

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:	66001310500220190018301
Demandante:	Nora Zuluaga García
Demandado:	Colpensiones y Protección S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia (23 de septiembre de 2021)
Juzgado:	Segundo Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 101 DEL 05 DE JULIO DE 2022

Hoy, once (11) de julio 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 23 de septiembre de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones en la misma providencia, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **NORA ZULUAGA GARCÍA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, radicado **66001-31-05-002-2019-00183-01**.

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. 68

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

NORA ZULUAGA GARCÍA aspira a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo el 05-08-1994 desde el régimen de prima media con prestación definida – Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones – hacia el RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.** En consecuencia, solicita se declare como única afiliación válida al sistema general de pensiones, la efectuada al ISS hoy Colpensiones; que se ordene a Protección S.A, a trasladar a Colpensiones, el monto total de los aportes

acreditados en la cuenta de ahorro individual y se ordene a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante y a recibir los aportes pensionales. Además, solicita se condene en costas a las demandadas.

2. Hechos

En síntesis, relata que el 28-07-1994 la actora inició sus aportes al régimen pensional de prima media con prestación definida administrado por el antiguo Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones; el 05-08-1994 se trasladó a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. donde la AFP omitió brindarle una información suficiente, comprensiva, completa, transparente, clara y veraz, donde se le explicaran las implicaciones de realizar el traslado de régimen, no estando precedida del deber del buen consejo, no realizando tampoco las advertencias ni comparativos pensionales.

3. Posición de las demandadas.

La demandante fue presentada el 30-abril-2019 y admitida la demanda mediante auto del 8 de julio de 2019, las demandadas contestaron así:

Colpensiones se opuso a sus pretensiones al no evidenciar que existiere por parte de PROTECCIÓN S.A., engaño alguno o acto que evidencie motivo para que se declare el traslado como nulo; que la selección de régimen por la actora fue adoptada en virtud a su libertad de libre escogencia. Como Excepciones formula: **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.**

Protección S.A. al contestar la demanda, en síntesis, se opuso a lo pretendido argumentando que la afiliación de la actora al RAIS era válida por cuanto la demandante signó el formulario de manera libre, voluntaria, manifestando por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, al suscribir la solicitud de afiliación al respectivo fondo. Como excepciones formula las de **prescripción, buena fe, compensación, exoneración de condena en costas, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, falta de legitimación en la causa, ausencia de personería sustantiva por pasiva de Protección, inexistencia de la fuente de la obligación, inexistencia de causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esa entidad, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado, inexistencia de la obligación de devolver los descuentos destinados a seguro previsional y de las cuotas de administración y la innominada.**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza de instancia, mediante decisión del 23 de septiembre de 2021, resolvió:

1. DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora NORA ZULUAGA GARCÍA , identificada con la c.c. 42.063.747, a DAVIVIR hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., suscrita el 5 de agosto de 1994, por lo expuesto en las consideraciones.

2. DECLARAR que para todos los efectos legales la señora NORA ZULUAGA GARCÍA nunca se trasladó al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y, por tanto, siempre permaneció en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la fecha de traslado de régimen por el extinto ISS, y en la actualidad por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”.

3. CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a que efectúe el traslado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la señora NORA ZULUAGA GARCÍA, con sus respectivos rendimientos financieros producidos con el saldo de la cuenta individual de la afiliada. Así como de los gastos de administración y comisiones cobrados durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación de la señora Zuluaga García, en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados.

4. ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, tener como vinculada sin solución de continuidad al REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA a la señora NORA ZULUAGA GARCÍA .

5. ORDENAR que, por secretaría, se comuniqué el contenido de esta sentencia a la OBP – OFICINA DE BONOS PENSIONALES del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que, en caso de haber emitido el bono pensional, proceda con la anulación del mismo mediante trámite interno, aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 833 de 2016.

6. Condenar en costas procesales en un 100% a favor de la demandante a Protección S.A.

7. Al encontrarnos frente a una sentencia adversa a los intereses de COLPENSIONES, se dispone se surta el grado jurisdiccional de consulta.

