

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	66001310500220180041101
DEMANDANTE:	MARLEN RUBIANO AVELINO
DEMANDADO:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia 17-11-2020
JUZGADO:	Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen

APROBADO POR ACTA No. 191 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2021

Hoy, primero (01) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), 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**, proceden a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia de primera instancia, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones en la misma providencia, proferida el **17 de noviembre de 2020** por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **MARLEN RUBIANO AVELINO** contra **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**, radicado **66001-31-05-002-2018-00411-01**.

RECONOCIMIENTO DE PERSONERIA

Reconocer personería para actuar a la abogada Paula Andrea Murillo Betancur, con la cédula de ciudadanía número 1.088.307.467 de Pereira y tarjeta profesional No. 305.746 del CS de la J., actuando conforme a la sustitución otorgada por el representante legal de Conciliatus S.A.S., y en representación de Colpensiones.

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta Sala, conforme al artículo 15 del Decreto No. 806 de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, la cual se traduce en los siguientes términos,

S E N T E N C I A No. 108

I. ANTECEDENTES

1) Pretensiones

MARLEN RUBIANO AVELINO demandó a **COLPENSIONES** y a **PROTECCIÓN S.A.** con el fin que se declare la nulidad del traslado de régimen que hizo desde el RPMPD administrado hoy por **Colpensiones** hacia

el **RAIS** administrado por **Protección S.A.**, declarando como válida y vigente la afiliación en Colpensiones. En consecuencia, solicita se condene al fondo del RAIS a trasladar a Colpensiones cotizaciones, sumas adicionales, bonos pensionales y rendimientos, además de las costas y agencias en derecho.

2) Hechos

Los hechos sobre los cuales se edifican las pretensiones se sintetizan en que la señora **Rubiano Avelino** se vinculó al ISS desde el 12-02-1981, cotizando hasta 01-10-1996 cuando los asesores de Protección S.A. la visitaron a su sitio de trabajo para ofrecerle los servicios del RAIS.

En suma, se queja de no haber sido debidamente informada por cuanto la información otorgada se tornó parcializada en la medida que se le indicó que se pensionaría anticipadamente con un monto pensional mucho mayor; que el ISS se iba a acabar; que de no contar con beneficiarios perdería la pensión en el RPMPD en tanto que en el RAIS ésta pasaría a sus herederos o que de no querer pensionarse podría contar con la devolución del capital ahorrado y bono pensional; que los asesores omitieron información sobre los beneficios de cada régimen, consecuencias del traslado, tampoco se le informó sobre las posibilidades y limitantes para retornar al régimen público o de los periodos de gracia que se dieron, por lo que la AFP incumplió con su deber de información previo a la decisión de traslado de régimen pensional.

3) Posición de las demandadas

- Protección S.A.

Se opone a las pretensiones de la demanda y formula como excepciones las denominadas “prescripción, buena fe, genéricas, compensación, exoneración de condena en costas, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva, inexistencia de la fuente de la obligación, inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de la llamada a juicio, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”.

En su defensa, señala que la vinculación de la actora no adolece de vicio alguno al no haber existido maniobra fraudulenta por parte de la AFP; la decisión de traslado correspondió a una decisión voluntaria de la afiliada sin haber sido víctima de la omisión de información sin que además hubiese sido beneficiaria del régimen de transición, tampoco hizo uso de las posibilidades que tuvo para retractarse, de acogerse a los periodos de gracia que se dieron en los años 2003 y 2004 o que se hubiese regresado al RPMPD antes de la limitante de los 10 años previos a la edad mínima pensional.

- Colpensiones

Se opone a las pretensiones de la demanda, sosteniendo que no se evidencia engaño alguno que motive la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen; que la demandante signó el formulario de afiliación de manera libre,

