

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:	66001310500320190017101
Demandante:	MAURICIO SÁNCHEZ CÁRDENAS
Demandado:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia (29 de junio de 2023)
Juzgado:	Tercero Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 161 DEL 10 DE OCTUBRE DE 2023

Hoy, trece (13) de octubre 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 la demandada Colpensiones, Porvenir y Colfondos 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 **MAURICIO SÁNCHEZ CÁRDENAS** contra la **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, radicado **66001310500320190017101**.

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. 171

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

MAURICIO SÁNCHEZ CÁRDENAS, pretende se declare la nulidad de la afiliación que hizo a la AFP PORVENIR S.A. de la cual se produjo el traslado de régimen desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y los posteriores traslados a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. En consecuencia, solicita que se condene a COLPENSIONES a recibirlo nuevamente como afiliado cotizante y a las AFP a liberar de sus bases de datos a la parte actora haciendo el respectivo traslado de sus cotizaciones y rendimientos. Además, solicita se condene en costas y lo ultra y extra petita.

2. Hechos

En sustento de lo pretendido, relata que nació el 06 de enero de 1964, que se afilió al ISS para el 16 de marzo de 1995 y continuó cotizándose hasta agosto de 1998. Luego, suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A. el 04 de agosto de 1998, se cambió a COLFONDOS el 26 de abril de 2004 y a PROTECCIÓN en el mes de julio de 2007. Sin embargo, advirtió que ninguna de las AFP le brindaron la información completa, veraz y pertinente para efectuar el cambio de régimen pensional. Debido a ello, solicitó a COLPENSIONES el traslado, pero el 22 de febrero de 2019 le fue negado por encontrarse a diez años o menos para cumplir el requisito de la edad para pensión.

3. Posición de las demandadas.

COLPENSIONES, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones al considerar que el traslado se hizo conforme a derecho. Agregó que el demandante no arrojó elementos probatorios suficientes que conlleven a que se declare la ineficacia del acto jurídico de traslado de fondo pensional al RAIS. Finalmente, advirtió que el demandante no cumple con los requisitos para retornar al RPM. Como excepciones propuso: **caducidad, inexistencia de la obligación de traslado, prescripción y falta de legitimación.**

PROTECCIÓN S.A. señaló que se opone a la declaración de nulidad por omisión en la información y/o por inducción a error por parte de la Administradora, teniendo en cuenta que no existieron vicios en el consentimiento que deban recaer sobre la voluntad del actor porque no se configuraron las maniobras preterintencionales que le endilgan a la AFP. Como excepciones 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 de mi representada, 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.**

PORVENIR S.A. manifestó que el traslado del actor al fondo es un acto jurídico válido, en la medida en que aquel suscribió la correspondiente solicitud de vinculación a dicha AFP, de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría respecto a todas las implicaciones de su decisión, tal y como lo hace constar el demandante, al imponer su firma en la casilla correspondiente dentro del formulario de afiliación. Como excepciones presentó: **validez y eficacia 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, pago, compensación, prescripción, buena fe, innominada o genérica.**

COLFONDOS S.A. indicó que el traslado realizado por el actor obedeció a que se le brindó una asesoría de manera integral y completa, sobre el régimen general de pensiones, decisión que depende exclusivamente del cliente, pues es quien determina la conveniencia del mismo, luego de examinar los beneficios y desventajas de los diferentes regímenes pensionales o administradoras de pensiones, tal como ocurrió en el caso del demandante, quien luego de haber recibido la asesoría pertinente optó por trasladarse de manera, informada, libre y espontánea y sin presión alguna, como quedó consignado en la solicitud de vinculación. Como excepciones formuló: **inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de la afiliación, compensación y pago.**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Tercero Laboral Circuito de Pereira, resolvió:

“PRIMERO: Declarar ineficaz el traslado de régimen pensional que se efectuó por cuenta del señor MAURICIO SÁNCHEZ CÁRDENAS, el 4 de agosto de 1998 tal como quedó explicado en las consideraciones anteriores.

SEGUNDO: Declarar que el señor MAURICIO SÁNCHEZ CÁRDENAS 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. que actualmente tiene los aportes del demandante, que proceda a trasladar absolutamente todo lo que existe en la cuenta individual a su nombre ante COLPENSIONES en la forma que fue descrita.

