

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: | 66001310500320190038001 |
| Demandante: | MARÍA FABIOLA GUISAO GAVIRIA |
| Demandado: | COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y DEPARTAMENTO DE RISARALDA |
| Asunto: | Apelación y Consulta Sentencia (21 de junio de 2021) |
| Juzgado: | Tercero Laboral del Circuito de Pereira |
| Tema: | Ineficacia de Afiliación al RAIS |

APROBADO POR ACTA No. 21 DEL 13 DE FEBRERO DE 2024

Hoy, diecinueve (19) de febrero de dos mil veinticuatro (2024), 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 los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN contra la sentencia de primera instancia, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de COLPENSIONES y el DEPARTAMENTO DE RISARALDA en la misma providencia, proferida por el Juzgado Tercero Laboral Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA FABIOLA GUISAO GAVIRIA** contra la **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **DEPARTAMENTO DE RISARALDA**, radicado **66001310500320190038001**.

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. 22

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

MARÍA FABIOLA GUISAO GAVIRIA, pretende se declare la nulidad de la afiliación por responsabilidad del empleador SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE RISARALDA, realizado el 01 de junio de 1995, a través de la cual se produjo el traslado de régimen desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S.A. En consecuencia, solicita que se condene a

COLPENSIONES a recibirla nuevamente como afiliada cotizante y a PROTECCIÓN S.A. a liberar de sus bases de datos a la parte actora y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones. Además, solicita el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con el retroactivo, intereses moratorios y de forma subsidiaria la indexación de las condenas. Finalmente, requiere se condene en costas.

2. Hechos

En sustento de lo pretendido, relata que nació el 05 de diciembre de 1960, que labora desde el 05 de enero de 1993 hasta la fecha al servicio de la Secretaría de Educación del Departamento de Risaralda, desempeñándose como Auxiliar Administrativa en la Institución Educativa María Reina del Municipio de Guática Risaralda. Que cotizó al Sistema desde el 05 de enero de 1993 hasta el 30 de mayo de 1995, cotizando un total de 123.71 semanas, sin embargo, fue trasladada por responsabilidad del empleador a PROTECCIÓN desde el 01 de junio de 1995, pero nunca firmó un formulario de afiliación a dicho fondo.

El 03 de abril de 2018 solicitó el traslado de régimen, pero le informaron que debía cumplir con el requisito de la doble asesoría por medio de llamada telefónica, sin embargo, al comunicarse a la línea telefónica le informaron que no podía trasladarse de régimen dado que se encontraba a menos de 10 años para la edad de pensión.

Posteriormente, presentó varias tutelas para conseguir el traslado efectuado por parte de su empleador y obtener la doble asesoría por parte de COLPENSIONES, sin que se accediera a las pretensiones. Finalmente, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a dicha Administradora, la cual fue negada por la no afiliación al RPM.

3. Posición de las demandadas.

COLPENSIONES, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones al considerar que la actora no se encuentra afiliada a COLPENSIONES, máxime cuando el traslado efectuado a PROTECCIÓN tiene plena validez. Como excepciones propuso: **Inexistencia de la obligación y prescripción.**

DEPARTAMENTO DE RISARALDA manifestó que se opone a las pretensiones de la demanda, toda vez que, no le asiste responsabilidad frente a la administración de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en pensión. Como excepciones propuso: **Falta de jurisdicción y competencia, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y genérica.**

PROTECCIÓN S.A., al contestar se opuso a lo pretendido por considerar que la afiliación de la actora se presentó de forma lícita y ajustada a derecho en la medida en que su voluntad fue totalmente consiente del acto de traslado y sus consecuencias jurídicas. Formuló como excepciones: **Genérica o innominada, prescripción, buena fe, 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 de mi representada,**

