

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	66001310500520200034501
Demandante	Mariana Del Socorro Mojica Pacheco
Demandado	Colpensiones y Protección S.A.
Asunto	Apelación y consulta sentencia 21-06-2022
Juzgado	Quinto Laboral del Circuito
Tema	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 03 DEL 17 DE ENERO DE 2023

Hoy, dieciocho (18) de enero de dos mil veintitrés (2023), 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, proceden a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del ente público frente la sentencia de primera instancia proferida el **21 de junio de 2022**, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta Ciudad dentro del proceso ordinario promovido **MARIANA DEL SOCORRO MÓJICA PACHECO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PROTECCIÓN S.A.** Radicado **66001310500520200034501**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta sala, conforme el artículo 15 del Decreto No. 806 de 2020, adoptado como legislación permanente por la Ley 221 del 13 de junio de 2022, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 01

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones.

MARIANA DEL SOCORRO MÓJICA PACHECO solicita que se declare la ineficacia de su traslado de régimen hacia la AFP Colmena hoy Protección S.A. y en consecuencia se declare en libertad de afiliarse al RPM con PD administrado por Colpensiones. Por lo anterior, aspira a que se condene a Colpensiones a recibirla nuevamente como su afiliada y a Protección S.A. a liberar sus bases de datos, trasladando a Colpensiones las cotizaciones que hizo en dicho régimen. Además, solicita el pago de las costas.

1.2. Hechos.

En síntesis, informa la accionante que nació el 05-03-1967; se afilió al RPM con PD desde enero de 1984 y que el 27 de junio de 1996 se trasladó de

régimen con la AFP Colmena hoy **PROTECCIÓN S.A.**, entidad que no cumplió con el deber de información, señalando que solo le otorgó información parcializada en tanto que no le explicó las consecuencias y desventajas que implicaban tal vinculación.

La demanda fue presentada el 12 de noviembre de 2020 y admitida por auto del 27 de abril de 2021.

1.3. Posición de las demandadas.

Colpensiones se opuso a las pretensiones al considerar que no había evidencia de engaño o acto que evidencie motivo para que se declare el traslado de la actora como nulo o ineficaz. Excepciona: **validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas.**

Protección S.A. Se opuso a las pretensiones fundamentando que no existieron precisamente las maniobras preterintencionales que se le endilgan por lo que la accionante no pudo ser víctima de la omisión en la información en el momento de su decisión de trasladarse de régimen, concretándose su decisión en un acto de su propia voluntad, porque no es ni era sujeto susceptible de beneficiarse del régimen de transición. Como excepciones formula: **Genérica o innominada, Prescripción, Buena fe, Compensación, Exoneración de condena en costas, Inexistencia de la obligación, Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva de Protección S.A., 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, excepción de mérito cuotas de administración.**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Quinta Laboral del Circuito de Pereira, mediante sentencia del 21 de junio de 2022, dispuso:

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen que MARIANA DEL SOCORRO MOJICA PACHECO efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante solicitud del 25 de junio de 1996 efectivo a partir del 01 de agosto del mismo año a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., que proceda a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de MARIANA DEL SOCORRO MOJICA PACHECO, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación y sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses, sin descontar suma alguna por concepto comisiones, gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, los que se asumirán con cargo su patrimonio y debidamente indexados.

TERCERO. 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 31 de julio de 1996 día anterior a la efectividad del traslado, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se hubiese generado en favor del señor MARIANA DEL SOCORRO MOJICA PACHECO y que tendría como fecha de redención normal el 05 de marzo de 2027, 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.

CUARTO. ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. que, en caso de haberse efectuado la redención anticipada del bono pensional, proceda a restituir la suma pagada por ese concepto a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y/o a la entidad que hubiese efectuado el pago, monto que deberá ser indexado con cargo a sus propios recursos.

QUINTO. ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, que acepte el retorno de MARIANA DEL SOCORRO MOJICA PACHECO, sin solución de continuidad, desde el momento en que se afilió al régimen que administra.

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

SEPTIMO. CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A. en un 100% a favor de la parte actora. Por secretaría líquídense. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

Al pronunciarse sobre la ineficacia del traslado de régimen, consideró que no existía prueba dentro del expediente que demostrara que a la demandante se le suministró la información necesaria en todas las etapas del proceso del traslado, lo que constituía una obligación para Protección S.A, entidad que debía suministrar de forma completa y comprensible, las ventajas y desventajas sobre el traslado de régimen. Para arribar a tal determinación, se respaldó en la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia, enfatizando que la carga de la prueba recaía en la AFP con quien se realizó la mutación de régimen, debiendo aquella demostrar que la información dada fue clara, oportuna, suficiente y que garantizara la libertad en la expresión de su consentimiento, condiciones que no fueron acreditadas por dicha demandada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

3.1. PROTECCIÓN S.A. Manifestó su inconformidad frente a la ineficacia declarada al considerar que la actora recibió toda la información necesaria al momento de su traslado; se benefició del RAIS por más de 27 años; el nivel de información al momento del traslado era básica y verbal, por lo que no se le puede imponer la rigurosidad que ahora exige la jurisprudencia. Asegura que debía tenerse en cuenta que la accionante fue descuidada frente al sistema sin buscar asesoría alguna en la AFP.

