

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	66001310500220190017101
Demandante	Álvaro Rodrigo García Mendoza
Demandado	AFP Protección S.A. Porvenir S.A. y Colpensiones
Asunto	Apelación y consulta sentencia 25-11-2021
Juzgado	Segundo Laboral Circuito
Tema	Ineficacia de Traslado

APROBADO POR ACTA No. 141 DEL 06 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Hoy, doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2022), 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 contra la sentencia de primera instancia proferida el 25 de noviembre de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones en la misma providencia, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **ALVARO RODRIGO GARCÍA MENDOZA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y las **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, radicado **66001310500220190017101**.

RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA

Reconocer personería a la abogada MELISSA LOZANO HINCAPIÉ, con C.C. 1.088.332.294 y T.P. No. 321.690., abogada inscrita de la firma Tous Abogados Asociados S.A.S., en representación de los intereses de Porvenir S.A.

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta sala, conforme el 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. 105

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Álvaro Rodrigo García Mendoza aspira a que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que hizo al RAIS a través de Porvenir S.A., con el cual se produjo el traslado de régimen pensional y, en consecuencia, se le ordene el trasladar hacia Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos. Así mismo, solicita que se ordene a Colpensiones a recibirla nuevamente y se condene al pago de costas.

2. Hechos

Relata el demandante que nació el 20-05-1959; se afilió al ISS desde el 22-02-1980; se trasladó de régimen pensional hacia Protección S.A. (Colmena S.A.) el 28-03-1988; luego se trasladó entre AFP el 30-08-2001 hacia Porvenir S.A y, en mayo-2003 regresó a Protección S.A. Agrega, que en ninguno de los casos contó con asesoría.

3. Posición de las demandadas.

La demanda fue presentada el 24-04-2019 y fue admitida el 26-06-2019.

Colpensiones, al contestar se opuso a la prosperidad de la pretensión de ineficacia o nulidad de la afiliación, bajo el argumento que no se evidenciaba la existencia de engaño alguno o acto que evidencie motivo para que se declare el traslado como ineficaz o nulo, evidenciando que el accionante se trasladó en virtud de la libre escogencia. Excepciona *validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la genérica.*

Porvenir S.A., se resistió a lo pretendido al considerar que de haberse producido la nulidad de la afiliación ésta estaría saneada; que la afiliación primigenia es válida debido a que fue suscrito de manera libre, voluntaria y sin presiones, en tanto que los asesores comerciales de las AFP eran capacitados para garantizar la debida orientación y asesoría. Excepciona *validez y eficacia de la afiliación a Porvenir, inexistencia de vicios en el consentimiento, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y del pago al seguro previsional, pago, compensación, prescripción, buena fe y la genérica.*