inexistencia de la fuente de la obligación, inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, entre otras.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Tercera Laboral Circuito de Pereira, mediante decisión del 21 de junio de 2021, resolvió: “**PRIMERO:** Declarar que la afiliación que se realizó respecto de la MARIA FABIOLA GUISAO GAVIRIA por cuenta del DEPARTAMENTO DE RISARALDA, Secretaría de Educación Departamental, ante el RAIS se torna nula por la inexistencia de la voluntad de la trabajadora en ese aspecto, tal cual se explicó precedentemente. **SEGUNDO:** Declarar que la señora MARIA FABIOLA GUISAO GAVIRIA hace parte entonces del régimen de prima media con prestación definida actualmente administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES. **TERCERO:** Ordenarle a la entidad AFP PROTECCION S.A. que proceda a remitir ante COLPENSIONES el detalle pormenorizado de las cotizaciones que se han efectuado por cuenta de la señora GUISAO GAVIRIA, junto con el capital que aparece en su cuenta individual, en los términos que se indicaron precedentemente. **CUARTO:** Advertirle a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES que una vez reciba la información procedente de PROTECCIÓN S.A., actualice la historia laboral de la demandante. **QUINTO:** Requerir a la demandante para efectos de que agote las acciones administrativas previas, luego de que COLPENSIONES reciba la información correspondiente a las cotizaciones, tendientes a la petición y reconocimiento de cualquier derecho de tipo pensional que crea tener a su favor. **SEXTO:** Declarar no probadas las excepciones de mérito que fueron planteadas por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y el DEPARTAMENTO DE RISARALDA, Secretaría de Educación Departamental. **SÉPTIMO:** Atender las excepciones que fueron planteadas por la AFP PROTECCIÓN S.A., en torno a que la vinculación de la señora GUISAO GAVIRIA era producto de la afiliación que había realizado el DEPARTAMENTO DE RISARALDA, Secretaría de Educación Departamental. **OCTAVO:** Condenar en costas procesales a la entidad DEPARTAMENTO DE RISARALDA, Secretaría de Educación Departamental a favor de la demandante en cuantía equivalente al 100% de las causadas. **NOVENO:** Exonerar de condena en costas procesales a las entidades AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.”

En síntesis, la Jueza de instancia señaló que al no existir un formulario de afiliación suscrito por la trabajadora ante la AFP Protección, la afiliación carece de validez y voluntad al momento del traslado, pues la actora no fue partícipe del acto del traslado realizado del RPM al RAIS, por lo tanto, la responsabilidad que recae en el empleador por realizar el traslado de forma errónea no puede afectar el derecho de la accionante. Por lo anterior, se dejó sin efectos la afiliación efectuada a Protección y se declaró que la actora se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones.

Respecto a la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, señaló que no es posible determinar dicha prestación, ya que no se cuenta con los elementos suficientes para determinar si la actora cumple con los requisitos que se exigen en la norma, tales como la densidad de semanas y la norma aplicable al caso concreto; por ende, solicitó a la actora realizar el requerimiento a Colpensiones una vez reciba los aportes y cotizaciones provenientes de Protección.

Con relación a la AFP Protección, indicó que cumplió con lo que le correspondía, es decir, recibir los dineros enviados por el Departamento de Risaralda y administrar la cuenta individual de la actora, por ende, no resulta ser responsable de la ineficacia del traslado. En cuanto a Colpensiones, consideró que no se trataba de un traslado sino de una situación que afectó los intereses de la actora y asumidos por la empleadora, por lo tanto, las excepciones de Colpensiones no guardan congruencia con el tema debatido.

Finalmente, sobre el Departamento de Risaralda, advirtió que no dio razones por las cuales trasladó a la actora del RPM al RAIS, por lo tanto, se le condenó en costas procesales a favor de la demandante, por haber generado el conflicto del caso y exoneró a las demás demandadas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconformes con la decisión los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. recurrieron la decisión, así:

PROTECCIÓN S.A. Informó que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, dado que, el traslado es exclusiva responsabilidad del empelador, por ende, lo que se debe ordenar es únicamente la devolución de los aportes y cotizaciones de la cuenta individual de la demandante.

COLPENSIONES, apeló la decisión y expresó que, existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados y no pueden ser señalados como inexpertos, teniendo en cuenta que efectúan actos de relacionamiento como cambio de claves, información de los rendimientos, traslados horizontales y el tiempo de permanencia en el régimen. Agregó que, el juez debe salvaguardar el principio de sostenibilidad financiera, por lo tanto, considera debe revocarse las condenas impuestas a Colpensiones.

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 y el Departamento de Risaralda.

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 nulidad de afiliación al RAIS.
- (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 y el Departamento de Risaralda.

Para iniciar, es de tener en cuenta que los siguientes hechos no presentan discusión: **i)** La demandante nació el 05 de diciembre de 1960 **ii)** Se efectuó la vinculación por responsabilidad del empleador, a la AFP Protección desde el 01 de junio de 1995. (fl. 31, archivo20).

Conforme a los anteriores referentes, pasa la Sala a desatar la alzada, en los siguientes términos:

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN.

