

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:	660013105004201900349-01
Demandante:	ALVARO JOSE RUSSO PARDO
Demandado:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia (12 de mayo de 2021)
Juzgado:	Cuarto Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 84 DEL 07 DE JUNIO DE 2022

Hoy, trece (13) de junio 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 12 de mayo de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones en la misma providencia, dentro del proceso ordinario promovido por **ALVARO JOSE RUSSO PARDO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** Mediante auto del 04 de noviembre de 2020, se vinculó como listisconsortes necesarios a **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, radicado **66001310500420190034901**.

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

SENTENCIA No. 55

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

ALVARO JOSE RUSSO PARDO, aspira a que se declare la nulidad del traslado efectuado el mes de marzo de 1995 [sic], donde pasó de CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN a remitir a COLPENSIONES los saldos, cotizaciones,

aportes, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, cuotas de administración y demás que hubiere recibido por motivo de afiliación del demandante.

2. Hechos

El actor sustenta lo pretendido en que el 01 de enero de 1993 se vinculó a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en el cargo de Fiscal Seccional y comenzó a realizar aportes a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL. En el mes de marzo de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN S.A., no obstante, no se le brindó asesoría legal y financiera, ni le otorgaron información plena, cierta, seria y oportuna que le permitiera tomar la decisión jurídica bajo conocimiento debidamente informado.

3. Posición de las demandadas.

COLPENSIONES se resistió a las pretensiones al considerar que no tenía obligación de aceptar al demandante como su afiliado sin que tampoco se observara un posible vicio que conllevara al error al actor al momento de su traslado hacia el RAIS. Como excepciones formuló: **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 declaratoria de otras excepciones.** [dcto. 14]

PROTECCIÓN S.A. al contestar se opuso a lo pretendido; argumentó que el actor no pudo ser víctima de inducción al error al considerar que la decisión de cambio de régimen era un acto voluntario; que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y ratificó en su decisión de permanecer en el RAIS al no haber hecho uso de la posibilidad de retracto ni de los periodos de gracia. Formuló como excepciones: **genérica o innominada, prescripción, buena fe, compensación, exoneración de condena en costas, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada, inexistencia de la fuente de la obligación, inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado, excepción de mérito seguro previsional y la excepción de mérito cuotas de administración.** (dcto. 17)

COLFONDOS S.A. no se opuso a las pretensiones de la demanda ni presentó excepciones de mérito y solicitó la exoneración de condena en costas. (dcto. 25)

PORVENIR S.A. en la contestación, indicó que el demandante no se encuentra afiliado a dicha AFP desde el 30 de abril de 2002, por tanto no se encuentra habilitada para consultar su historia laboral. No presentó oposición a las pretensiones de la demanda y advirtió que debe ser exonerada de la condena en costas, debido a que su actuar se ha ajustado

en todo momento a la norma y la buena fe. Aclaró que el 26 de marzo de 1997 se trasladó de PROTECCIÓN a PORVENIR, el 30 de agosto de 1999 se cambió de PORVENIR a COLPATRIA, el 25 de febrero de 2000 se cambió de COLPATRIA a PORVENIR, posteriormente, se trasladó a ING en marzo de 2002. Como excepciones propuso: **validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, pago, compensación, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Cuarta Laboral del Circuito de Pereira, mediante decisión 12 de mayo de 2021, resolvió: **1)** declarar la ineficacia del traslado del actor que efectuó al RAIS a través de PROTECCIÓN, el 10 de noviembre de 1994, asimismo, declarar la ineficacia de traslados posteriores realizados a las AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y nuevamente PROTECCIÓN. **2)** ordenar a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de lo acumulado en la cuenta de ahorros, con rendimientos, bono pensional, sumas adicionales de la aseguradora, saldos, frutos e intereses, así como gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguro previsionales, con cargo a su propio patrimonio, sumas que deben devolverse debidamente indexadas. **3)** ordenar a COLPENSIONES a aceptar al actor al RPM, sin solución de continuidad. **4)** ordenar a PORVENIR y COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES, con cargo a sus propios patrimonios, las cuotas de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, durante el término de afiliación del demandante, debidamente indexadas. **5)** comunicar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el objeto que anule el bono pensional, en caso de que se haya emitido. **6)** desestimar las excepciones. **7)** condenar en costas a cargo de PROTECCIÓN.

En síntesis, la Jueza de instancia dedujo con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que el caso debía de abordarse desde la ineficacia en sentido estricto al ser la razón la falta de información para la formación del acto; que dicha figura se aplica, independientemente de que sea o no el afiliado beneficiario del régimen de transición, siendo las AFP a quienes le incumbe la carga de probar que, de acuerdo al momento histórico en que se formó el acto, cumplió con el deber de información, esto es, que le brindó información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, riesgos, diferencias, condiciones, beneficios y consecuencias de ambos regímenes, sin que sea suficiente la sola suscripción del formulario de afiliación porque solo acreditan que existió un consentimiento más no que hubiese sido informado.

