

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:	66001310500520180039501
Demandante:	Gladys Sarmiento Ramirez
Demandado:	Colpensiones, Porvenir S.A., Colfondos S.A., Protección S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia (15 de septiembre de 2021)
Juzgado:	Quinto Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 92 DEL 21 DE JUNIO DE 2022

Hoy, veinticuatro (24) 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 15 de septiembre de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones en la misma providencia, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **GLADYS SARMIENTO RAMIREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A.**, radicado **66001-31-05-005-2018-00395-01**.

RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA

Se reconoce personería para actuar al abogado Sebastián Ramírez Vallejo, con cédula 1.088.023.149 y T.P. 316.031 del CS de la J., como apoderado inscrito de Tous Abogados Asociados S.A.S., en representación de los intereses de Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

Se reconoce personería para actuar a la abogada María Alejandra Cortés Gómez con C.C. 1.053.846.589 y T.P. 328170 del C.S. de la J., adscrita a la sociedad Mauricio Pava Lugo S.A.S, en calidad de apoderada de Protección S.A.

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. 62

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

GLADYS SARMIENTO RAMIREZ aspira a que se declare la «*nulidad*» de su afiliación o traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM con PD) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por la AFP **PORVENIR S.A.**, así como la de su movilización que entre AFP del RAIS hizo a través de las AFP **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, para con ello lograr que se declare como única, válida y vigente su condición de afiliada al RPM con PD administrada por Colpensiones.

Así mismo, requirió que se ordene a dichos fondos a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiesen recibido en razón de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y rendimientos. Además solicita que se condene en costas a las demandadas.

2. Hechos

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que (i) se vinculó al RPM con PD administrado por el ISS hoy Colpensiones desde 1984; (ii) el **20-abril-1994** signó formulario de afiliación a Colfondos S.A., con lo cual se produjo el traslado de régimen pensional; (iii) se le convenció de mutar de régimen pensional con el argumento que el ISS desaparecería y con ello su pensión; sin que se le suministrara por parte de la AFP la información suficiente y necesaria para tomar una decisión informada; (iv) el asesor de Colfondos S.A. limitó la información en que *podría pensionarse a menos edad; que la pensión era heredable y de no querer pensionarse se le entregaría lo ahorrado y el bono pensional* sin que se le hubiese informado sobre las *condiciones para pensionarse, ventajas, riesgos, desventajas y demás*; (v) el **11-Diciembre-1997** se trasladó hacia la AFP **Porvenir S.A.** sin recibir asesoría alguna; (vi) en **marzo-1999** se trasladó a **Colfondos S.A.**; (vii) el **02-agosto-2005** se trasladó a **Protección S.A.** donde se ha mantenido.

3. Posición de las demandadas.

Admitida la demanda mediante auto del 16 de agosto de 2018, las demandadas contestaron así:

Colpensiones se resistió a las pretensiones con el argumento que en el acto de traslado de régimen se cumplieron los requisitos legales siendo la afiliación al RAIS válida; que la actora siempre gozó de la libertad de elegir la AFP de su preferencia lo cual hizo de manera libre, voluntaria y sin presiones. Propuso las excepciones de **inexistencia de la obligación, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas.**

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones tras considerar que la afiliación de la actora era un acto válido al haberse producido de manera libre, voluntaria y sin presiones; que no existieron vicios en el consentimiento, caso en el cual,

se encontraría saneado por el paso del tiempo. Propuso como excepciones: **validez y eficacia de la afiliación a Horizonte 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, pago, compensación, prescripción, buena fe y genéricas.**

Protección S.A. se opuso a lo pretendido bajo iguales argumentos que Porvenir S.A., y exepcionó: **la inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del sistema general de pensiones y genéricas.**

Colfondos S.A. Se opuso a las aspiraciones de la accionante al considerar que de haber existido un vicio en el consentimiento, ésta se encontraría saneada por el paso del tiempo; que la actora se ratificó en su voluntad de pertenecer al RAIS con la realización de aportes a su cuenta de ahorro individual y con las afiliaciones que hizo en las AFP Colfondos, Davivir hoy Protección, Protección e ING hoy Protección S.A.; que dichas afiliaciones fueron actos jurídicos válidos al haber sido signados de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría, respecto a todas las implicaciones de su decisión, tal y como se hace constar en los citados formularios; que los asesores de Colfondos S.A. eran capacitados para brindar la adecuada asesoría a los potenciales afiliados. Como medios exceptivos formuló: **validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la 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 declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, pago, compensación, prescripción, buena fe y genéricas.**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La A-quo mediante fallo del 15 de septiembre de 2021, resolvió:

«1. DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen que Gladys Sarmiento Ramírez efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante solicitud del 20 de abril de 1994, efectivo a partir del 1-mayo-1994, a través de Colfondos S.A, y con ello los traslados entre AFP que efectuó a Ing, Protección S.A., Horizonte hoy Porvenir S.A. y a la misma Colfondos S.A., (...)