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.

Una de las obligaciones enrostradas es 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 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 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).

RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR

En primer lugar, es necesario indicar que el literal b) del **artículo 13** de la ley 100 de 1993, dispone que los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el **artículo 271** prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, una sanción consistente en

multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación y la posibilidad del afiliado de realizar nuevamente esta de forma libre y espontánea.

Tales artículos disponen lo siguiente:

“ARTÍCULO 271. *El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa [...] La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.*

ARTÍCULO 13. *El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:*

[...] b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en la SL472 de 2023 explicó:

“De otra parte, la Sala no desconoce que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, regula las competencias sancionatorias y administrativas de los Ministerios del Trabajo y de Salud. Empero, bien ha explicado la Corte que ello no excluye la posibilidad de que en el marco del artículo 2 del CPTSS, el juez tenga en cuenta ese referente legal para adoptar decisiones de cara a la vulneración del derecho a elegir libremente el régimen pensional, pues no puede perderse de vista que, “lo que verdaderamente es importante para estos casos, es que en ella establece la consecuencia jurídica de la falta [al] deber de información [...] que no es otra que la afiliación queda sin efecto, lo que implica jurídicamente su ineficacia” (CSJ SL1499-2022).

(...) Se itera que el artículo 271 ibídem prescribe la ineficacia como consecuencia directa de la afectación de la libertad de escogencia de régimen, lo que hace innecesario acudir a otros instrumentos normativos, sin perjuicio de que, al no existir norma expresa que regule sus efectos y solo para ese propósito, se acuda al artículo 1746 del Código Civil, como lo ha enseñado la jurisprudencia de la Sala (CSJ SL4360-2019).”
(Negrilla fuera de texto)

Esa Corporación también ha explicado que la expresión libre y voluntaria que describe la norma necesariamente *presupone conocimiento* que se adquiere cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido, se ha entendido que no puede alegarse *«que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las*

Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

Del mismo modo, en sentencia SL3871 de 2021, la Corte Suprema de Justicia señaló:

*“(…) la sanción de ineficacia también encuentra respaldo en los artículos 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política (CSJ SL4360-2019). **En efecto, si se asume que existe un derecho básico de los trabajadores a recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional, se sigue que su vulneración debe encontrar respuesta en el artículo 53 de la Constitución Política y, especialmente, en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que refiere que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce efecto». Lo anterior, en armonía con el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, que expresamente involucra los principios mínimos fundamentales del trabajo en la interpretación y aplicación de las normas del sistema de seguridad social.**”*
(Negrilla fuera de texto)

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio la demandante pretende se declare ineficaz el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., teniendo en cuenta que el cambio de régimen pensional se dio por responsabilidad de su empleador la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE RISARALDA, realizado el 01 de junio de 1995.

1. Sobre el traslado del fondo “CASERIS” del Departamento de Risaralda a PROTECCIÓN S.A.

Por disposición normativa el Instituto de Seguros Sociales era el que administraba el régimen de prima media, pero también, era administrado por las diferentes cajas de previsión de orden nacional, departamental o municipal, generando un sistema pensional difuso y desorganizado, lo cual se terminó con la creación de la Ley 100 de 1993, que unificó la administración del sistema.

Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 las cajas de previsión de los departamentos, para este caso, el Departamento de Risaralda, también tenía la facultad de administrar el régimen de prima media, ello implica que cuando un afiliado había efectuado cotizaciones a esa caja se considera que la vigencia de su afiliación lo fue al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, por ende, la migración al Régimen de Ahorro Individual se traduce en un verdadero traslado de régimen pensional.

Esta circunstancia se asemeja a los casos en que los afiliados realizaron aportes a CAJANAL. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL4334-2021, SL4175-2021 y, recientemente, en la SL3031-2022, explicó:

“Pues bien, inicialmente debe destacarse que las Leyes 6ª de 1945 y 90 de 1946 crearon la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal- y el Instituto de Seguros Sociales, respectivamente. La primera normativa propició además la creación de un centenar de cajas de previsión a nivel territorial en los distintos departamentos, intendencias y municipios del país que no tuvieran organizadas instituciones de ese tipo (artículo 23).

Ello ocasionó que el sistema pensional fuera difuso, diverso y desorganizado, aunado a la gobernanza de distintos regímenes pensionales en los sectores de trabajo. En todo caso, las reglas pensionales, en términos generales, seguían el sistema de seguro social, característico de un esquema de prestación definida en proporción a la contribución del afiliado -prima media-, por lo que podía advertirse un sistema difuso administrado por el ISS y las diversas cajas o entes de previsión social.

