregado a Colpensiones, para que a partir de este se puedan financiar las prestaciones que reconoce dicho régimen, mismos argumentos que se contraponen a la excepción de compensación y pago propuestas por las administradoras del RAIS que se entiende está dirigido a que no tienen obligación de devolver suma alguna; por lo expuesto no están llamadas a prosperar dichas excepciones.

La denominada falta de legitimación en la cusa por pasiva propuesta por Protección S.A. no está llamada a prosperar en razón a que al ser la administradora en la que actualmente se encuentra afiliada la demandante está llamada integrar el contradictorio por pasiva en tanto al prosperar la pretensión de ineficacia es quien debe liberarla de su base de datos de afiliados además de la obligación de trasladar a Colpensiones el dinero que exista en la cuenta individual de la demandante; misma suerte corre la excepción de ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio en tanto del escrito de demanda no se desprende pretensión alguna dirigida a la declaratoria de algún perjuicio.

Tampoco sale avante la llamada –Falta de oportunidad- dirigida a que la actora debió intentar retornar a Colpensiones antes de quedar inmersa en la prohibición de traslado de régimen cuando falten 10 o menos años para alcanzar la edad para pensionarse, ya que se dispone su retorno al RPM como consecuencia de la ineficacia por cuanto no produjo efectos el traslado al RAIS, por lo que no fue un traslado propiamente dicho, es decir, voluntario.

Y, de cara a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas ha decantado la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral que en los asuntos donde se pretende la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional no se puede afectar por el transcurso del tiempo, en la medida que la exigibilidad judicial de la seguridad social y dentro de ésta, del derecho a la pensión implica la posibilidad de solicitarlo en todo tiempo dado que el derecho a la seguridad social es irrenunciable y aunado a ello se trata de una pretensión meramente declarativa (CSJ SL2884- 2021), por lo dicho tampoco prospera este medio exceptivo.

Las restantes excepciones también se declararán no probadas con fundamento en los argumentos que sustentan la revocatoria de esta sentencia.

En suma, lo expuesto es suficiente para revocar la decisión de primera instancia para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante del RPM al RAIS a través de Porvenir el 03-06-1997 efectivo el 01-08-1997, e igualmente del posterior hacia ING hoy Protección S.A. el 14-05-2009 efectivo el 01-07-2009; en consecuencia, se ordenará a esta última AFP a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones, rendimientos financieros, valores que deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Entonces, se declarará que la demandante siempre ha estado afiliada al régimen de prima media, sin solución de continuidad, como si nunca hubiere estado afiliada al régimen de ahorro individual, en consecuencia, se ordenará a **Colpensiones** que proceda a activar la afiliación de la demandante en el RPM y a esta a recibir las sumas trasladadas por las AFP.

Igualmente, se condenará a Protección S.A. y Porvenir S.A. a trasladar los gastos de administración, valores utilizados en los seguros previsionales, los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, por el periodo en que estuvo vigente la afiliación.

En relación con el bono pensional tipo A modalidad 2 (que se causan con 150 semanas cotizadas al ISS o caja o cualquier fondo de previsión social una vez se traslade el afiliado al RAIS), se desprende de la historia laboral de Colpensiones que el mismo no se causó en tanto para la data de su traslado tenía apenas 5,29 semanas de cotización; siendo así no hay lugar a emitir orden en dicho aspecto (documento 13, página 346, del C.01).

CONCLUSIÓN

A tono con lo expuesto, se revocará la decisión de primera instancia para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante Zulia Mabel Campero Medina. Ante la revocatoria total de la sentencia de primer grado hay lugar a imponer costas en ambas instancias a porvenir SA a favor de la parte actora.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 23 de febrero del 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido **Zulia Mabel Campero Medina** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.**, para en su lugar:

1. **DECLARAR** no probadas las excepciones de mérito formuladas por Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.
2. **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante Zulia Mabel Campero Medina del RPM al RAIS a través de Porvenir el 03-06-1997 efectivo el 01-08-1997, e igualmente del posterior hacia ING hoy Protección S.A. el 14-05-2009 efectivo el 01-07-2009.
3. **CONDENAR** a la **AFP Protección S.A.**, a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones, rendimientos financieros, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

4. **CONDENAR** a la **AFP Porvenir S.A y Protección S.A.** a trasladar los gastos de administración, valores utilizados en los seguros previsionales, los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima por el tiempo de su vinculación, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados en relación con el tiempo en que tuvieron afiliada a la actora
5. **DECLARAR** que la demandante siempre ha estado afiliada al régimen de prima media administrado por la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, sin solución de continuidad.
6. **ORDENAR** a la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** que procede a activar la afiliación de la señora **Zulia Mabel Campero Medina** en el RPM y a recibir las sumas trasladadas por las AFP.
1. **CONDENAR** en costas en ambas instancias a **Porvenir S.A.** a favor de la parte actora.