En suma, no encontró que las AFP hubiesen acreditado que informaron debidamente al afiliado; que solo arrimaron el formulario e historiales las que no eran suficientes para acreditar que cumplió con el deber de información y del interrogatorio tampoco encontró una confesión a favor de los fondos demandados.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

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

PROTECCIÓN S.A. argumentó, en resumen, que la AFP cumplió con el deber de información que se exigía para la época y no era obligación aportar proyecciones ni cálculos imposibles de efectuar. Agregó que el actor es Fiscal de la Nación, por ende cuenta con suficiente capacidad para indagar sobre sus derechos pensionales. No hizo uso del retracto ni solicitó el traslado a COLPENSIONES. Advirtió que al actor le conviene más estar en el RAIS, teniendo en cuenta que ya cuenta con 63 años de edad y no tiene cotizadas la densidad de semanas que requiere el RPM para pensionarse. Finalmente, señaló que en caso de que se confirme la sentencia, debe exonerarse a la entidad del pago de gastos de administración, toda vez que, el resultado de la declarar la ineficacia regresa las cosas al estado en que estaban, sin que se puedan incluir dichos gastos, máxime si se tiene en cuenta que la gestión de la administradora privada generó grandes rendimientos a la cuenta individual del demandante. Aunado a ello, solicitó se absuelva de la condena en costas por haber actuado conforme a la ley.

PORVENIR S.A., señaló que dentro del proceso quedó demostrado que se cumplió con el deber de información que exigía la norma. El actor no solicitó el traslado de régimen dentro del término para ello, sino que ractificó su voluntad de permanecer en el RAIS teniendo en cuenta los múltiples traslados horizontales efectuados por el demandante. Agregó que el demandante cuenta con altos estudios legales por ser abogado y fiscal, lo que lo habilitaban para conocer las características pensionales de cada fondo. Asimismo, la condena de devolver los gastos de administración, resulta inviable en el sentido de que no es un descuento caprichoso, es un descuento autorizado por ley que busca generar rendimientos, retornarlos equivaldría a un enriquecimiento sin causa, del mismo modo sucede con las sumas adicionales de la aseguradora.

COLFONDOS señaló que no se opone a las pretensiones de la demanda, no obstante, expresa inconformidad respecto del traslado de gastos de administración de forma indexada, teniendo en cuenta que, dicho tema no se plasmó en la fijación del litigio realizado por la juez, además, como no es el fondo actual donde se encuentra el actor afiliado y no fue la AFP originaria del traslado, la cuenta se encuentra en ceros y en todo caso, no existen pues se invirtieron en la finalidad del mismo. Advirtió que este tema no ha sido abordado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y no se le dio oportunidad de controvertir dicho tema. Finalmente, indicó que se debe aplicar la prescripción por este concepto, ya que el demandante se afilió en el 2001.

COLPENSIONES sostuvo que respecto de las costas, la entidad no participó en el traslado del demandante y las AFP demandadas deben ser condenadas en costas a favor de COLPENSIONES, pues la omisión de informar al actor al momento del traslado, afectan económicamente el sistema de la Administradora.

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 de la a quo, en grado jurisdiccional de consulta, en lo que no fue objeto de la apelación por Colpensiones.

IV. ALEGATOS

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

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 establecer si se aplicó en debida forma las normas legales sobre validez y eficacia de traslado de régimen pensional, para lo cual, debe determinarse si al momento de efectuarse el cambio de régimen pensional por parte del demandante su decisión fue debidamente informada en los términos exigidos por la ley y a jurisprudencia.

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: **1)** el demandante nació el 10/08/1957 [fl. 1 docto. 4]; **2)** el 10/11/1994 solicitó traslado de CAJANAL a PROTECCIÓN, que se hizo efectiva el 01/12/1994; **3)** el 26/03/1997 solicitó traslado de PROTECCIÓN a PROVENIR, que se hizo efectiva el 01/05/1997; **4)** el 30/08/1999 solicitó traslado de PORVENIR a HORIZONTE llamado antes COLPATRIA (que luego se fusionó con PORVENIR); **5)** el 25/02/2001 solicitó traslado de HORIZONTE a PORVENIR, que se hizo efectiva el 01/04/2000; **6)** el 06/03/2001 solicitó traslado de PORVENIR a COLFONDOS que se hizo efectiva el 01/05/2002; **7)** el 21/03/2002 solicitó traslado de fondo de COLFONDOS a ING, la cual se hizo efectiva el 01/05/2002; **8)** el 31/12/2012 ING efectuó cesión por fusión con PROTECCIÓN S.A., fondo al que actualmente se encuentra afiliado el actor; (Fl. 35, docto. 17)

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.