De otro lado, reacciona la orden de trasladar los gastos de administración y demás emolumentos al considerar que ello contraviene varias disposiciones legales; que la AFP cumplió con la Ley al descontar de los aportes los porcentajes de administración y los seguros previsionales, sin que fuera posible ni legal el retornar dichos emolumentos a título de sanción aun cuando la ley no lo contempla. Respecto a los seguros previsionales refirió que no era posible su devolución porque fueron cancelados cada mes a la aseguradora contratada que un tercero de buena fe que no podía ser

afectada con la decisión aun cuando no se encuentra vinculada a la litis. Agrega que declarada la ineficacia de la afiliación y tenerse como un acto inexistente igual suerte corren los rendimientos financieros, los cuales fueron generados por la gestión de la AFP en virtud de los gastos de administración, considerando que con lo decidido hay enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, pues ninguna gestión realizó para recibir los emolumentos que fueron ordenados trasladar.

Finaliza solicitando se le absuelva de las costas del proceso, la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales.

3.2. COLPENSIONES, recrimina la decisión de declarar la ineficacia bajo el argumento que el demandante estuvo afiliado al RPM y se trasladó al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones, entendiéndose así su deseo de acogerse a dicho régimen conforme a la libre elección. Agrega que debía tenerse en cuenta que el actor no podía trasladarse nuevamente de régimen porque estaba a menos de 10 años de adquirir la edad mínima pensional y acceder a ello también descapitaliza el régimen de prima media; asegura que la parte actora no probó vicios en el consentimiento ni allegó medios de prueba que demostraran sus dichos aunado a que a la fecha del traslado, no era riguroso para los fondos de pensiones la labor de asesoría pues era verbal y ningún documento se debía tener para demostrar tal aspecto; que el actor se ratificó en el RAIS al permanecer allí por más de 26 años, siendo su la razón de querer retornar a prima media por un interés económico, lo cual atenta con la sostenibilidad financiera del sistema. Finalmente, solicita que en segunda instancia tampoco se le impongan costas por ser un tercero que no tuvo responsabilidades en el presente litigio.

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 y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

IV. ALEGATOS

La fijación en lista para surtir el traslado para alegatos se surtió el **27 de septiembre de 2022**. Las partes presentaron alegatos. El ministerio Público no rindió concepto.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con los recursos y alegatos presentados por las partes, los (el) problema(s) jurídico(s) a ser abordado(s) consiste(n) en: (I) Establecer si fue acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS; (II) De ser afirmativa la respuesta, se deberá determinar, establecer 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, 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.

De otro lado, los siguientes hechos no presentan discusión los siguientes aspectos:

- La Sra. Mojica Pacheco nació el **5 de marzo de 1967** (archivo 01, página 27)
- La actora se afilió al ISS el **21 de enero de 1988** contando con 375,14 semanas aportadas al momento del traslado (Historia Laboral, expediente administrativo)
- La actora suscribió formulario de afiliación a Colmena hoy Protección S.A. el **27 de junio de 1996** (archivo 01, página 51)
- La accionante cuenta con bono pensional tipo A modalidad 1, estando prevista como fecha normal de redención se encuentra prevista para el **5 de marzo de 2027** (archivo 01, página 35, 52-53)

Desenvolvimiento del asunto planteado.

Conforme a los anteriores referentes, pasa la Sala a desatar la alzada, en los siguientes términos:

5.1. 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).

5.2. De la permanencia 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 durante su interrogatorio acepta haber firmado los formularios de afiliación 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.

De hecho, durante el interrogatorio a la promotora de esta litis, indicó que en la actualidad no se encuentra laborando. Respecto de la información recibida al momento de trasladarse de régimen se reiteró en los hechos de la demanda, negando haber recibido información adicional. Aceptó el haber firmado el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones, pero no informada. Agrega que se les indicó que el ISS se acabaría, que no retornó al RPM con PD porque nunca se lo indicaron por lo que desconocía tal aspecto.