Protección S.A., se resistió a lo pretendido al considerar que el demandante no fue objeto de las maniobras preterintencionales que se le adjudican, ni fue víctima de la omisión en la información al momento de mutar de régimen pensional; que el demandante fue consciente de su decisión porque fue un acto voluntario, aspecto que lo ratifica porque ha permanecido por varios años en el RAIS, sin haber hecho uso de la posibilidad de retracto o de los periodos de gracia, lo que significaba aceptación y conformidad con el régimen escogido. Excepciona *prescripción, buena fe, compensación, exoneración de condena en costas, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, falta de legitimación en la causa, ausencia de personería sustantiva por pasiva de Protección, inexistencia de la fuente de la obligación, inexistencia de causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esa entidad, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado, inexistencia de la obligación de devolver los descuentos destinados a seguro previsional y de las cuotas de administración y la genérica.*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de primer grado, al decidir la litis dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que conllevó al traslado de régimen del señor ALVARO RODRIGO GARCÍA MENDOZA, específicamente del RPM con PD administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por PROTECCIÓN SA. suscrita el 28 de marzo de 1998. por lo expuesto en las consideraciones. **SEGUNDO:** DECLARAR la ineficacia del traslado entre administradoras del RAIS. realizado por el señor ALVARO RODRIGO GARCÍA MENDOZA, concretamente el suscrito el 30 de agosto de 2001 de la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. a PORVENIR S A y el 20 de marzo de 2003. De la AFP PORVENIR S.A a PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. **TERCERO:** DECLARAR que para todos los efectos legales el señor ALVARO RODRIGO GARCÍA MENDOZA nunca se trasladó al RAIS y por tanto, siempre permaneció en el RPM con PD administrado en la fecha de traslado de régimen por el extinto ISS, y en la actualidad por "COLPENSIONES'. **CUARTO:** CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a que efectúe el traslado a COLPENSIONES, de la totalidad del capital existente en la cuenta individual del señor ALVARO RODRIGO GARCÍA MENDOZA con sus respectivos rendimientos financieros. Así mismo, a devolver a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados. el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobró al afiliado, así como de las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, durante el periodo que el demandante estuvo afiliado a ese fondo. Para dichos efectos, se le otorga el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia. **QUINTO:** CONDENAR a PORVENIR SA. a devolver a COLPENSIONES', con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados. El valor de las comisiones y cuotas de administración, así como de las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales. cobrados durante el periodo que el actor estuvo afiliado a dicho fondo Para el efecto, se le concede el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia. **SEXTO:** ORDENAR a COLPENSIONES tener como vinculado sin solución de continuidad al RPM con PD del señor ALVARO RODRIGO GARCÍA MENDOZA. **SEPTIMO:** ORDENAR que. por secretaria, se comunique el contexto de esta sentencia a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de haber emitido el bono pensional. proceda con la anulación del mismo mediante trámite interno, 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 833 de 2016. **OCTAVO:** CONDENAR en costas procesales en un 100% a favor del demandante a PROTECCIÓN S.A. **NOVENO:** Al encontramos frente a una sentencia adversa a los intereses de COLPENSIONES se dispone se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Para arribar a tal determinación, 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 tanto la nulidad se constituye en una de las causales de ineficacia y se tornaba ineficaz el traslado de régimen cuando el potencial afiliado no tomaba la decisión con la suficiente información, aspecto que era una obligación directa a cargo de las AFP, de acuerdo al momento histórico en que se produjo.

Refirió que el consentimiento debía estar precedido por una información que permitiera al aquí demandante la total comprensión, de lo que una Entidad Administradora de Fondos de Pensiones EAFP le informa, dentro de su expectativa pensional, lo que se traducía en meridiana claridad, eficacia, suficiencia y oportunidad en la misma, no solo sobre el régimen del cual hacía parte, sino igualmente de aquel que se le ofrece, no pudiendo existir

duda alguna frente a las ventajas o desventajas que éste tendría frente al otro régimen pensional.

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, en dicha época, era ya obligatorio contar con un consentimiento informado, aspecto que no daba cuenta el solo formulario de afiliación, porque de él no se determinaba que hubiese estado precedido de una debida asesoría, esto es, otorgando información clara, suficiente y eficiente sobre los dos regímenes, de manera que la usuaria contara con todo lo necesario para entender la expectativa pensional tanto del régimen del que hacía parte como de aquél respecto del cual se le estaba ofreciendo el traslado, debiendo advertir la AFP sobre los las ventajas, desventajas, riesgos, consecuencias y características de cada régimen, así como las variables que influían en la que sería la mesada pensional, por lo que se tornaba ineficaz el traslado de régimen y el posterior traslado dentro del RAIS.

En síntesis, el Juez de instancia, al analizar el caso concreto estableció la parte pasiva, específicamente la AFP con quien se hizo el traslado como aquella parte a quien le incumbía la carga de probar que cumplió con su deber de información, en este caso no lo encontró probado, pues ninguna acreditación se encontró de que se hubiese cumplido a plenitud con el deber de información.

Concluye, que, al estar frente a un caso de indebida asesoría, de aquellos que vician el consentimiento en el contrato de vinculación a una AFP, por ello le asistía el derecho al gestor de la acción a que se accediera a la declaración de ineficacia del contrato, por lo que la afiliación no produjo ningún efecto. Y, acotó que tal declaración conducía a la ineficacia de los actos posteriores como el traslado entre el RAIS, concretamente el 30 de agosto de 2001, de la AFP Santander hoy Protección S.A. a Porvenir S.A. y el 20 de marzo de 2003, de esta última a Pensiones Y Cesantías Santander hoy Protección S.A. De otro lado, aparejaba el regreso automático del demandante al régimen solidario de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones, pues a él pertenecía el demandante.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconformes con la decisión los apoderados de las demandadas recurrieron la decisión, así:

Porvenir S.A., Solicita la revocatoria de la sentencia, no estando conforme con la declaración de ineficacia en virtud de que quedó acreditado dentro del plenario que los formularios de afiliación dan cuenta del consentimiento libre, voluntario y sin presiones, frente a las entidades con las cuales se hicieron las afiliaciones. Indica que adicionalmente si el demandante fue objeto de presiones ello no le es imputable a las AFP del RAIS, en virtud de que fue el empleador presuntamente violó el derecho de libre escogencia del régimen pensional. Resalta que no es de recibo la ausencia de asesoría que se alega, al ser varias veces las que se presentó afiliación, máxime cuando se trata de un administrador de empresa que ha hecho parte del sector financiero, siendo entonces el actuar del demandante omisivo y descuidado.