La Ley 100 de 1993 pretendió unificar la administración del sistema y por ello dispuso que la cobertura progresiva de las contingencias de la seguridad social se administraría, por regla general, a través de dos regímenes pensionales, el de prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad.

Ahora, si bien el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 consagró que la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida recaía en el ISS, lo cierto es que con el fin de resguardar las expectativas pensionales de las personas vinculadas a las múltiples cajas, fondos o entidades de previsión, se les autorizó para continuar con la administración de dicho régimen «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley».

Bajo tales fundamentos jurisprudenciales, en el caso de la señora MARÍA FABIOLA GUIAO GAVIRIA y conforme al Certificado de Información Laboral expedido el 19 de febrero de 2019, se encontraba laborando para el DEPARTAMENTO DE RISARALDA desde el **05 de enero de 1993**, fecha en que comenzó a realizar aportes para pensión en la Caja de Previsión “**CASERIS**” administrada por el Departamento, hasta el **31 de marzo de 1995**. Posteriormente, se registra una afiliación al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, desde el **01 de abril de 1995 al 01 de marzo de 2013**. (fl. 103, anexo03)

A pesar de lo anterior, en el certificado de Asofondos (fl.31, anexo20) la demandante figura como afiliada al RAIS administrado por PROTECCIÓN desde el **01 de junio de 1995**. Información que coincide con los certificados de afiliación emitidos por el fondo privado (fl.55, anexo20) y con la historia laboral allegada por esa entidad (fl.34, anexo20). Asimismo, se encuentra que la historia laboral emitida por COLPENSIONES se reporta como “No Vinculado por Afiliación” y “Aporte Devuelto” (fl. 88, anexo32)

De manera que, se entenderá que la actora se encontraba afiliada al fondo pensional “**CASERIS**” desde el **05 de enero de 1993** y fue trasladada por su empleador a **PROTECCIÓN desde el 01 de junio de 1995**. Lo que permite concluir que, en efecto, se trata de un traslado de régimen pensional y bajo esas circunstancias debe analizarse la ineficacia del cambio.

2. Sobre la ineficacia del traslado por incumplimiento al deber de información por parte de PROTECCIÓN S.A.

Como se explicó con antelación, si bien es cierto que el traslado de régimen se dio con ocasión de la decisión del empleador DEPARTAMENTO DE RISARALDA, también es cierto que tal situación no exime al fondo privado de cumplir con el deber de información y brindarle al afiliado una asesoría completa, verídica y necesaria a la hora de efectuar la afiliación o posterior a ella. Y es que es la falta de asesoría la que deja sin efectos el traslado e implica jurídicamente su ineficacia. (CSJ SL1499-2022)

Aplicando los anteriores criterios al caso que nos ocupa, debe decirse que de la documental adosada por las demandadas, especialmente la AFP PROTECCIÓN S.A. que estuvo a cargo del traslado de régimen de la demandante, ninguna prueba idónea presentó para demostrar que cumplió con su deber de información, esto es, dotando a la reclamante de todo el conocimiento que requería para adoptar una decisión consciente, racional y ajustada a sus expectativas pensionales.

No se evidencia que el traslado se hubiere efectuado de manera libre, espontánea y sin presiones, pues la vinculación al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. se realizó por responsabilidad del empleador, sin consentimiento de la trabajadora y sin mediar información por parte de la AFP; es decir, no existió una asesoría al momento de la afiliación a dicho régimen pensional. De esta manera, se trasgredió el derecho de la afiliada a la libre elección en pro a sus intereses y expectativas pensionales.

Y es que, al analizar la totalidad del caudal probatorio bajo los parámetros ya traídos a colación, no existen elementos que permitan concluir que la AFP hubiere realizado la **reasesoría con posterioridad al traslado de régimen y antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad pensional**. De ahí es que es notorio que la demandada faltó a su deber de «*información y buen consejo*», pues omitió informar a la actora 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 debía probar la AFP pero no lo hizo, situación que se acompasa con lo lineado en las sentencias SL12136-2014 y SL4373-2020, entre otras.

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.