En síntesis, la Jueza de instancia, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, de acuerdo al material probatorio, dedujo que la demandada Protección S.A., AFP con quien se hizo el traslado de régimen de pensiones, no acreditó el cumplimiento del deber de información establecido para el año en que se produjo el traslado, pues únicamente se arrió como prueba el formulario de afiliación, siendo insuficiente para cumplir el fondo de pensiones con dicha carga probatoria. Del interrogatorio absuelto por la demandante ninguna confesión encontró que condujera a acreditar la existencia del consentimiento informado, razón por la cual el acto atacado, carecía de validez y eficacia.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

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

Colpensiones, apeló la decisión al considerar que las afirmaciones contenidas en el texto de la demanda y en el interrogatorio conllevaban a determinar que la acción judicial perseguía un interés económico que era obtener una mayor mesada; que por ello, lo decidido atentaba contra la estabilidad financiera del sistema pues se estaba obligando a Colpensiones a resarcir un daño que no produjo, el cual fue producto de un afiliado que nunca se interesó por retornar al RPM con PD sino hasta que observó el perjuicio.

Así mismo, hizo alusión a que la actora estuvo por varios años en el RAIS y realizó actos de relacionamiento al no haber dudas sobre el régimen al que pertenecía.

Finaliza, indicando que la decisión iba en contra de la disposición que impuso la prohibición de trasladarse antes de los 10 años previos a la edad mínima.

Protección S.A. recurrió la decisión de declarar la ineficacia de traslado bajo el argumento que la actora ejecutó actos de relacionamiento como lo fue el hecho de permanecer más de 20 años en el RAIS, tiempo durante el cual, según lo manifestado en el interrogatorio de parte, tuvo la oportunidad de recibir información y de actualizar datos, de lo que infiere, citando jurisprudencia, la voluntad de la afiliada de permanecer en dicho régimen, a lo que aúna el hecho de haber dado cuenta de haber recibido asesoría hace unos dos o tres años atrás.

En cuanto a los gastos de administración que se ordenaron trasladar a Colpensiones, refiere que dichos descuentos obedecieron a una orden legal de estricto cumplimiento, destinados a cubrir riesgos de los mismos afiliados, siendo además una prestación consolidada; que entendiendo que los jueces de instancia están en la obligación de cumplir con el precedente jurisprudencial, a su juicio, con las ordenes impartidas se estaba transgredieron el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, no existiendo tampoco una sanción que contemplara su devolución. Agrega, que con dichas ordenes se viola el principio de congruencia y de consonancia toda vez que en la demanda no se solicita la devolución de dichos valores.

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 mediante fijación en lista del 28-04-2022, la parte actora 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 (el) problema(s) jurídico(s) a ser abordado(s) consiste(n) en:

1. Establecer si fue acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS.
2. De ser afirmativa la respuesta, se deberá establecer si hay lugar a ordenar a la AFP demandada, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de régimen pensional, 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 indexada.

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:

- (i) La actora nació el 30-octubre-1962 vinculándose al ISS hoy Colpensiones desde el 28-junio-1994 (pág. 11, archivo 4);
- (ii) El 05-agosto-1994 se trasladó hacia de régimen a través de Davivir S.A. hoy Protección S.A. (pág. 26, archivo 4).
- (iii) La demandante al momento del traslado de régimen aglutinaba un total de 48.43 semanas (Pág. 59, archivo 27).

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, al ser interrogada la actora, esta informó que se encuentra vinculada laboralmente con Coomeva S.A. y al ser preguntada sobre las circunstancias en que se cambió de régimen pensional, en realidad 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 Protección S.A y Colpensiones., - que se tenga como ratificación el tiempo en que el demandante permaneció en el RAIS, el hecho que solo hace dos años hubiere recibido información por parte de la AFP; 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, lo que evidencian es la falta de acompañamiento, y aún, ante el supuesto que esta tuviera presente dicha disposición, debe tenerse en cuenta que la falta de asesoramiento de la que fue objeto, no le permitía distinguir cual régimen era el que más le convenía, pues nunca 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 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 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 (...). 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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 la demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionado, así lo dio a conocer en el interrogatorio, además que 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.

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 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.

² CSJ Sentencia SL1688-2019

Establecida la ineficacia del acto, pasa la Sala a resolver el problema jurídico relativo a las órdenes impartidas a la AFP quien recriminó la orden de devolver los valores que fueron cobrados por los fondos privados a título de gastos y/o comisiones por administración, 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)

Ahora, de cara a los cuestionamientos de la AFP recurrente frente a las órdenes que les fueron impartidas, para mayor ilustración, hay que partir del hecho que la cotización es una obligación que se deriva de la afiliación al sistema y de allí, es que las pensiones se consolidan a partir de esos aportes realizados por o a favor de afiliado.