Destaca que la única obligación que hubiera recaído contra dicha demandada sería la devolución de los aportes recibidos, los cuales ya fueron trasladados, con sus correspondientes rendimientos financieros, en su momento cuando se trasladó nuevamente a Protección S.A. Que, es así como

la declaración de ineficacia al traducirse en inexistencia de la afiliación debe conducir a tener como inexistentes los valores que fueron recibidos por Porvenir y no serían objeto de devolución concepto alguno. Que respecto los seguros previsionales surgen por orden legal y se giran a las aseguradoras previsionales del RAIS para que ante una eventual contingencia de invalidez o de sobrevivencia sean estas las que entren a cubrir las sumas adicionales, dicha orden va en contra del patrimonio económico de Porvenir y se constituye en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Que las cuotas de administración están consagradas legalmente y se constituyen en contraprestación a la AFP por haber hecho engrosar o rentar el capital depositado en la cuenta de ahorro individual del afiliado, la orden de devolución de estos se traduce en un enriquecimiento sin causa en favor del actor y en un detrimento del patrimonio de Porvenir S.A.

Protección S.A., De acuerdo con las pruebas practicadas dentro del proceso y el interrogatorio de parte del demandante, considera que su vinculación fue lícita, válida, eficaz y ajustada a derecho para el año 1998, cuando realizó su traslado de régimen a Colmena hoy Protección, en la medida en que su voluntad fue totalmente consciente del acto de vinculación, en cuanto a sus consecuencias jurídicas. Que posterior a eso, ha permanecido en el RAIS, por aproximadamente 23 años. Afirma que la asesoría prestada por Colmena fue suficiente, debiéndose tener en cuenta que toda la información se realizaba en forma verbal y personal y con la capacitación que para dicha época pudieron recibir los asesores. Que para la fecha de traslado se exigía además solo la suscripción del formulario de afiliación en forma libre y espontánea. Resalta como importante que el demandante no hizo uso del derecho al retracto, ni del traslado dentro del periodo de gracia en el año 2003-2004.

En cuanto a la condena a devolución de los gastos de administración, considera debe tenerse en cuenta que Protección durante muchos años ejecutó de manera diligente las actividades de cuidado y administración frente a los dineros obtenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, obteniendo a través de ellas una rentabilidad y beneficios a favor del actor, de tal manera que dicha devolución desconocería la labor desplegada por dicho fondo, además de transgredir la Ley ya que el descuento de dichas sumas obedece al cumplimiento de una orden legal y cuando en el ordenamiento legal no existe este tipo de sanción. Que igualmente se violaría el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, cuando es esta norma la que ordena que el 3.5% de los aportes se destinen para el fondo de solidaridad, el reaseguro con FOGAFIN, la prima del seguro previsional y un porcentaje menor como una contraprestación por la gestión de la AFP, comisión que se destina para el cubrimiento de los costos de operación, oficinas y canales de atención, y para el pago del salario y las prestaciones sociales de sus empleados. Solicita entonces se revoque la sentencia.

Colpensiones. Apela específicamente la ausencia de condena en costas a favor de Colpensiones por no haber intervenido dicha administradora en los traslados y asesorías, no teniendo forma de ejercer una defensa, jugando Colpensiones un papel pasivo que debe recibir un nuevo afiliado cerca a la edad pensional, con las implicaciones que a nivel presupuestal conlleva, por

lo que si se condena en costas a favor de Colpensiones podría ser parte del auxilio o alivio económico para seguir sosteniendo el RPM, máxime cuando no puede demostrar si hubo o no falta de información.

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 jurídica sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se tendrán en cuenta los alegatos que guardan relación directa con los temas debatidos.