voluntaria y sin presiones, por lo que su deseo fue pertenecer al RAIS por cuanto ha permanecido en él por varios años sin haber acudido directamente al ISS para comparar los regímenes pensionales y establecer cuál de los dos le beneficiaba y que de existir nulidad del acto jurídico de traslado, ésta se encontraría saneada por el paso del tiempo. Como excepciones formula: “validez de la afiliación al RAIS”, “saneamiento de una presunta nulidad”, “prescripción”, “imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “buena fe”, “imposibilidad de condena en costas”, “declarativas de otras excepciones”.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado 2° Laboral del Circuito de Pereira desató la litis en primera instancia mediante sentencia en la cual resolvió: **Primero:** declarar la ineficacia de la afiliación de la señora Marlen Rubiano Avelino, a Protección S.A., suscrita el 1 de octubre de 1996, que se constituyó en traslado de régimen pensional; **segundo,** Declarar que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el RPMPD, administrado en la fecha de traslado de régimen por el extinto I.S.S y en la actualidad por Colpensiones. **tercero,** Condenar a Protección S.A., a que efectúe el traslado a Colpensiones, de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, con sus respectivos rendimientos financieros, junto al bono pensional en el evento de existir, concediéndole para el efecto el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia. **Cuarto,** Condenar a Protección S.A., a realizar la devolución a Colpensiones del valor de los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales cobrados, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, para lo cual se le otorga el término de un (1) mes, contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia. **Quinto:** ordenar a Colpensiones, tener como vinculada sin solución de continuidad al RPMPD a la actora. **Sexto:** condenar en costas en un 100% a favor de la demandante, a cargo de Protección S.A.

Para definir la controversia, se basó en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de las normas aplicables al caso, por lo que reseñó que la institución jurídica aplicable era la ineficacia que también abarcaba la nulidad, ello en cuanto a que sus consecuencias eran idénticas y que se tornaba ineficaz el traslado de régimen cuando el potencial afiliado no tomaba la decisión con la suficiente información, lo cual era una obligación directa de las AFP.

Advierte que la carga de la prueba estaba en cabeza del fondo de pensiones con quien suscribió el formulario de afiliación y que conllevó al traslado de régimen y, a dicho momento, era obligatorio contar con un consentimiento informado, aspecto que no daba cuenta el solo formulario de afiliación, pues de él no se determinaba que hubiese estado precedido de una debida asesoría, de manera tal que la usuaria contara con toda lo necesario para entender la expectativa pensional, lo que se traduce en una información clara, suficiente y eficiente sobre los dos regímenes y no solo de los beneficios de la AFP.

Culmina, indicando que si bien la demandante refrendó el formulario de manera libre, voluntaria y sin presiones, lo cierto es que éste da cuenta de

un consentimiento más no que fue informado. En cuanto al interrogatorio a la demandante, refirió que no se provocó la confesión de un hecho de trascendencia que conllevara a establecer la debida información al momento de traslado de régimen y, en lo que respecta al formulario de reasesoría diligenciado años después por la actora, consideró que al constituir un acto posterior al acto jurídico atacado, si éste resulta ineficaz, el posterior no tiene la virtualidad de modificar la decisión porque no tendría efectos, aspecto que también sucede con los traslados horizontales porque la ineficacia que se deriva de la vinculación inicial no es subsanable con el paso del tiempo, máxime cuando nada impide que la afiliada pueda demandar el acto primigenio en cualquier momento.

Finalmente, refiere que la sola afirmación de no haber recibido una información completa, suficiente, clara y veraz correspondía a un supuesto negativo indefinido que solo podía ser desvirtuado por su contraparte procesal a través de prueba de acredite que cumplió con la obligación de informar y de obrar con toda la diligencia y cuidado, situación que en el presente caso al no lograrse conllevó a la declaratoria de ineficacia del contrato de afiliación.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión los apoderados de Protección S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

Protección S.A., expuso su inconformidad respecto de la **ineficacia** declarada al considerar que la demandante fue asesorada no solo al momento de traslado sino también con posterioridad a él, lo cual se confiesa en los hechos de la demanda, fueron ratificados en el interrogatorio de parte e incluso en el 2009 firmó un formulario de reasesoría explicando que lo suscribió porque le tocó, lo cual no podía ser cierto; que a pesar que no le convenía estar en Protección S.A., sin entender cuál era la confusión que tuvo decidió aplazar la decisión, sin tampoco existir claridad el por qué dejó pasar tantos años para tomar una decisión definitiva, por lo que a su juicio, la demandada cumplió con su deber.

Agrega, que la misma jurisprudencia del máximo órgano jurisdiccional al disponer el descuento de los diferentes emolumentos, como lo son los gastos de administración, eran decisiones por fuera del ordenamiento jurídico e iba en contra de los derechos que les asiste a las AFP, por cuanto ello era una contraprestación ordenada por la Ley y que era la que le permitía la obtención de los rendimientos a los afiliados, siendo ello contrario a las normas adjetivas y procesales, esta última, respecto de los principios de congruencia y consonancia porque se desbordaban las pretensiones.