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).

Conforme lo anterior, no le asiste la razón a las demandadas, cuando afirman que la *“carga de la prueba debía ser a cargo del afiliado por haber alegado la nulidad del traslado”* al ser claro que el incumplimiento al deber de información debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia correspondiéndole a la AFP demostrar que brindó toda la asesoría que necesitaba el afiliado, en los términos y condiciones que se acabaron de denotar.

¿Se acreditó el cumplimiento del deber de información por parte de las accionadas?

Aplicando los anteriores criterios al caso que nos ocupa, debe decirse que de la documental adosada por las AFP que tenían 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, las AFP cumplieron 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 suscribió 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 careció del conocimiento necesario acerca de las características, ventajas, desventajas, condiciones económicas y del mercado, del funcionamiento diferenciado de los sistemas pensionales y de las consecuencias que podría acarrear su decisión, bajo la perspectiva de sus derechos pensionales, teniendo en cuenta que, era deber de las AFP realizar un proyecto pensional, en donde se informara sobre las posibilidades de contar con un *quantum* ajustado a las expectativas en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y bajo una decisión claramente racional.

Para auscultar si se cumplió con ese propósito, se escuchó en interrogatorio a la parte demandante quien informó que no le fue otorgada ninguna información por parte de los fondos demandados, ya que cuando pertenecía a CAJANAL ésta fue liquidada y en la Fiscalía General de la Nación comenzó una campaña donde diferentes fondos se presentaban cada día con asesores para que los ex afiliados a CAJANAL se trasladaran a los fondos privados. Cuenta que nunca le explicaron como sería el manejo de las cuenta de ahorro y sus aportes, además, si bien aceptó que el formulario de afiliación efectivamente lo había firmado de manera libre, voluntaria y sin presiones, lo cierto es que frente a la información que le antecedió a su determinación, insistió en que careció de la información específica.

En conclusión, de dicho instrumento de prueba debe decirse que, no se encontraron manifestaciones que conjunta o individualmente puedan calificarse como una confesión de haber recibido la información a que estaban obligadas las AFP en la antesala del traslado de régimen pensional, lo que implica que las AFP solo probaron que el formulario se suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones, pero no que cumplieron 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, las AFP hubieren cumplido con el deber de información que les correspondían, 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.

Ahora, respecto de la **profesión como abogado** del demandante, teniendo en cuenta que actualmente ejerce funciones como Fiscal, ha advertido la Corte que ello, no exime a las administradoras de pensiones de brindar la debida asesoría, la cual no debe incluir solo las ventajas, sino la especificación de los diferentes escenarios o posibles consecuencias de tal decisión. Así lo indicó la CSJ en SL4307-2021.

Es que es notorio que las AFP demandadas faltaron a su deber de «*información y buen consejo*», pues omitieron 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 las AFP demandadas pero no lo

hicieron, 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 1994, es factible pregonar sin vacilación que, a las AFP demandadas les correspondían 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 al potencial afiliado sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Por lo anteriormente denotado, no es de recibo lo argumentado por Protección S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A. cuando sugieren que el actor recibió la información pertinente al momento de traslado y menos aún, cuando refieren que la decisión informada se respalda con la sola firma del formulario de afiliación tras haber sido realizado de manera libre, voluntaria y sin presiones.

¿El actuar de la parte actora ratifican la voluntad de permanecer en el RAIS? ¿Era la ineficacia la acción a emprender?

Frente al tema, no se puede pretender que se tenga como ratificación el tiempo en que el demandante permaneció en el RAIS, el hecho que no se hubiese retractado de su decisión o que no hubiese manifestado la intención de regresar al régimen de prima media, antes de encontrarse inmerso en la prohibición de cambiarse de régimen, es decir cuando faltaren menos de 10 años para acceder a la edad pensional, pues lo que se evidencia aquí es la falta de acompañamiento, y aún, ante el supuesto que esta tuviera presente dicha disposición, debe tenerse en cuenta que la falta de asesoramiento de la que fue objeto, no le permitía distinguir cual régimen era el que más le convenía, amén que si bien al momento del traslado se le hizo mención de algunas de las características del RAIS, nunca se le expusieron las diferencias con el RPM con PD y menos aún de los riesgos, consecuencias, la pérdida de los derechos transicionales, los requisitos de las diferentes modalidades de pensión y demás características que finalmente, el demandante desconocía para adoptar una decisión debida y completamente informada.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia del afiliado por varios años o el hecho de que el accionante hubiese realizado un traslado horizontal con posterioridad al cambio de régimen, no son aspectos que derruyan las conclusiones a las que arribó la *a quo*, pues al tratarse de circunstancias ulteriores, no tienen incidencia alguna en los efectos asociados a la forma en que se ejecutó la afiliación primigenia con la cual se materializó el cambio de régimen pensional cuya ineficacia se debate en este proceso.