2. ORDENAR a Protección S.A., que proceda a devolver a Colpensiones, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de Gladys Sarmiento Ramírez, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación, incluyendo las que en su momento aportó a través de horizonte hoy Porvenir S.A., Colfondos S.A. e ING, sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimiento, frutos e intereses.

3. ORDENAR a Porvenir S.A., Protección S.A. y a Colfondos S.A., que devuelvan a Colpensiones con cargo a sus propios recursos el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobraron, así como las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales que descontaron durante el período que Gladys Sarmiento Ramírez estuvo afiliada a esos fondos, debidamente indexados, de la siguiente manera: (-) Colfondos S.A: entre el 01-mayo-1995 y el 31-enero-1998, del 01-abril al 30-junio-1999, del 01-noviembre-2000 al 31-agosto-2002 y del 01-febrero-2003 al 31-agosto-2005; (-) Porvenir S.A.

entre el 01-febrero-1998 y el 31-marzo-1999 y, (-) Protección S.A: entre el 01-julio-1999 al 31-octubre-2000, entre el 01-septiembre-2002 y el 31-enero-2003 y del 01-septiembre-2005 a la fecha, dentro de lo que se encuentra el tiempo recaudado por ING.

4. ORDENAR a COLPENSIONES que acepte el retorno de Gladys Sarmiento Ramírez, sin solución de continuidad, desde el momento en que se afilió al régimen que administra.

5. COMUNICAR a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la presente decisión, con el fin de que, en un trámite interno y a través de canales institucionales ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 30-abril-1994, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que haya generado en favor de Gladys Sarmiento Ramírez y que debía tener como fecha de redención normal el 05-octubre-2023, aplicando con ello 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.

6. DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por las codemandadas, conforme las consideraciones esbozadas.

7. CONDENAR en costas a Porvenir S.A., Protección S.A. y a Colfondos S.A. en un 100% a favor de la parte actora. Por secretaría liquidense. Sin costas respecto de Colpensiones».

Con respaldo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la Jueza de instancia al analizar el material probatorio, concluyó que la parte demandada no cumplió con la carga de probar que cumplió con el deber de información en la antesala del traslado de régimen pensional realizado por la demandante. Del interrogatorio no encontró confesión alguna a favor de la AFP que se encargó del traslado de régimen de la demandante y si bien se aceptó que aquella firmó los formularios de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones, concluyó que ello no era suficiente para probar cual fue la información suministrada a la demandante de manera tal que se estableciera con claridad que hubo un consentimiento informado, razón por la cual declaró que el acto atacado que constituía el traslado que entre AFP carecía de validez y eficacia.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

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

Colfondos S.A y Porvenir S.A. recriminaron la ineficacia declarada al considerar que se le impusieron cargas que supuestamente debió ejecutar el demandado al momento del traslado en los años 1994 y 1997, momentos en que no aplicaban las exigencias que ahora se le quieren imponer. Al respecto, refiere que conforme a la norma vigente para la época, lo que se le exigía a la AFP era la firma estampada en los formularios con la advertencia de haber sido signados de manera libre, voluntaria y sin presiones e insistió en que se omitió la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS, lo cual se colegía de las cotizaciones que hizo por más de 26 años.

De otro lado, manifestó su desacuerdo con la orden de trasladar los gastos de administración al considerar que ello desconocía la gestión de las AFP, con la cual se lograron los rendimientos que se consignaron a favor de la

demandante; eran descuentos ordenados en la Ley; que los seguros previsionales ya habían sido cancelados a las aseguradoras para que ellas respondieran por la suma adicional para financiar la pensión frente a los riesgos de invalidez y muerte.

Así mismo, sostuvo que debía tenerse en cuenta que la actora estaba inmersa en la prohibición de trasladarse por faltarle menos de 10 años de la edad mínima y, de accederse al traslado, ello impondría la carga a Colpensiones de asumir prestaciones a la demandante, quien nunca manifestó su descontento de pertenecer al RAIS.

En cuanto a las costas impuestas, refirió que siempre cumplió con la Ley y con apego en la buena fe por lo que solicitaban fueran exonerados de ellas.

Protección S.A., recurrió la decisión de trasladar lo correspondiente a la prima de seguros previsionales, cuotas de administración y lo correspondiente al fondo de solidaridad pensional al considerar que nadie estaba obligado a lo imposible, lo cual refirió en el sentido a que no era posible hacer devolución de dichos emolumentos amén que tenían un origen legal y no respondieron a un capricho de la AFP.