Colpensiones en su alzada, solicitó la revocatoria del fallo considerando que la afiliación efectuada por la demandante fue válida al cumplir con los requisitos normativos por cuanto la decisión fue libre, voluntaria y sin presiones; que al ahora pretender la demandante era obtener una mesada mayor, ello implicaba que no acreditó el lleno de los requisitos al no ser beneficiaria del régimen de transición, tampoco cuenta con los 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 y adicionalmente, se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad mínima pensional, por

lo que al haber visto fallidas sus expectativas, no es posible que se hubiese engañado después de tantos años y por ello no puede alegarse la ineficacia.

Finaliza, que al no haber participado Colpensiones de la afiliación ni de las presuntas omisiones en que incurrió la AFP Protección S.A., por ello no se puede ver afectada recibiendo en calidad de afiliada a la aquí demandante.

Y, de confirmarse el fallo de primera instancia ante un evidente perjuicio del régimen de prima media con prestación definida administrado por pensiones debido a una descapitalización del fondo al recibir un nuevo afiliado vía judicial, solicitó a título de sanción, condenar a Protección S.A a pagar un cálculo actuarial equivalente al valor total de las mesada liquidada bajo los parámetros del RPMPD, teniendo en cuenta la expectativa de vida del demandante y la de sus beneficiarios, porque Colpensiones no podía verse afectado.

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

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante fijación en lista del **24 de agosto de 2021**, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

Colpensiones reiteró su solicitud de que fuera revocada la sentencia en la medida que la actora suscribió el formulario de afiliación al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones, además de existir imposibilidad de autorizar el traslado por estar la demandante a menos de 10 años para alcanzar la edad mínima pensional y que al ser el interés de tipo económico la acción que debió impetrar la parte demandante era la de resarcimiento de perjuicios y no la ineficacia. Agrega, que, de ser acreditada la falta del deber de información de Protección S.A., lo pertinente sería la imposición de multas correspondientes por parte del Ministerio del Trabajo.

Protección S.A., en sus alegaciones reiteró los argumentos del recurso de apelación y recriminó la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia porque a su juicio, favorece a toda costa a la parte demandante con la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, transgrede la Constitución y la ley, vulnera las normas de derecho sustantivo, normas del derecho adjetivo, desdibujan los principios generales del derecho y transgreden los derechos constitucionales de las A.F.P. como el derecho al debido proceso, derecho de defensa y los principios de congruencia y consonancia respecto de las condenas impuestas a las AFP de hacer la devolución de gastos de administración, seguros previsionales y de garantía de pensión mínima.

La parte **demandante** solicita se confirme la decisión adoptada por la A-quo reiterando que la AFP demandada no había demostrado que cumplió con el deber de información al momento del traslado de régimen y solicita, que se continúe dando aplicación del precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, el Ministerio Público no rindió concepto.

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

V. CONSIDERACIONES

La sentencia apelada y consultada debe **MODIFICARSE Y ADICIONARSE**, son razones:

De acuerdo con los recursos y alegatos presentados por las partes, el problema jurídico por resolver se centra en determinar si ha sido acertada la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante. De ser así, se deberá analizar las órdenes impartidas en la sentencia y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Sin discusión está que (I) **Marlen Rubiano Avelino**, nació el 31-10-1962 por lo que la edad mínima pensional corresponde al 31-10-2019 (pág. 32 y 221); (II) suscribió formulario de afiliación para el cambio de régimen con Protección S.A el **01-10-1996** (pág. 172 y 172); (III) De acuerdo con la historia laboral de Protección S.A., la fecha prevista para la redención del bono pensional corresponde al **31-10-2022** (pág. 44 y 192).

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 pronunciamiento efectuado en sentencia SL1452, rad. 68852 de 3 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral aclaró que esa falta de deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen.

En torno a la carga de la prueba, debe decirse que corresponde al fondo de pensiones ante quien se realizó el traslado, el acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, este es quien tiene los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que la AFP demandada en este caso no probó. No puede pretenderse que el 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 información brindada.