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 **1996**, es factible pregonar sin vacilación que, a la AFP demandada, le correspondía cumplir con el deber de información que deviene de las disposiciones constitucionales, de la Ley 100 de 1993, artículos 13, literal b), 271 y 272 y del Decreto 663 de 1993, artículo 97, según los cuales, como mínimo, debió ilustrarse a la potencial afiliada sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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 por el hecho de haber hecho uso de los periodos de gracias o por la afiliación a aportes voluntarios que hizo de manera ulterior, o porque 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 el accionante hubiese tenido de presente la limitación de estar a menos de 10 años, 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 del afiliado 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 se evidencian actos que pudieran haber convalidado la voluntad del afiliado 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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

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

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

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

Es de recalcar, que la Sala de Casación Laboral ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto 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 sentencia SL373/2021, que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer, situación que aquí no ocurre, en tanto que en el expediente no obra evidencia alguna de que estuviese disfrutando de una pensión otorgada por el RAIS, y por ello nada impide el declarar la ineficacia, acción que no fue equivocada porque la ineficacia surge de la indebida o falta de información al momento de traslado de régimen, como aquí sucedió.

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.

² CSJ Sentencia SL1688-2019

Con todo, se deberá confirmar la ineficacia declarada por la A-quo al no tener vocación de prosperidad los argumentos esbozados por las demandadas.

5.3. De las 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 demandadas 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. Frente a ello, debe decirse que la consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado es que la afiliación se retrotrae al estado en que se encontraba, lo que implica que las AFP's del RAIS deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C, incluidos los gastos de administración, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre otras, en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.»

Lo anterior implica que la AFP del RAIS tiene el deber de trasladar todos los dineros que por concepto de aportes y rendimientos se hubieren producido y que hacen parte de la cuenta de ahorro individual del accionante, además de los valores que cobró la AFP a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes destinados para el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020) y por tanto deberán ser abonados en el fondo común que administra Colpensiones y utilizados para la financiación de la pensión de vejez de la parte demandante (SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4141-2021, SL3611-2021, entre otras más).

Para reforzar 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 RMPMD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)”.

Ahora, de cara a los cuestionamientos frente a las órdenes que les fueron impartidas a las AFP, 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, sino que son la consecuencia que se deriva del acto jurídico declarado ineficaz, lo que conlleva a que no se transgreda el principio de consonancia y, por la ineficacia misma, no 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 tiene vocación de prosperidad los argumentos planteados por la AFP Protección S.A., lo cual amerita confirmar las órdenes impartidas en la sentencia.

5.4. Revisión de las condenas y grado de consulta a favor de Colpensiones.

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

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., que proceda a devolver a [...] COLPENSIONES, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de MARIANA DEL SOCORRO MOJICA PACHECO, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación y sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses, sin descontar suma alguna por concepto comisiones, gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, los que se asumirán con cargo su patrimonio y debidamente indexados.

Revisadas dichas órdenes, encuentra la Sala la necesidad de modificar el citado ordinal, para excluir la orden de trasladar las sumas adicionales, frutos e intereses”. Como se observa, la orden dispuesta resulta difusa, en primera medida, 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*” ya que los demás conceptos a los que allí se hace alusión “*sumas adicionales junto con sus rendimientos, frutos e intereses*” se entiende que corresponden a los mismos rendimientos financieros.

En segunda medida, no es adecuado el disponer “*sin descontar suma alguna por concepto comisiones, gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, los que se asumirán con cargo su patrimonio y debidamente indexados*” porque dichos emolumentos ya fueron restados en su momento, razón por la que, acorde a la línea jurisprudencial ya traída a colación, lo que corresponde es ordenar su reintegro de manera indexada, para ser trasladado hacia Colpensiones por las razones anteriormente esgrimidas.

5.5. Del bono pensional.

Como quiera que del natalicio de la parte demandante es del 05 de marzo de 1967 y, con la información aportada al proceso, la actora al contar al momento de traslado con 375 semanas en el RPM con PD impone el concluir que a su favor se generaría el bono pensional tipo A, cuya fecha de referencia o de redención normal se estimó para el **05-03-2027**, aspecto que conlleva a que las ordenes impartidas en ese sentido se deban mantener.

5.6. De las costas de primera y segunda instancia.

Frente al reproche sobre la imposición de costas procesales realizada por Protección S.A., debe advertirse que éstas son consecuencia de las results del proceso, donde la AFP al resultar vencida procede su imposición, al tenor del artículo 365 del C.G.P. Ello implica, que no hay lugar a relevar de dicha imposición a dicha AFP.

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, sin que sea de recibo la solicitud de Colpensiones de que se le exima de las mismas toda vez que las costas en esta instancia se causaron.

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.

VI. RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la parte resolutive para **ACLARAR** que la fecha de cambio de régimen se produjo el 27-06-1996.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de excluir la orden de trasladar “sumas adicionales, frutos e intereses”. Y para otorgar mayor claridad dicho ordinal 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 **MARIANA DEL SOCORRO MÓJICA PACHECO.***

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”.

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.

NOTÍFIQUESE 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: **c8f6f7b091f709fd8249b863788a448b9d1b2086d76d8b7de8b49d52d439fe06**

Documento generado en 18/01/2023 09:43:45 AM

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