Acorde con lo anterior, traslado del 28-04-2022, la parte actora y las demandadas Protección S.A. y Porvenir S.A. presentaron alegatos. Por su parte, Colpensiones guardó silencio y 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

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

1. Establecer si fue acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS.
2. De ser afirmativa la respuesta, se deberá determinar si hay lugar a ordenar a la AFP demandada, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de régimen pensional, el trasladar a Colpensiones además de las cotizaciones y rendimientos, la proporción que en su momento descontaron por concepto de gastos y/o comisiones por administración.
3. Determinar si hay lugar a condenar en costas de primera instancia a las AFPs demandadas en favor de Colpensiones.

Así mismo, se deberán analizar las órdenes impartidas en la sentencia y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Aunado a ello, se determina que los siguientes hechos no presentan discusión los siguientes aspectos:

- Álvaro Rodrigo García Mendoza, nació el **20-05-1959** (pág.1, archivo 4)
- El actor se afilio al **ISS** desde el **17-12-1984**
- El **28-03-1998** se trasladó de régimen hacia Colmena S.A – hoy **Protección S.A** -. el cual se hizo efectiva el 01-05-1998. [pág. 32, archivo 19].

- El **30-08-2001** estando afiliado a Santander S.A (Ing S.A hoy Protección S.A., se trasladó hacia **Porvenir S.A.** el cual se hizo efectivo el 01-10-2001 [pág. 34, archivo 15]
- El **20-03-2003** estando afiliado a Porvenir S.A, se trasladó hacia Santander S.A. (ING S.A) – hoy **Protección S.A** -, el cual se hizo efectivo el 01-05-2003 [pág. 34, archivo 19]
- El demandante al momento de traslado de régimen había aglutinado **891** semanas en el RPM con PD [Pág. 34, archivo 13]
- La fecha de redención normal de bono pensional estaba prevista para el **20-05-2021** [Pág. 8, archivo 4]

Desenvolvimiento del asunto planteado.

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, entre otras.

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).

Caso concreto: ¿Se acreditó el cumplimiento del deber de información?

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.

Aquí, es de traer a colación que el interrogatorio realizado al demandante informó que aún se encuentra activo laboralmente; que el traslado del Seguro Social a Colmena hoy Protección el 28 de marzo de 1998, se dio cuando se encontraba trabajando en el Banco Caja Social que pertenecen al mismo grupo Fundación Social; que le pasaron el formulario y lo firmó sin ninguna asesoría porque temía alguna terminación del contrato y ni siquiera lo leyó. Dijo que nunca tuvo asesoría; que luego el Banco le pasó formulario para trasladarse a Porvenir en el año 2001, ocurriendo lo mismo. En el mes de noviembre del 2018, cuando se retiró del Banco, pagó una asesoría particular donde le hicieron un comparativo entre el uno y el otro, dándose cuenta de que no era viable quedarse en el RAIS, y dijo no recordar si recibió extractos.

Obsérvese que de dicho instrumento de prueba 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.

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 deja al descubierto una confesión que denote que el accionante hubiese recibido información completa, clara, suficiente y que le hubiese permitido 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.

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 **1998**, 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.

Caso concreto: ¿La demandante se ratificó en su voluntad de permanecer en el RAIS?

Frente al tema, no se puede pretender – como lo insinúa Protección S.A. - que se tenga como ratificación el tiempo en que el demandante permaneció en el RAIS, los traslados horizontales que realizó entre AFP's o 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, 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.

Tampoco es un aspecto que sea de recibo, el hecho de que el demandante tenga un nivel académico profesional o que el empleador hubiese intervenido de alguna manera en la decisión adoptada por el trabajador porque tal aspecto no libera ni mucho menos excluye a la AFP de las obligaciones que le asisten de informar y orientar debidamente a sus afiliados.

Además, se ha de precisar que la permanencia del afiliado por varios años, no son aspectos que derruyan las conclusiones a las que arribó el Juez de

primera instancia, 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 propósito de lo anterior, 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 obediencia 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 [...] 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”.

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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia². Sin embargo, dicho criterio es aplicable solo para el caso de afiliados, pues, en tratándose de pensionados, la alta Corporación ha definido en reciente sentencia (SL 373/2021), que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer, situación que aquí no ocurre por cuanto el demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionada, pues recuérdese que durante su interrogatorio informó que continuaba como trabajador activo, sin que además obre en el expediente evidencia alguna de que estuviese disfrutando de una pensión otorgada por el RAIS. De manera que, al no obrar en el expediente prueba alguna que conlleve a afirmar que se está en presencia de un pensionado del RAIS, nada impide declarar la ineficacia.