Aquí es del caso traer a colación la sentencia SL1055-2022 (2-03-2022)¹, que en lo pertinente recalcó:

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

“... si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS”.

Ahora, 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, por tanto, ante el incumplimiento del deber de información en estos casos, la vía a seguir es solicitar la indemnización total de perjuicios, situación que aquí no ocurre por cuanto el demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionado, pues recuérdese que durante su interrogatorio informó que continuaba como trabajador(a) activo(a), 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, como lo sugiere los apoderados de las demandadas, 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 las demandadas, siendo del caso indicar que con la ineficacia declarada también debe quedar sin efectos los traslados horizontales que hizo el demandante hacia PORVENIR S.A. y COLFONDOS.

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

Respecto a la inconformidad planteada frente a la orden de devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, se ha de indicar que la consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado es que la afiliación se retrotrae al estado en que se encontraba, lo que implica que las AFP's del RAIS deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor, 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:

² CSJ Sentencia SL1688-2019

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

Acorde con lo dicho y de cara a la recriminación que realizan las AFP PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS, por la orden de devolver dichos emolumentos frente a lo cual, refiere que desconoce los efectos de la declaratoria de la ineficacia y se torna un actuar por fuera del ordenamiento legal, basta con traer a colación el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral, sentencia SL1017-2022 M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, así:

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

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de

administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)”. Negrilla fuera de texto.

Así las cosas, es de concluir que no tiene vocación de prosperidad el argumento planteado por las AFP(s) recurrentes, frente a la devolución de dichos emolumentos. Incluyendo lo expresado por la apoderada de COLFONDOS S.A.

Prescripción

Sobre la prescripción propuesta por la apoderada de COLFONDOS respecto de los gastos de administración, es importante indicar que no resulta aplicable tal figura, pues teniendo en cuenta lo expresado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL2611-2020 y SL4398 del veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), radicación 81342, entre otras, sostiene que la prescripción no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Lo anterior, de manera evidente, cobija a los conceptos que deben los fondos privados trasladar a Colpensiones en virtud a la declaratoria de ineficacia, tal como los gastos de administración. Por tanto, se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

Del bono pensional

A propósito de ello, al revisar la sentencia, específicamente el ordinal segundo que dispuso:

“ORDENAR a la PROTECCION S.A. para que traslade con destino a Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos financieros, bono pensional, en caso de que exista; sumas adicionales de la aseguradora en caso de haberlas recibido; todos los saldos, frutos e intereses; así como los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, con cargo a los propios recursos de la AFP; todas las sumas deben devolverse debidamente indexadas” Dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión”.

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 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 dispuesta resulta difusa por lo que se ha debido ordenar es el traslado de **la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual** correspondiente a todo el tiempo en que el actor ha permanecido en el RAIS.

Como quiera que del natalicio de la parte demandante data del 10/08/1957 [fl. 1 docto. 4], es decir que a la fecha cuenta con 64 años de edad, la calenda normal en que se redimiría es el 10/08/2017, fecha en la cual cumplió los 60 años, no obstante, la Sala no observa la existencia de bono pensional de ninguna modalidad, frente a lo cual, vale mencionar que de acuerdo a la historia laboral visible a folios del 36 a 45, docto. 17, no se generaría dicho instrumento por cuanto al momento del traslado el actor no contaba con las 150 semanas mínimas que se requieren para que el bono se genere, razón por la cual, no hay lugar a emitir ninguna orden relativa a esto.

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, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P.

Costas

Respecto de la solicitud de COLPENSIONES sobre el pago a su favor de las costas procesales, se indica que tales emolumentos están dispuestos para quien salga vencido en juicio en favor de la parte beneficiada, lo cual, en este caso no se dan tales condiciones para que amerite costas en favor de COLPENSIONES, máxime cuando se opuso a las pretensiones.

Sobre la solicitud de PROTECCIÓN de que se absuelva de las mismas, es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por ende, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por la *A quo* a dicha AFP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia, para otorgar mayor claridad de la orden impartida, el cual quedará así:

“ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. para que traslade con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del señor ALVARO JOSE RUSSO PARDO. De igual forma, 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 al RAIS”

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Protección S.A., Porvenir S.A., Colfondos 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

Código de verificación: **38951e7f34d106ae830f3ff07358a25f802b96309cbfdc4f8366ffba4008e040**

Documento generado en 10/06/2022 10:23:51 AM

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