Ahora, del interrogatorio absuelto por la parte actora 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, a través de este medio probatorio, 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 como lo quieren hacer notar las demandadas en su alzada.

De hecho al ser interrogada la actora, informó que aún se encuentra laboralmente vinculada a la administración pública, con realización de aportes obligatorios al sistema pensional. En torno al cambio de régimen, rememoró que la empresa donde laboró todo lo contrataba con el grupo comercial Antioqueño, por lo que todo era con SURA, nómina con Bancolombia y las cesantías con Protección; que se les ofreció un aumento del 19% en su salario para pasarse a la AFP Protección S.A. y, aunque acepta que no fue obligada a adoptar la decisión, lo cierto es que la empresa tenía vínculos con dichas entidades y el asesor solo le ofreció beneficios; al respecto relata que todo se generó con una reunión individual que duró muy poco tiempo; que le hizo la afiliación y que la información que le suministró era que *“el ISS se acabaría; que la mesada sería superior si se pasaban al fondo privado; que se podía pensionar más joven o hacer un retiro anticipado de la pensión y que todos los beneficiarios tendrían mejores garantías”*. Insistió en que no fue debidamente asesorada porque la información resultó parcializada y en torno a los aportes voluntarios que hizo en 2017, refirió que la razón fue por los beneficios tributarios que ello conllevaba y respecto de la re asesoría en octubre de 2009, indicó que al no entender muy bien lo de la mesada lo que allí signó es que postergó la decisión.

Y es que, al analizar el caudal probatorio bajo los parámetros ya traídos a colación, se tiene que no existen elementos que permitan concluir que, durante el traslado de la parte actora, la AFP hubiere cumplido con el deber

de información que le correspondía, amén que el interrogatorio tampoco devela una confesión que denote que la accionante recibió una información completa, clara, suficiente y que le hubiese permitido a la demandante adoptar una decisión razonable.

Es que es notorio que la AFP demandada faltó a su deber de «información y buen consejo», pues omitió el informar a la parte demandante sobre las ventajas, desventajas, características, riesgos, posibilidades de pensión en cada régimen y demás aspectos que le permitiesen comprender claramente la conveniencia o inconveniencia de su decisión, condiciones que debió probar la AFP demandada pero no lo hizo, situación que se acompasa con lo lineado en las sentencias SL12136-2014 y SL4373-2020, entre otras.

Ahora, se considera que a pesar de que la demandante firmó el formulario del traslado, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado; teniendo en cuenta que era deber de la administradora realizar un proyecto pensional, en donde se informe el monto de pensión 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.

De otro lado, tampoco se podría pretender que se tenga como ratificación el tiempo en que el 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 que 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, la demandante desconocía para adoptar una decisión debida y completamente informada.

Ahora, como quiera que a folio 178 del expediente milita un formulario de re asesoría con data del 01-10-2009, al respecto es de indicar que al ser ineficaz la decisión de traslado de régimen, esto es, la afiliación primigenia al RAIS, de suyo, ningún efecto tienen los traslados horizontales entre las AFP, ni las re asesorías que realicen las AFP, en este último caso, la jurisprudencia ha dicho que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado (SL1688-2019).

En cuanto a la vinculación aportes voluntarios del 17-11-2016, huelga indicar que ellos se realizaron no porque fuera evidencia de un completo entendimiento y aceptación del RAIS al momento del traslado de régimen o que corresponda a una demostración contundente de haberse suministrado

una información clara, precisa y oportuna, pues en este caso, más allá de haber referido la accionante que dichos aportes se hicieron por razones tributarias, lo cierto es que los mismos se generaron cuando ya la demandante tenía vedada la oportunidad de retornar al RPMPD al estar dentro del margen de los diez años previos a alcanzar la edad mínima.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia del afiliado por más de 24 años, tampoco 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.

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 **01-10-1996**, 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.

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 al a AFP, situación que permite su retorno al RPM independientemente que se encuentre a menos de 10 años de cumplir la edad pensional, sin asistirle la razón a Colpensiones en el sentido de sugerir que tal circunstancia impide el retorno del actor 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 la parte demandada en tal sentido.