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, pues ello no 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 Porvenir S.A. y Protección S.A

Caso concreto: Consecuencias de la ineficacia.

Establecida la ineficacia del acto, pasa la Sala a resolver el problema jurídico relativo a las órdenes impartidas a **Porvenir S.A.** y **Protección S.A.**, quienes recriminan la orden de devolver los valores que fueron cobrados a título de gastos y/o comisiones por administración, frente a lo cual, refiere que con ello se desconocen los efectos de la declaratoria de la ineficacia y va en perjuicio del dicha AFP.

Pues bien, para iniciar debe decirse 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's 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.»

² CSJ Sentencia SL1688-2019

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, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020) y por tanto 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).

Para reforzar lo anterior, se trae a colación el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral, sentencia SL1017-2022 M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, donde se dijo:

“... 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)”.

Es menester mencionar que si bien es posible que la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen podría repercutir la sostenibilidad financiera del fondo público, lo cierto es que esa sola eventualidad no se le puede atribuir al afiliado, pues ha sido la misma jurisprudencia del alto tribunal de esta Jurisdicción, la que ha lineado que lo que interesa en este tipo de asuntos, es que las AFP involucradas en la mutación de régimen pensional suministren al afiliado toda información a la que estaban obligados so pena de declarar ineficaz ese tránsito entre regímenes.

De allí, es que la corte ha indicado en este tipo de decisiones “*tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones,*

puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas” (CSJ SL2877-2020).

Con todo, es de concluir que no tiene vocación de prosperidad los argumentos planteados por Colpensiones en primer lugar, porque al disponerse el traslado de los valores cobrados por los fondos a título de gastos de administración y/o comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, además de los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado es suficiente para la financiación de la prestación pensional. Así las cosas, lo dispuesto por la Jueza de primera instancia deberá ser confirmada.

Al margen de lo anterior, al observar el ordinal cuarto de la sentencia, al haberse ordenado a PROTECCIÓN S.A., a efectuar el traslado de la totalidad del **capital existente en la cuenta individual** del señor ALVARO RODRIGO GARCÍA MENDOZA **con sus respectivos rendimientos financieros**, esa orden en particular debe aclararse porque lo que se ha debido ordenar es el traslado de **la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual** en la medida a que se entiende que en el concepto de capital ya se encuentran incluidos los rendimientos correspondientes.

Del bono pensional.

Como quiera que de acuerdo con la historia laboral al momento de traslado de régimen contaba con 891 semanas en el RPM con PD, lleva a concluir que a su favor se generaría el bono pensional tipo A, cuya fecha de referencia o de redención normal se estimó para el **20-05-2021**, aspecto que conlleva a concluir que la orden impartida por la *a quo* a través del ordinal séptimo si bien debe mantenerse, también debe complementarse en el sentido de **ADICIONAR** la sentencia disponiendo que, en el evento de haberse redimido y pagado el bono 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.

Finalmente, frente a la solicitud de Colpensiones en el sentido de imponer costas a su favor con cargo a los fondos del RAIS codemandados bajo el argumento que tal aspecto constituiría un “alivio para Colpensiones”, no es de recibo porque las costas procesales son consecuencia de las resultas del proceso a cargo de la parte vencida, en favor de quien formuló las pretensiones que salieron airoas, situación que no ocurre frente a Colpensiones y, más importante aún, el haber dispuesto que dichos fondos de pensiones le trasladaran a Colpensiones no solo los aportes y rendimientos, sino también los valores que cobraron a título de gastos de administración, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, debidamente indexadas, fueron la solución apropiada para financiar las prestaciones a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, razón por la cual, no prospera el recurso de Colpensiones en este sentido.

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, 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: ACLARAR el ordinal cuarto de la sentencia en el sentido de que Protección S.A. debe trasladar a Colpensiones **la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual** del señor Álvaro Rodrigo García Mendoza. En lo demás, se mantiene incólume lo allí dispuesto.

SEGUNDO. ADICIONAR la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, en el sentido de **ORDENAR** que, en el evento de haberse redimido y pagado el bono a favor de la cuenta de ahorro individual del accionante, 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.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., 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 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: **8c11b15d8077e8e1c7539b294806287024e9cc8a68ddb5bda134b0b5353005cd**

Documento generado en 12/09/2022 09:36:54 AM

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