CUARTO: Ordenarle a COLPENSIONES que proceda a habilitar la afiliación del señor MAURICIO SÁNCHEZ CÁRDENAS como su nuevo afiliado.

QUINTO: Autorizar a la AFP PROTECCIÓN S.A. para repetir respecto de las entidades AFP PORVENIR y AFP COLFONDOS de ser necesario, lo correspondiente al dinero que se debe trasladar en las condiciones ordenadas precedentemente.

SEXTO: Declarar no probadas las excepciones de mérito que fueron planteadas por las entidades que integran la parte pasiva de la acción con excepción de COLPENSIONES como se explicó.

SEPTIMO: Enviar a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA la actuación aquí surtida, de manera puntual, el interrogatorio de parte que fue absuelto por el señor MAURICIO SÁNCHEZ CÁRDENAS para que se inicien las acciones administrativas pertinentes a efectos de determinar la responsabilidad en que incurrieron la entidad Caja Promotora de Vivienda Militar, el Hospital de Meissen 2 nivel S, frente a la decisión de incorporar como afiliado a su trabajador en la AFP que ellas escogieron, para lo cual la secretaría del Juzgado remitirá las piezas procesales pertinentes.

OCTAVO: Requerir a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA para que informe los resultados de dicha investigación a este Juzgado remitiendo la Resolución que para el efecto se emita, como consecuencia de la misma.”

En síntesis, el juez de instancia dedujo con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que el caso debía de abordarse desde la ineficacia en sentido estricto al ser la razón la falta de información para la formación del acto; que dicha figura se aplica, independientemente de que sea o no el afiliado beneficiario del régimen de transición, siendo la AFP a quien le incumbe la carga de probar que, de acuerdo al momento histórico en que se formó el acto, cumplió con el deber de información; esto es, que le brindó información clara, cierta, comprensible y oportuna de las

características, riesgos, diferencias, condiciones, beneficios y consecuencias de ambos regímenes, sin que sea suficiente la sola suscripción del formulario de afiliación porque solo acreditan que existió un consentimiento más no que hubiese sido informado.

Indicó que los empleadores Caja Promotora de Vivienda Militar y el Hospital de Meissen 2 nivel S, le indicaron al trabajador el deber diligenciar los formularios de afiliación sin darle ninguna asesoría sobre el traslado de régimen pensional, vulnerando de esta manera la normativa que rige el tema de afiliación y el derecho de escogencia del afiliado.

En todo caso, señaló que los fondos también fueron negligentes porque no le brindaron información adicional al trabajador; por ende, no encontró que las AFP hubiese acreditado que informó debidamente al afiliado al momento del traslado; que solo arrió el formulario e historiales que resultaron ser insuficientes para acreditar que cumplieron con el deber de información.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión

El apoderado de **COLFONDOS** indicó que en este caso no se debía aplicar el precedente de la Corte Suprema de Justicia porque en el interrogatorio de parte el demandante indicó que ningún asesor de la AFP asesoró al trabajador al momento del traslado, pues el actor afirmó que fue el empleador quien le entregó los formularios de afiliación y sin ningún tipo de asesoría le indicó que se debía efectuar el traslado de régimen. Esta situación es diferente de la que se puso de presente en la demanda, donde se indicó que los asesores de los fondos faltaron a su deber de información y asesoría que les correspondía, lo cual quedó desvirtuado por el demandante en el interrogatorio. En ese sentido, manifestó que debe ser revocada la sentencia y absolver a la AFP que no tuvo injerencia en el proceso del traslado de régimen pensional. Asimismo, advirtió que en caso de mantener la decisión, se absuelva a la AFP del pago de los gastos de administración, primas de seguros y demás sumas de dinero ordenadas por la juez de primera instancia.

Por su parte, el apoderado de **PORVENIR** indicó que en este caso no se puede hablar de una ineficacia de traslado porque se evidenció que ninguno de los fondos intervino en el proceso de traslado de régimen del demandante, ya que, en su interrogatorio aseguró que las empleadoras donde laboró fueron las encargadas de entregar y diligenciar los formularios de afiliación. Advirtió que la Administradora no puede recibir al demandante en el RPM porque se encuentra dentro de la prohibición legal para ello, debido a su edad. Por lo anterior, solicita al Tribunal revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar, absuelva a PORVENIR de las condenas impuestas.