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada Ponente

Aclara Voto

Con firma electrónica al final del documento

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Magistrado

Salvo Voto

Con firma electrónica al final del documento

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada

Con firma electrónica al final del documento

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Como es conocido por la sala que integro y únicamente con ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia STL4759-2020 en la que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en todos los asuntos de ineficacia de afiliación acogiera íntegramente la jurisprudencia emitida por ese alto tribunal, es que cuando he fungido como Magistrada Ponente o he integrado las otras salas de decisión de este tribunal, proceden las declaratorias de ineficacia de traslado realizado por la parte demandante del RPM al RAIS, y debido al grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se han adicionado, en algunos casos, las decisiones de primer grado para adecuar la devolución de dineros que la AFP debe realizar a Colpensiones.

En ese sentido, aclaro que las decisiones emitidas en ese sentido obedecen al respeto por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y al exhorto realizado en la citada decisión de tutela, pese a que en mi criterio y hasta la decisión que emití como magistrada ponente de la Sala de Decisión Segunda el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, amparada en las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 me había apartado del criterio de la citada Corte Suprema de Justicia que ahora solo rememoro brevemente para que, ante una nueva recomposición de la alta magistratura o un eventual cambio de criterio, aunado a la movilidad del pensamiento jurídico de nuestro país, puedan ser considerados en otro momento.

Así, a mi juicio cada vez que un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10º del Decreto 720 de 1994 – especialidad de la norma, sobre la general-, y no la ineficacia de la afiliación, puesto que esta última acción de ninguna manera contempla la omisión o error de información por parte de la AFP como el supuesto de hecho que debe probarse para dejar ineficaz un negocio jurídico, con fundamento en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93, pues allí

únicamente se contempló al empleador o cualquier otra persona afín a dicha calidad, como la única persona que puede infringir o coartar los derechos de libre escogencia del trabajador afiliado.

Además, en la exposición de motivos de la Ley 100/93 se señaló que el origen de esta norma devenía, entre otros, para ofrecer alternativas diferentes a los trabajadores colombianos en materia de pensiones, y por ello se creó el Sistema de Ahorro Pensional basado en la capitalización individual de las contribuciones de los trabajadores y empleadores, todo ello en razón a los nuevos mandatos constitucionales – art. 48 C.Po. – y la apertura económica que acaecía para la época, a través de la cual se permitió a particulares prestar servicios públicos; por lo que, resultaba desacertado interpretar que el legislador en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93 cuando se refiere al empleador o cualquier persona natural o jurídica, incluyó **tácitamente** a la AFP, pues de haber querido regular su comportamiento, explícitamente lo hubiera incluido como infractor de tal norma, pero no lo hizo.

Con la claridad anterior y teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 31 del Código Civil, ninguna persona podrá realizar analogías de leyes prohibitivas, todo ello para extender sus consecuencias a eventos que la norma no regula, entonces en tanto los artículos 13 y 271 de la Ley 100/93 contempla una sanción, no podrá hacerse símil alguno para derivar de allí, un sujeto que el legislador no contempló.

No puede obviarse el principio de interpretación del ordenamiento jurídico que exige la aplicación de la norma especial sobre la simplemente general, de manera tal que para el caso de ahora siempre deberá aplicarse el aludido Decreto 720/94, sobre las disposiciones generales contenidas en la Ley 100/93.

El precedente o doctrina probable de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia trasgrede la cláusula constitucional 90 y los artículos 2341 y 2343 del Código Civil, porque *“el Estado únicamente responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*, y por ello, obligar a Colpensiones al pago de las pensiones de los nuevos afiliados, con ocasión a los retornos al RPM debido a las declaraciones de ineficacias de afiliación, implica un grave detrimento de los legítimos intereses de todos los afiliados que fielmente han permanecido en el RPM, y que de no alcanzar con los aportes y rendimientos de los afiliados que constituyen un fondo común, deberá la nación con su patrimonio atender.

Este último argumento se encuentra en consonancia con las sentencias de constitucionalidad mencionadas por la parte accionante, específicamente la C-1024-2004 pues precisamente se impide que personas que cuentan con menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión retornen al sistema que abandonaron hace más de una década.

En conclusión, considero que otro es el camino que debe abrirse para efectos de resolver los procesos tendientes a obtener la ineficacia de afiliación al RAIS y por ello, válido es memorar la aclaración de voto realizada por el Magistrado de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ**, dentro del proceso No. 57458 para recordarnos que la obligatoriedad no es una característica propia de nuestra jurisprudencia, pues ésta en realidad se caracteriza por ser uniforme, continua y particular, de manera tal que cuando cambien las circunstancias que dieron lugar a tal uniformidad, entonces podrá abrirse una nueva respuesta a esta clase de asuntos.

En estos términos aclaro mi voto,

Sin necesidad de firma (Inciso 2° del artículo del Decreto 806 de 2020 y 28 del Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada

Firmado Por:

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 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 Salvamento De Voto**

**Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **aec9504e7152e4fe36700260d53fb9f656a1e083a392a8ef955a471c2832f61c**

Documento generado en 27/09/2023 08:53:18 AM

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