

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	66001310500220190030801
Demandante	Herbert Oscar Leal Diaz
Demandado	AFP Protección S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones
Asunto	Apelación y consulta sentencia 8-02-2022
Juzgado	Segundo Laboral Circuito
Tema	Ineficacia de Traslado

APROBADO POR ACTA No. 145 DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Hoy, diecinueve (19) 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 8 de febrero de 2022, 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 **HERBERT OSCAR LEAL DIAZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y las **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, radicado **66001310500220190030801**.

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. 111

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Herbert Oscar Leal Diaz aspira a que se declare la nulidad de la afiliación que hizo al RAIS a través de Protección S.A., así como la que hizo hacia Colfondos S.A. y, en consecuencia, se le ordene a Colpensiones a recibirlo como su afiliado y a los fondos privados a liberar sus bases de datos y hacer el traslado de sus cotizaciones. Además, solicita se condene al pago de costas.

2. Hechos

Relata el demandante que nació el 9-mayo-1962; se afilió al ISS desde el 3-septiembre-1981; se trasladó de régimen pensional hacia Protección S.A. el 6-junio-1996; luego se trasladó entre AFP el 23-julio-2004 hacia Colfondos S.A. Agrega, que el asesor con quien se trasladó de régimen le aseguró que tendría una mesada superior al que podría llegar a tener en prima media; de no querer pensionarse al llegar a la edad podía solicitar la devolución de lo ahorrado junto con el bono pensional. En tanto que el de Colfondos S.A. le aseguró mayores rendimientos.

3. Posición de las demandadas.

La demanda fue presentada el 5-julio-2019 y fue admitida el 1-octubre-2019.

Colpensiones, al contestar se opuso a la prosperidad de lo pretendido, 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; 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.**

Colfondos 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 Colfondos, saneamiento de una eventual nulidad relativa, inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de trasladar el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, prescripción, buena fe, genéricas.**

Protección S.A., se resistió a lo pretendido al considerar que el demandante suscribió el formulario de afiliación al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones, siendo producto de su libertad de escogencia. Excepciona **inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe,**

prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, genéricas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

PRIMERO. DECLARAR INEFICAZ el traslado realizado por el demandante HERBERT OSCAR LEAL DIAZ, el 6 de junio de 1996, del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PROTECCIÓN S.A., por las consideraciones expuestas en esta providencia. **SEGUNDO.** ORDENAR a COLFONDOS S.A. que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones -SIAFP trasladar los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, incluidos los valores descontados de administración, debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y entregar el archivo del detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS. Acudiendo incluso a sus propios recursos conforme se señaló en la parte considerativa. **TERCERO.** ORDENAR a PROTECCIÓN S.A que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a trasladar los valores descontados de administración durante el tiempo de vinculación del accionante con esa entidad, debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Acudiendo incluso a sus propios recursos conforme se señaló en la parte considerativa. **CUARTO:** ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que una vez COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A. dé cumplimiento a lo ordenado en el numeral anterior, proceda a aceptar el traslado del demandante, del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, convalidando la información en su historia laboral. **QUINTO.** DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por las demandadas. **SEXTO.** CONDENAR en costas a la parte demandada PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A. y a favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente por cada entidad. No se imponen costas a cargo de COLPENSIONES. **SEPTIMO.** SE ORDENA la consulta de la presente sentencia ante la H. Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, atendiendo el contenido del art. 69 del CPTSS.

Para sinterizar, el Juez de instancia, se apoyó en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral para resaltar sobre el deber de información que les asiste a las AFP al momento de su traslado de régimen, atendiendo el momento histórico en que se produjo, correspondiendo la carga de la prueba a la AFP con quien se realizó el traslado de régimen. Al analizar el caso concreto, coligió que con material probatorio arrimado no se desprendía el cumplimiento de deber de información de la AFP al momento de traslado de régimen, carencia que conllevaba a la ineficacia del acto de traslado. En lo relativo a las cuotas de administración, ordenó que estas fueran retornadas a Colpensiones, debidamente indexados, conforme a la línea jurisprudencial aplicable.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

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

Colfondos S.A., recurrió la decisión bajo que argumento que a su juicio se había acreditado que la AFP brindó toda la información exigida para el momento histórico en que se produjo el traslado de régimen; para entonces no había obligación de hacer proyecciones pensionales o de documentar la asesoría dada; las afiliaciones fueron realizadas por el actor de manera libre, voluntaria y sin presiones.