La apoderada de **COLPENSIONES** advirtió que la administradora no hizo parte del traslado de régimen y le exigen resarcir perjuicios que no causó, máxime cuando las AFP no efectuaron las proyecciones a las que estaban obligados. En todo caso, el actor no demostró un vicio en el consentimiento que generara la nulidad del traslado o la ineficacia, por lo que, ordenar su retorno a COLPENSIONES atenta contra la sostenibilidad financiera del régimen. Lo que debía hacer el demandante es adelantar un proceso de

resarcimiento de perjuicios y no una ineficacia de traslado. De esta manera, solicita la revocatoria de la sentencia.

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

IV. ALEGATOS

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

- (i) Establecer si había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.
- (ii) Había lugar a ordenar a la 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)** el demandante nació el 06 de enero de 1964 (fl1, anexo03). **ii)** El 04-08-1998 se trasladó de COLPENSIONES a PORVENIR, luego el 26-04-2004 se cambió a COLFONDOS, después el 31-05-2007 se trasladó a ING y por una cesión por fusión quedó afiliado a PROTECCIÓN el 31-12-2012. (fl. 46 anexo15). **iii)** Que la fecha de redención del bono pensional es del 06-01-2026. (fl.64, 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 de la documental adosada por la AFP que estuvo a cargo del traslado de régimen del demandante, ninguna prueba idónea presentó para demostrar que en la antesala de la decisión que tuvo el afiliado para migrar del RPM con PD, la AFP cumplió con su deber de información, esto es, dotando al reclamante de todo el conocimiento que requería para adoptar una decisión consciente, racional y ajustada a sus expectativas pensionales.

Ahora, a pesar de que la parte demandante signó el formulario del traslado, lo cual aceptó haberlo realizado de manera “*libre, voluntaria y sin presiones*”, de ello no se puede deducir que hubo un consentimiento o decisión de cambio de régimen debida y suficientemente informada cuando justamente a ese momento se careció del conocimiento necesario acerca de las características, ventajas, desventajas, condiciones económicas y del mercado, del funcionamiento diferenciado de los sistemas pensionales y de las consecuencias que podría acarrear su decisión, bajo la perspectiva de sus derechos pensionales, teniendo en cuenta que, era deber de 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.

Para auscultar si se cumplió con ese propósito, se escuchó **en interrogatorio a la parte demandante** en lo que respecta a la información que le antecedió a la decisión de trasladarse de régimen, refirió que ingeniero

en sistemas y trabaja como independiente me vinculo a la empresa y talento humano me presenta los formatos que debo firmar, el de PORVENIR, sin ninguna asesoría. En talento humano presentaron los formularios como requisitos para poder ingresar a laborar, en ningún momento recibí asesoría. Cuando se afilió a COLFONDOS surgió por orden del Hospital donde laboraba porque todos los trabajadores se afiliaron, firmó de manera libre y voluntaria, pero no existió ninguna asesoría o información sobre las ventajas o desventajas del cambio de fondo pensional. Cuando se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN el empleador le entregó los formatos de afiliación a ese fondo y decidió firmarlos. Manifestó que no tuvo ninguna doble asesoría

Pues bien, de dicho instrumento de prueba 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 solo probó que el formulario se suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones, pero no que cumplió con el deber de información.

Ahora, aunque el demandante hubiese afirmado que existió una participación de los empleadores Caja Promotora de Vivienda Militar y el Hospital de Meissen 2 nivel S, que lo llevó a firmar los formularios de afiliación a las AFP demandadas, no se puede deducir que hubo un consentimiento o decisión de cambio de régimen debida y suficientemente informada cuando justamente a ese momento se careció del conocimiento necesario acerca de las características, ventajas, desventajas, condiciones económicas y del mercado, del funcionamiento diferenciado de los sistemas pensionales y de las consecuencias que podría acarrear su decisión, bajo la perspectiva de sus derechos pensionales, teniendo en cuenta que, era deber de las AFP realizar un proyecto pensional, en donde se informara sobre las posibilidades de contar con un *quantum* ajustado a las expectativas en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y bajo una decisión claramente racional.