Ahora, no se puede pretender que se tenga como ratificación el tiempo en que la demandante permaneció en el RAIS, el hecho que no se hubiese retractado de su decisión o que no hubiese manifestado la intención de regresar al régimen de prima media, antes de encontrarse inmersa en la

prohibición de cambiarse de régimen, es decir, cuando faltaren menos de 10 años para acceder a la edad pensional, pues lo que se evidencia aquí es la falta de acompañamiento, y aún, ante el supuesto que esta tuviera presente dicha disposición, debe tenerse en cuenta que la falta de asesoramiento de la que fue objeto, no le permitía distinguir cual régimen era el que más le convenía, pues nunca presentó una solicitud de afiliación.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia de la afiliada por varios años, no son aspectos que derruyan las conclusiones a las que arribó la *a quo*, pues al tratarse de circunstancias ulteriores, no tienen incidencia alguna en los efectos asociados a la forma en que se ejecutó la afiliación primigenia con la cual se materializó el cambio de régimen pensional cuya ineficacia se debate en este proceso. Tampoco podría afirmarse que la actora efectuó actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad de pertenecer al RAIS por permanecer por más de 20 años en dicha AFP.

Además, es de recalcar, que la Sala de Casación Laboral ha indicado que **la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado**. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia. Sin embargo, dicho criterio es aplicable solo para el caso de afiliados, pues, en tratándose de pensionados, la alta Corporación ha definido en reciente sentencia (SL 373/2021), que la calidad de pensionada es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer. Dicha situación aquí no ocurre, por cuanto la demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionada.

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

Con todo, al no tener vocación de prosperidad los argumentos esbozados por COLPENSIONES y PROTECCIÓN, se deberá confirmar la ineficacia declarada por el *a quo* del traslado efectuado a la AFP PROTECCIÓN ordenando su retorno a COLPENSIONES.

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

Respecto a la inconformidad planteada por el fondo privado frente a la orden de devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, se ha de indicar que, aunque realmente no fueron ordenados por la *a quo* en la sentencia de primera instancia, se debían incluir los mismos en las condenas, teniendo en cuenta que la consecuencia de la declaración de ineficacia es que se deja sin efectos la misma, lo que implica que PROTECCIÓN deberá restituir a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la actora. También, tiene la obligación de devolver, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los gastos de administración, las cuotas

de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas de dinero que corresponden al tiempo en que la demandante ha permanecido vinculada al RAIS. Lo anterior, 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.»

Acorde con lo dicho, basta con traer a colación el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral, sentencia SL1017-2022 M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, así:

“... al declararse la ineficacia del traslado las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que las administradoras tienen que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)”.

Así las cosas, amerita confirmar las órdenes impartidas en la sentencia de primera instancia. No obstante, se **ADICIONARÁ** el fallo a fin de ordenarle a PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas de dinero que corresponden al tiempo en que la demandante ha permanecido vinculada al RAIS, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

4. Del bono pensional

Con relación al bono pensional, de las pruebas allegadas se quedó demostrado que la demandante cuenta con varias cotizaciones realizadas al fondo “**CASERIS**” administrado por el DEPARTAMENTO DE RISARALDA, por los aportes realizados entre el 05 de enero de 1993 y el 30 de mayo de 1995, día antes del traslado a PROTECCIÓN.

De modo que, como quiera que la *a quo* omitió pronunciarse al respecto se deberá **adicionar** la sentencia para ordenar la comunicación al DEPARTAMENTO DE RISARALDA de la decisión adoptada frente al bono pensional, para que, en un trámite interno proceda a ejecutar todas las acciones necesarias que le corresponden, en virtud de lo dispuesto en el literal b) del artículo 115 de la Ley 100 de 1993 y las demás que sean aplicables.

5. De la imposición de costas.

Finalmente, como se resolvieron de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PROTECCIÓN S.A** y **COLPENSIONES**, se les impondrá costas en esta instancia.

Por lo expuesto, **la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, para **ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas de dinero que corresponden al tiempo en que la demandante ha permanecido vinculada al RAIS, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

SEGUNDO: ADICIONAR la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de **ORDENAR** comunicar al Departamento de Risaralda de la decisión adoptada frente al bono pensional, para que, en un trámite interno proceda a ejecutar todas las acciones necesarias que le corresponden, en virtud de lo dispuesto en el literal b) del artículo 115 de la Ley 100 de 1993 y las demás que sean aplicables.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, 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 Goetz 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: **5fecdf9db78255d5fb144bc298a7902535ff677f3376e5e8fa8753329699930a**

Documento generado en 16/02/2024 10:05:36 AM

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