Expone que existieron actos positivos o de relacionamiento por el accionante, como lo fue el traslado que hizo entre la AFP del RAIS, los aportes realizados y su permanencia por años, el no haber hecho uso de la posibilidad de retracto, del periodo de gracia, el hecho de no retornar al RPM con PD antes de estar en la prohibición de los 10 años previos al arribo de la edad mínima pensional, aspectos todos que denotaron su voluntad de hacer parte del RAIS.

Apuntó que al ser la inconformidad el valor de la mesada que podría tener no había razón para querer anular la afiliación porque se trataban de razones netamente económica, por lo que debió adelantar un proceso de resarcimiento de perjuicios.

Argumentó que, de aceptarse la pretensión de ineficacia, la única obligación que recaería en Colfondos S.A. sería el traslado de las cotizaciones y no los demás emolumentos ordenados. Sostiene que los gastos de administración y seguros previsionales no podían ser trasladados dado su fuente legal; los primeros, remuneraban la buena gestión de la AFP al obtener rendimientos sobre los aportes realizados por el afiliado y el devolverlos constituía un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones y, los segundos, amparan al afiliado frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia y los aportes de solidaridad pensional.

En cuanto a las costas indicó que al fondo actuó de buena fe y conforme a los postulados de ley.

Protección S.A., Recurrió la sentencia respecto de la orden de devolver los gastos de administración y demás, bajo el argumento que son de orden legal, tienen origen legítimo y más allá de las consecuencias del negocio jurídico; eran una devolución injustificada porque los rendimientos que se generaron en virtud de la gestión no le serian reconocidos por nadie, en tanto que se tenía imposibilidad de recobrar lo pagado por seguros previsionales y por tanto tendría que asumirlo con cargo a su propio patrimonio y ello generaría una vulneración al principio de igualdad, un enriquecimiento sin causa respecto del afiliado y Colpensiones y, por último afecta la estabilidad financiera del sistema.

Agrega que la condena en costas es improcedente porque la AFP no tenía fundamento legal para autorizar el traslado de régimen y por ello debía el afiliado acudir a la jurisdicción

Colpensiones, recurrió la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional al considerar que se cumplió con la normatividad vigente para la época; que la demandante firmó el formulario de manera libre, voluntaria y sin presiones y, como ahora lo pretendido era obtener un mayor beneficio pensional por lo que debió incoar fue una demanda de resarcimiento de perjuicios y no la de ineficacia. Además, sostiene que no era viable acceder al traslado pretendido por cuanto la demandante no era beneficiaria del régimen de transición y, adicional a ello, se debía tener en cuenta la prohibición de traslado cuando faltan menos de 10 años, para arribar a la edad mínima pensional, sin que tampoco pudiese obviarse que Colpensiones no participó del acto de traslado y en esa medida no podía ser afectada con la descapitalización del fondo.

Al respecto, solicita que a título de sanción se condene a Porvenir S.A a pagar a Colpensiones un cálculo actuarial equivalente al valor total de las mesadas liquidadas bajo el régimen de prima media, teniendo en cuenta la expectativa de vida del demandante y dependientes.