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, las AFP hubieren cumplido con el deber de información que les 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 las demandadas faltaron 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 **REVOCARÁN** los numerales SÉPTIMO y OCTAVO de la sentencia, pues dichas órdenes no resultan procedentes en el trámite de ineficacia de traslado y, como quiera que las empleadoras no fueron vinculadas como parte del proceso, dichas condenas vulnerarían el derecho al debido proceso de las entidades, pues no tuvieron la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradecir los dichos del actor y el fondo privado. En cualquier caso, de considerar necesario adelantar un proceso en su contra las partes deberán iniciarlo en un proceso diferente y ante la jurisdicción correspondiente.

Del mismo modo, se **REVOCARÁ** el numeral QUINTO que autorizó a PROTECCIÓN repetir en contra de las otras AFP, teniendo en cuenta que todos los fondos privados fueron vinculados al proceso ordinario laboral de ineficacia y como resultado de las pruebas decretadas y practicadas se verificó que ninguna de las entidades cumplió el deber de información que les correspondía; por ello, se declaró la ineficacia del traslado y se ordenó a cada una de las AFP, devolver directamente a COLPENSIONES los emolumentos recibidos como fruto de la vinculación del demandante y por el tiempo en que permaneció afiliado a ellas. En ese sentido, ningún deber de repetición recae en favor de PROTECCIÓN.

¿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 el demandante permaneció en el RAIS administrado por PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS, 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 inmerso 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, amén que si bien al momento del traslado se le hizo mención de algunas de las características del RAIS, nunca se le expusieron las diferencias con el RPM con PD y menos aún de los riesgos, consecuencias, requisitos de las diferentes modalidades de pensión y demás características que finalmente el demandante desconocía para adoptar una decisión debida y completamente informada.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia del afiliado 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 el actor 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 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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer. Dicha situación aquí no ocurre, por cuanto el demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionado.

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

Con todo, se deberá confirmar la ineficacia declarada por la *a quo* al no tener vocación de prosperidad los argumentos esbozados por las demandadas. Sin embargo, se deberá **ADICIONAR** la sentencia en el sentido de indicar que, también se declara la ineficacia de traslado efectuado el 26-04-2004 a la AFP COLFONDOS S.A., el 31-05-2007 a ING y el 31-12-2012 a la AFP PROTECCIÓN S.A.

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

Se percata la Sala que la juez de primera instancia omitió la orden a PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN de devolver los gastos de administración y demás emolumentos, puesto que, la consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado es que la afiliación se retrotrae al estado en que se encontraba, lo que implica que las AFP del RAIS deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, tal como lo dispone el artículo 1746 del C.C, incluidos los gastos de administración, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre otras, en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.»

Lo anterior implica que PROTECCIÓN tiene el deber de trasladar todos los dineros que por concepto de aportes y rendimientos se hubieren producido y que hacen parte de la cuenta de ahorro individual del accionante. Además, PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN deben retornar los valores que cobraron 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,

² CSJ Sentencia SL1688-2019

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 la orden de devolver dichos emolumentos en reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral, sentencia SL1017-2022 M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, expuso:

“... 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 del señor **MAURICIO SÁNCHEZ CÁRDENAS** y que corresponden a todo el tiempo en que ha permanecido en el RAIS. Además, PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN 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 el demandante ha permanecido vinculado al RAIS.

Del bono pensional

Respecto del bono, como quiera que la fecha estimada de redención normal de dicho instrumento data del 06-01-2026, 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.

Costas

Finalmente, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada que declaró la ineficacia del traslado de régimen y como se resolvió de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**, 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: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, para **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado el 26-04-2004 a la AFP COLFONDOS S.A., el 31-05-2007 a ING y el 31-12-2012 a la AFP PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, para ordenarle a **PROTECCIÓN S.A.** la devolución de la totalidad de los rendimientos que se hubieren producido mientras administró la cuenta de ahorro individual del señor **MAURICIO SÁNCHEZ CÁRDENAS** y que corresponden a todo el tiempo en que ha permanecido en el RAIS. Además, **PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN** deberán devolver a COLPENSIONES, 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 el demandante ha permanecido vinculado al RAIS.

TERCERO: ADICIONAR la providencia, 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 el 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 Quinto, Séptimo y Octavo 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, COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**, a favor de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA

Aclaro voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Aclaro 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: **4a8fa8e5a03033efeef04164242ec69be5848bcabca7e14b9d0caa4b961b3425**

Documento generado en 13/10/2023 08:00:01 AM

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