Así mismo, es de aclarar que la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia 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 ineficacia¹. 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, por tanto, ante el incumplimiento del deber de información en estos casos, la vía a seguir es solicitar la indemnización total de perjuicios, situación que no es el caso por cuanto la demandante aún continúa teniendo la condición de afiliada por ser trabajadora activa, según lo ratificó durante su interrogatorio y además, al ser requerida la parte

¹ CSJ Sentencia SL1688-2019

demandante de informar si ya estaba pensionada, de manera precisa su apoderada informó que no se encuentra disfrutando de pensión alguna.

En cuanto a la recriminación que se hace respecto de la aplicación de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, basta con decir que la Corte Constitucional frente al precedente vertical, ha indicado que son lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción, por lo que en materia de ineficacia, la línea a seguir ha sido la planteada por la Sala de Casación Laboral sin que encuentra ésta Sala razones suficientes para apartarse de ella en la medida que materializa el respeto de los principios de igualdad, el debido proceso y seguridad jurídica.

Respecto a la inconformidad planteada frente a la orden de devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, se ha de indicar que la consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado es que la afiliación se retrotrae al estado en que se encontraba, lo que implica que la AFP del RAIS deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C, incluidos los gastos de administración, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre otras, en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

Lo anterior implica que la AFP del RAIS 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 de los valores que cobró la AFP a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes destinados para el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, pues todos estos deberán ser abonados en el fondo común que administra Colpensiones y utilizados para la financiación de la pensión de vejez de la parte demandante (SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4141-2021, SL3611-2021, entre otras más).

Ahora, como quiera que se dispuso en el ordinal tercero el ordenar a Protección S.A. el trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado con sus rendimientos financieros, al igual que el “*bono pensional en caso de existir*”, debe precisarse que el disponer el traslado del bono pensional a Colpensiones, no se acompasa con los efectos de la declaración de ineficacia, la cual trae consigo el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes del traslado, por lo que, al continuar la parte actora afiliado al régimen de prima media con prestación definida, no se genera a su favor el bono pensional, por tal razón se modificará dicho ordinal en el sentido de excluir esta orden en particular, aclarando que la orden hacia

Protección S.A. será la de remitir la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual, con los respectivos rendimientos financieros producidos, ello con el fin de generar mayor claridad.

Con todo, la orden impartida a Protección S.A., deberá ser confirmada sin que tenga vocación de prosperidad lo alegado por dicha parte en el recurso de apelación.

De otro lado, teniendo en cuenta que la demandante ya arribó a la edad mínima pensional y que la fecha de redención normal del bono pensional data del **31-10-2022** (pág. 44 y 192), lo que se dispondrá es adicionar la sentencia en el sentido de ordenar a Protección S.A. comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión adoptada, para que, en un trámite interno y aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016, proceda a ejecutar todas las acciones necesarias para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional.

Frente a la solicitud de Colpensiones en el sentido de que a título de resarcimiento, se profiera condena en contra de las codemandadas, consistente en la realización de un cálculo actuarial equivalente al valor total de las mesadas pensionales, liquidadas bajo el régimen de prima media, teniendo en cuenta para ello la expectativa de vida del demandante y la de sus beneficiarios, al respecto debe decirse que, en tratándose de un caso de ineficacia, la jurisprudencia ya ha denotado cuales son las consecuencias de ello, aspecto que ya se trajo a colación en líneas atrás, por lo que cualquier otro aspecto de carácter resarcitorio que no hubiese sido debatido por conducto de la demanda, en la contestación o por reconvenición no puede ser considerado, razón por la cual no se puede acceder a tal petición, como tampoco a la generación de multas en contra de Protección S.A., en virtud de la ineficacia aquí debatida.

Con todo, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen y como se resolvieron de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Protección S.A y Colpensiones 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: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia para excluir la orden de trasladar a Colpensiones el “bono pensional en el evento de existir” y, con la finalidad de aclarar dicho ordinal, el mismo quedará así:

“**Tercero, CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a que efectúe el traslado a COLPENSIONES, de la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de Marlen Rubiano

Avelino, para lo cual se le concede el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN S.A., comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión adoptada, para que, en un trámite interno y aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016, proceda a ejecutar todas las acciones necesarias para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: CONDENAR en costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Protección S.A a favor de la parte demandante.

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
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Firma Con Aclaración De Voto

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 4 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:

**94ec6feebba6c50897754dbedba34d3910c256865f7e5610178bf4d382
32e4a2**

Documento generado en 01/12/2021 08:19:02 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**