Así mismo, solicitó que no fueran condenados en costas argumentando que no había soporte legal que les permitiera autorizar el traslado de régimen cuando se estaba a menos de estar de 10 años de la edad mínima, razón por la cual, los afiliados eran quienes debían de acudir a la jurisdicción para resolver el asunto.

Colpensiones recurrió la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen porque a su juicio, las afirmaciones de la demandante tanto en el texto de su demanda como en el interrogatorio daban cuenta que la acción judicial estaba encaminada a que se autorice su regreso al RPM con PD por un interés económico. Así mismo, cuestiona que después de 20 años de permanencia de la actora en el RAIS, se constate que podría tener una mejor mesada en el RPM con PD y con ello se busque la ineficacia para imponer cargas a Colpensiones de resarcir un daño que no causó y que fue producto de la decisión de un afiliado que solo se interesó de retornar a Colpensiones cuando percibió el perjuicio económico, situación que a su juicio atentaba contra la sostenibilidad financiera del RPM con PD administrado por Colpensiones.

Agrega que debía tenerse en cuenta que la actora realizó actos de relacionamiento como los traslados que hizo al interior del RAIS, aspectos todos ellos que impedían declarar la ineficacia del acto, frente a lo cual también se debía tener en cuenta la prohibición de traslado de régimen cuando al afiliado le faltaban menos de 10 años, para arribar a la edad mínima pensional.

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 jurídicamente 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 la fijación en lista el 28-04-2022, la parte actora y las demandadas Porvenir S.A, Colfondos S.A y Protección S.A. presentaron alegatos. El Ministerio público no presentó concepto y colpensiones guardó silencio.

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 problemas jurídicos a ser abordados consisten en:

- Establecer si fue acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS.
- Si hay lugar a ordenar a las AFP demandadas, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de régimen pensional, que además de las cotizaciones y rendimientos, también se trasladen a Colpensiones la proporción que en su momento descontaron por concepto de gastos y/o comisiones por administración, las sumas adicionales de la aseguradora y lo correspondiente a las cuotas de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.
- Determinar si hay lugar a eximir de las costas de primera instancia a la AFP demandada.

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

Aunado a lo anterior, los siguientes hechos no presentan discusión:

- 1) La demandante nació el 05-10-1963 (pág.1, archivo 4);
- 2) La actora cotizó en el RPM con PD un total de 510.43 semanas previos al traslado de régimen (pág. 23, archivo 34);
- 3) El **20-04-1994** con efectividad 01-05-1994 la actora se trasladó al RAIS a través de Colfondos S.A. (pág.17, archivo 4);
- 4) El **11-12-1997** con efectividad 01-02-1998 se trasladó de AFP hacia Horizonte hoy Porvenir S.A. (pág.20, archivo 26);
- 5) El **21-07-2005** con efectividad 01-09-2005 se trasladó de AFP hacia Protección S.A. (pág.21, archivo 34);
- 6) El **30-11-2009** con efectividad 01-01-2010 se trasladó de AFP hacia ING hoy Protección S.A. (pág.26, archivo 4);

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.

Incluso, en el interrogatorio formulado a la demandante, reiteró lo relatado en la demanda y adicionó que le hicieron referencia a que se pensionaría según el capital ahorrado sin que se le hubiese explicado qué capital debía tener para alcanzar la pensión; que tendría rendimientos y aceptó haber firmado los formularios de manera libre, voluntaria y sin presiones. Frente a los traslados horizontales, aseguró que la información fue básica porque lo que le ofrecían eran más rendimientos que los otros fondos. En lo demás, negó haber sido informada en cuanto otros aspectos que le fueron preguntados por la A-quo y sus contrapartes.

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 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 1994, 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?, ¿Existieron actos de relacionamiento que validen el acto de traslado de régimen?

Frente al tema, no se puede pretender – como lo sugieren Colfondos S.A, Porvenir S.A. y Colpensiones - que se tenga como ratificación el tiempo en que el demandante permaneció en el RAIS, el hecho que no se hubiese retractado de su decisión o que no hubiese manifestado la intención de regresar al régimen de prima media, antes de encontrarse inmersa en la prohibición de cambiarse de régimen, es decir cuando faltaren menos de 10 años para acceder a la edad pensional, pues lo que se evidencia aquí es la falta de acompañamiento, y aún, ante el supuesto que esta tuviera presente dicha disposición, debe tenerse en cuenta que la falta de asesoramiento de la que fue objeto, no le permitía distinguir 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.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia de la afiliada por varios años, no son aspectos que derruyan las conclusiones a las que arribó la A Quo, pues al tratarse de circunstancias ulteriores, no tienen incidencia alguna en los efectos asociados a la forma en que se ejecutó la afiliación primigenia con la cual se materializó el cambio de régimen pensional cuya ineficacia se debate en este proceso.