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, realizado el 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: (i) *Establecer si fue acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS;* (ii) De ser afirmativa la respuesta, se deberá determinar si hay lugar a ordenar 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 y, (iii) 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: (a) Herbert Oscar Leal Díaz, nació el **9-mayo-1962** [pág.220, archivo 19]; (b) El actor se afilio al **ISS** desde el **3-septiembre-1981** [pág.220, archivo 19]; (c) El **6-junio-1996** se trasladó de régimen hacia **Protección S.A** -. el cual se hizo efectiva el 01-agosto-1996. [pág. 14, 29 archivo 4 y pág. 17-19, archivo 15]; (d) El **23-julio-2004** estando afiliado a Protección S.A., se trasladó hacia **Colfondos S.A.** el cual se hizo efectivo el 1-septiembre-2004 [pág. 119 y 127, archivo 21]; (e) El demandante al momento de traslado de régimen había aglutinado **688.14** semanas en el RPM con PD [Pág. 228, archivo 19]; (f) La fecha de redención normal de bono pensional **tipo A, modalidad 2, versión 1**, está prevista para el **9-mayo-2024** [Pág. 30, archivo 4 y 106-108, archivo 21].

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 en aquellos casos en que 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 raditaciones

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 en el Fondo Nacional del Ahorro; memoró que al momento de traslado de régimen le fue afirmado por el asesor del RAIS que debía de trasladarse inmediatamente porque el ISS se iba acabar y perdería todo; reiterando lo relatado en el libelo introductorio destacando que no se le hizo ningún tipo de asesoramiento sobre ventajas, desventajas o comparativos porque fue escaso lo informado; aceptó haber firmado el formulario voluntariamente; que no hizo uso de la posibilidad de retracto, de los periodos de gracia o de haberse trasladado antes de estar inmerso en la prohibición de los diez años previos a pensionarse por desconocimiento y tampoco fue asesorado sobre ello; que de los extractos que recibe de Colfondos S.A. solo revisa que los aportes se los hubieren realizado.

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 **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.

Significa lo anterior que no le asiste la razón a Colfondos S.A. y Colpensiones en sus posiciones porque, se itera, es claro que, durante el traslado de régimen del demandante, la AFP no cumplió con el deber de información y ello, no se suplía con la simple suscripción del formulario de afiliación como se explicó.

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

Frente al tema, no se puede pretender – como lo afirma Colfondos S.A. - que se tenga como ratificación el tiempo en que el demandante permaneció en el RAIS, el traslado horizontal 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.

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 los actos de relacionamiento, 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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 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 cartulario 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 y tampoco la acción la acción impetrada resultó equivocada, por lo que no le asiste la razón a *Colfondos S.A. y Colpensiones* en sus alzas.

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 Colfondos S.A. y Colpensiones.

Aquí, es de indicar que si bien se declaró ineficaz la afiliación con que se produjo el traslado de régimen, se hace necesario adicionar el **ordinal primero** de la sentencia para indicar que sin efectos quedó el traslado horizontal que el actor realizó a través de la afiliación del 23-julio-2004 con **Colfondos 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 **Colfondos 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.

² CSJ Sentencia SL1688-2019

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.»

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, 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 tener repercusiones financieras, 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 hecho, frente a este tipo de decisiones, la corte ha planteado que ello *“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).

A propósito, es de indicar que frente a la solicitud de Colpensiones de disponer a título de sanción, que se profiera condena en contra de la codemandadas para disponer *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, las consecuencias de ello ya fueron denotadas en líneas precedentes y, 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 es viable tal petición.

Con todo, es de concluir que no tiene vocación de prosperidad el argumento planteado por las AFP recurrentes, siendo por tanto adecuado y suficiente, el disponer el traslado de los valores cobrados por el fondo a título de gastos de administración y/o comisiones, pero además, deberán ser incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, aspecto que se **adicionará conforme al grado jurisdiccional de consulta** en la medida que la orden dada en la sentencia a través de los ordinales segundo y tercero, deberán ser complementadas pues solo ordena *“trasladar los valores descontados de administración, debidamente indexados”*.