En el RPM con PD, es sabido que esos aportes constituyen un fondo común de naturaleza pública destinada al pago de las pensiones, los gastos de administración y a la eventual capitalización de las reservas. En este régimen, del total del aporte, el 3% se destina a financiar los gastos de administración, las pensiones de invalidez y sobrevivientes y lo restante, ingresa al fondo común para financiar las pensiones de vejez y la capitalización de las reservas.

En contraste, en el RAIS del total del aporte, el 11.5% del IBC se direcciona a la cuenta de ahorro individual del afiliado, el 1.5% del aporte se destina al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS y el 3% restante se destina a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin y las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes.

De allí, es que las sumas que fueron cobradas para financiar los gastos de administración, incluidos los destinados para el fondo de garantía de pensión mínima y los utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, al ser parte integrante de la cotización, pues fueron descontados de ella, corresponden a los valores que deben ser restituidos a Colpensiones porque fue allí donde debieron ingresar y, deben ser indexados, porque dichos valores están afectados por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Con todo, puede decirse que las órdenes impartidas a la AFP encaminada a que Colpensiones perciba los conceptos que se acaban de enunciar, no son condenas a título de sanción o de indemnización de perjuicios, sino que son la consecuencia que se deriva del acto jurídico declarado ineficaz y que dejó sin efectos todas las vinculaciones posteriores a ella, lo que conlleva a que no se transgreda el principio de consonancia y, por la ineficacia misma, tampoco puede prescribir lo que no tuvo efectos jurídicos, máxime cuando de esa proporción del aporte es que emerge el derecho a la futura pensión del afiliado.

Así las cosas, es de concluir que no tienen vocación de prosperidad los argumentos planteados por la AFP recurrente.

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 tercero dispuso:

3. CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a que efectúe el traslado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la señora NORA ZULUAGA GARCÍA, con sus respectivos rendimientos financieros producidos con el saldo de la cuenta individual de la afiliada. Así como de los gastos de administración y comisiones cobrados durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación de la señora Zuluaga García, en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados.

De lo anterior, se observa que dicho ordinal deberá ser parcialmente modificado en los siguientes aspectos:

En primer lugar, para evitar confusiones, 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 se entiende que el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual está incluido aquellos valores por rendimientos.

En segundo lugar, si bien se ordenó la devolución de los gastos de administración y/o comisiones cobrados durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación de la señora Zuluaga García, con cargo a las propias utilidades de la AFP, debidamente indexados., debe adicionarse la orden incluyendo lo correspondiente a las cuotas de garantía de pensión mínima y de seguros previsionales, lo cual se hará conforme al grado jurisdiccional de consulta.

Del bono pensional.

Si bien, del natalicio de la parte demandante que fue el 30-octubre-1962 y, de acuerdo con la historia laboral al momento de traslado de régimen contaba con 48.43 semanas en el RPM con PD, lleva a concluir que a su favor no se generaría el bono pensional tipo A, lo cual fuerza concluir que se deberá revocar la orden impartida en el ordinal 5 de la sentencia.

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.

Finalmente, a manera de comentario, al no haber encontrado la Sala total correspondencia en lo consignado en el acta de la audiencia de juzgamiento respecto de la parte resolutive de la sentencia con lo que se dijo expresamente, según el audio de la misma, se deberá requerir al Juzgado de primera instancia a que efectúe la corrección de la respectiva acta.

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 y ADICIONAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, la cual quedará así:

“3. CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a que efectúe el traslado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, de la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la señora NORA ZULUAGA GARCÍA, por todo el tiempo en que ha permanecido en el RAIS.

Así mismo, Protección 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 al RAIS”

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal quinto de la parte resolutive de la sentencia.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Protección S.A. y Colpensiones, a favor de la parte demandante.

QUINTO: Requerir al Juzgado de primera instancia para que realice las correcciones al Acta de la audiencia de juzgamiento al no haber total correspondencia en lo consignado con lo que se dijo en audio, en lo que respecta a la parte resolutive de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Aclaración de voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Aclaración de 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: **b1a83a758c197ea8fb95c20809696d0d1dbe21335ef43478e73bf878b1df99bc**

Documento generado en 11/07/2022 07:28:41 AM

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