Significa lo anterior que no le asiste la razón a los citados recurrentes frente al argumento consistente en que la actora hizo *actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad de pertenecer al RAIS*. A propósito de ello, 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.

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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”.

También es de citar, 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 en el expediente ninguna evidencia obra de que la demandante 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, razón por la cual no le asiste la razón al vocero de Colpensiones cuando de manera indirecta sugiere que la acción que se debió adelantar era la de indemnización de perjuicios.

Ahora, no sobra mencionar que la Corte en Sentencia SL1637/2022 indicó que *“el pensionado que considera que la administradora del fondo de pensiones incumplió su deber de información y que, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora -las normas que regulan la declaratoria de ineficacia del traslado y la reclamación de perjuicios por incumplimiento del*

² CSJ Sentencia SL1688-2019

deber de información son diferentes-“, lo que en otras palabras significa que, en tratándose de afiliados, el mecanismo adecuado para plantear la omisión en el deber de información en el acto de traslado de régimen pensional es la acción de ineficacia; sin embargo, también se pueden reclamar perjuicios, siempre y cuando ellos sean reclamados dentro del proceso y se encuentren debidamente acreditados.

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 las demandadas.

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 las AFP **Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A.**, quienes al unísono recriminan la orden de devolver los valores que fueron cobrados por los fondos privados a título de gastos y/o comisiones por administración, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, frente a lo cual, refieren que se desconoce los efectos de la declaratoria de la ineficacia y se torna un actuar por fuera del ordenamiento legal.

Pues bien, para iniciar debe decirse que la consecuencia de la declaración de la 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 lo 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 gastos y/o comisiones por administración, 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)”. (Reiterada en SL1637-2022)

Así las cosas, es de concluir que no tiene vocación de prosperidad el argumento planteado por las AFP recurrentes, lo cual amerita confirmar las órdenes impartidas en la sentencia.

Caso concreto: De la imposición de costas de primera instancia.

Frente al reproche sobre la imposición de costas procesales, 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 **Colfondos S.A.** consistentes 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 las AFP Porvenir S.A y Protección S.A. otra situación ocurre porque la declaratoria de ineficacia no se generó por su actuar como AFP,

razón por la cual se revocará parcialmente el ordinal séptimo de la sentencia para en su lugar absolver en costas de primera instancia a dichas AFP.

Revisión de las condenas impuestas, en lo no recurrido, en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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

“2. ORDENAR a Protección S.A., que proceda a devolver a Colpensiones, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de Gladys Sarmiento Ramírez, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación, incluyendo las que en su momento aportó a través de horizonte hoy Porvenir S.A., Colfondos S.A. e ING, sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses”.

Como se observa, dicho ordinal deberá ser modificado para aclarar porque la orden dispuesta resulta difusa 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**, porque, en primer lugar, se entiende que en la cuenta de ahorro individual ya se encuentran incluidos aquellos valores que se recaudaron en los fondos de pensiones que precedieron a la afiliación de Protección S.A., en virtud del artículo 16 del decreto 694/94; en segundo lugar, no es adecuada la orden de trasladar sumas adicionales porque no está frente a un pensionado y, finalmente, los rendimientos corresponden a los mismos frutos e intereses.

Del bono pensional tipo A.

Como quiera que del natalicio de la parte demandante es del 05-10-1963 y, de acuerdo con la historia laboral al momento de traslado de régimen contaba con 510.43 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 a los 60 años de edad (Art. 20, Dec. 1748/95) que corresponde al 05-10-2023, aspecto que conlleva a concluir que resulta pertinente la orden impartida por la A-quo en el sentido a que se comunique a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión adoptada, razón por la que dicha orden se mantendrá incólume.

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 Colfondos S.A y Colpensiones, se les impondrá costas en esta instancia.

Sin costas en esta instancia respecto de Porvenir S.A y Protección S.A. dada la prosperidad parcial del recurso.

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:

“**Segundo.** ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN 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 de la señora GLADYS SARMIENTO RAMÍREZ.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el ordinal séptimo de la parte resolutive de la sentencia frente a la condena en costas impuestas a las AFP Porvenir S.A y Protección S.A. y en su lugar, se dispone a absolver a dichas AFP's de las costas de primera instancia. En lo demás, dicho numeral quedará incólume.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de 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**

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: **462d909ae95f3908f273b7516a4e8410d94f558403b16ca23f84ceb4e6dd0b1b**

Documento generado en 24/06/2022 09:16:15 AM

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