A propósito, al revisar el ordinal segundo se dispuso:

SEGUNDO. ORDENAR a COLFONDOS S.A. que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda

a normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones -SIAFP trasladar *los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses (...)*

Como se observa, dicho ordinal deberá ser modificado porque: **a)** 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(a) al régimen de prima media con prestación definida, no se genera a su favor el bono pensional, por tal razón se deberá excluir esta orden en particular; **b)** la orden de trasladar las sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, resulta difusa debido a que no es adecuado ordenar trasladar las sumas adicionales porque no se está frente a un pensionado y, los rendimientos corresponden a los mismos frutos e intereses y en ese orden, correspondería al mismo saldo de cuenta de ahorro individual. Por lo tanto, se modificará limitando la orden a trasladar la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual.

Del bono pensional.

Como quiera que de acuerdo con la historia laboral al momento de traslado de régimen contaba con 688.14 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 estima para el 09-mayo-2024, aspecto que conlleva a concluir que se deberá adicionar la sentencia en el sentido de impartir la orden de comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí 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 parte demandante se trasladó de régimen pensional.

Costas de primera instancia

Frente al reproche sobre la imposición de costas procesales que hicieron Protección S.A y Colfondos S.A, debe advertirse que éstas son consecuencia de las resultas del proceso, donde la AFP al resultar vencida procede su imposición, al tenor del artículo 365 del C.G.P. Ello implica, que no tienen asidero los argumentos esbozados por Protección S.A. consistente en que la AFP cumplió con la ley y que actuó de buena fe, lo cual no se constituye como una excepción para exoneración de la condena impuesta. Así las cosas, no hay lugar a modificación alguna de la decisión respecto de dicha AFP. En cuanto a Colfondos S.A., le asiste la razón en su absolución teniendo en cuenta que no fue dicha AFP quien no participó en el traslado de régimen del demandante y por tanto en la omisión de información que se estableció en esta contienda, por tal razón se le absolverá de la condena en costas de primera instancia.

Finalmente, no puede desconocer la Sala que el fallador de instancia fijó erradamente las agencias en derecho en la sentencia objeto de estudio, ya que según prevé el artículo 366 del Código General del Proceso dicha etapa procesal se dispuso una vez ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o se notifique el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior. Así las cosas, con el fin de proteger los derechos de contradicción y defensa de las partes procesales, que en este aspecto solo pueden ser ejercidos frente al auto que aprueba la liquidación de costas, se excluirá del ordinal sexto de la providencia recurrida la fijación de agencias en derecho.

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, a quienes se les impondrá costas en esta instancia. En cuanto a Colfondos S.A. al haber prosperado el recurso de manera parcial, en esta instancia no se le impondrán costas.

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 el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia, dejando sin efectos el traslado horizontal que el actor realizó a través de la afiliación del 23-julio-2004 con Colfondos S.A.

SEGUNDO: MODIFICAR para aclarar y adicionar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia, el cual quedará así:

“**SEGUNDO.** ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. que proceda a remitir ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del afiliado HERBERT OSCAR LEAL DÍAZ.

De igual forma, Colfondos S.A. deberá restituir a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas de dinero que corresponden al tiempo en que el demandante ha permanecido vinculado a dicha administradora del RAIS”.

TERCERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de precisar que además de los gastos de administración, PROTECCIÓN S.A. también deberá restituir a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas de dinero que corresponden al tiempo en que el demandante ha permanecido vinculado a dicha administradora del RAIS.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia, en el sentido de ORDENAR que se comunique a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí 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 parte demandante se trasladó de régimen pensional.

QUINTO: EXCLUIR del ordinal sexto de la parte resolutive de la sentencia la fijación de las agencias en derecho que se hizo, por las razones expuestas y **REVOCAR** la condena en costas impuesta a Colfondos S.A. En lo demás, se mantiene incólume.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Protección S.A. y Colpensiones, a favor de la parte demandante. Sin costas respecto de los demás.

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: **d7c827c22d536de3807e1aabc7a2a29f06742d69e3b663fcf0381abfd7e954b1**

Documento generado en 16/09/2022 03:05:39 PM

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