

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL



GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado Ponente

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicado:	66001310500420230007601
Demandante:	Beatriz Elena Bonilla Martínez
Demandado:	Colpensiones, Protección S.A., Colfondos S.A.
Asunto:	Apelación y consulta sentencia 29 de agosto de 2023
Juzgado:	Cuarto Laboral del Circuito
Tema:	Ineficacia

APROBADO POR ACTA No. 202 DEL 12 DE DICIEMBRE DE 2023

Hoy, trece (13) de diciembre 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 Goez Vinasco, procede a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **BEATRIZ ELENA BONILLA MARTINEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** Radicado: **66001310500420230007601.**

AUTO

Aceptar la renuncia que, al poder otorgado por Colfondos S.A., presentó la abogada Jeimmy Carolina Buitrago Peralta, con c.c. 53.140.467 y T.P. 199.923 del CSJ. y perteneciente a la firma sociedad BUITRAGO PERALTA & ASOCIADOS ABOGADOS S A S.

Reconocer personería para actuar a la abogada María Camila Castillo Puentes, en los términos del poder otorgado por el representante legal de Gómez Meza & Asociados S.A.S., firma que representa los intereses de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, según la escritura pública 5034 del 28-09-2023 (archivo 06 y 07).

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta Sala, conforme al 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. 210

ANTECEDENTES

BEATRIZ ELENA BONILLA MARTÍNEZ aspira a que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen en el cual migró del Régimen de

Prima Media Con Prestación Definida (RPM con PD) hoy administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, hacia **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**

En consecuencia, solicita que se ordene a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** remitir hacia Colpensiones, los saldos, cotizaciones y/o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales juntos con sus intereses y con la diferencia entre el valor de lo trasladado por la AFP y lo que hubiere cotizado de haber permanecido en el otrora ISS durante el tiempo en que la actora estuvo en ellas afiliada. Además, solicita que se ordene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"**, que una vez reciba de la AFP PROTECCION S.A., las cotizaciones y/o aportes, los saldos, beneficios, rendimientos y diferencias económicas, acepte el traslado pensional de la actora. De otro lado, solicita que se condene a las agencias en derecho y costas procesales correspondientes.

Los hechos que sustentan lo pretendido, indican que la actora en marzo de 1990 se vinculó al ISS hoy Colpensiones; que el 25 de Mayo de 2001, firmó un formulario de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., a través de un asesor que le realizo el traslado sin brindarle la asesoría legal y financiera que se requería para ella tomar una decisión libre e informada; ya que no le dio información plena, cierta, seria y oportuna que le permitiera la decisión bajo un consentimiento completo, informado y consciente de las consecuencias económicas que generaría la decisión. Agrega, que el 1 de agosto de 2008, firmo formulario de traslado entre AFP del RAIS, con la Administradora De Fondos Pensiones y Cesantías Protección S.A. quien además negó su solicitud de retornar a prima media por estar a menos de 10 años de la edad mínima (archivo 01).

La demanda fue radicada el 27-02-2023 y admitida por auto del 21-03-2023.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** al contestar (archivo 08) se opuso a lo pretendido considerando que no estaban acreditados los requisitos para declarar la ineficacia y tampoco existían los medios de prueba que acrediten las circunstancias expuestas en la demanda, por lo que el traslado de régimen es eficaz. Como excepciones formula: **Improcedencia de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, Improcedencia de admisibilidad de la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en ineficacia de traslado de régimen, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, Buena fe, excepta de culpa, Improcedencia de condena en costas y agencias en derecho, Prescripción e innominadas.**

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a las pretensiones (archivo 09) al considerar que la afiliación fue en uso del derecho a la libre escogencia; que la actora recibió de los asesores comerciales de Colfondos una asesoría integral y completa, por lo que no se podía concluir que el traslado de régimen fue nulo, por cuanto se cumplieron todos los

presupuestos de ley, y el formulario fue firmado sin presión ni coacción alguna para efectuar el traslado, y por ende no está viciado el consentimiento. Asegura que tampoco era posible dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la parte demandante con la vinculación formal a la AFP Colfondos S.A., y dentro del plazo legal no manifestó inconformidades ni su deseo de volver al Régimen de Prima Media por lo que tampoco se podía declarar la ineficacia. Como excepciones formula **Prescripción de la acción para solicitar la nulidad de la afiliación, Compensación y pago, Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, Buena fe, Innominada, Ausencia de vicios del consentimiento, Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, Ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.**

La **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** no contestó la demanda, conducta que se tuvo como indicio grave en contra según auto del 28 de junio de 2023 (archivo 15).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, mediante sentencia del 29 de agosto de 2023, dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que BEATRIZ ELENA BONILLA MARTÍNEZ efectuó al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A. el **25 de mayo del 2001** con efectividad a partir del 01 de julio del año 2001; y posteriormente los traslados horizontales a ING – Hoy PROTECCIÓN S.A. el **01 de agosto del 2008** el cual se hizo efectivo el 01 de octubre de 2008, así como a COLFONDOS S.A. el **20 de mayo del 2009** con efectividad desde el 01 de julio de idéntica data y finalmente a Protección S.A. el **20 de marzo del 2014** el cual se hizo efectivo a partir del 01 de mayo de 2014, debiéndose retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, dadas las consideraciones precedentes. **SEGUNDO:** A. ORDENAR al fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual correspondiente a todo el tiempo en que la actora ha permanecido en el RAIS, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión. B. CONDENAR a los fondos privados de pensiones COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A. para que, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, procedan a restituir los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Se precisa que, al momento de cumplirse estas órdenes, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **TERCERO:** COMUNICAR a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que, en un trámite interno y aplicando lo previsto en las normas que regulan la materia, tal como se expuso en la parte motiva, proceda a ejecutar todas las acciones necesarias, para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó a favor de la señora BEATRIZ ELENA BONILLA MARTÍNEZ. **CUARTO:** ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., para que, en caso de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, proceda a restituir la suma

pagada por ese concepto a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con su propio patrimonio. **QUINTO:** ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que proceda a aceptar sin dilaciones, el traslado de la señora BEATRIZ ELENA BONILLA MARTÍNEZ del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, desde el momento en que se afilió a este último régimen. **SEXTO:** DESESTIMAR las excepciones propuestas por las accionadas. **SÉPTIMO:** CONDENAR en costas procesales a cargo de COLFONDOS S.A. en un 100%, en favor de la demandante

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

Frente al caso concreto, dedujo que de las pruebas documentales no se evidenciaba cuál fue la información que brindó el asesor a la actora al momento de efectuar el traslado de régimen pensional, aunado a esos elementos no aportaban en nada para resolver el problema jurídico: que, en interrogatorio a la demandante, si bien contó cuáles fueron las condiciones en que efectuó el traslado de régimen pensional, lo cierto es que no se había logrado obtener una confesión que permitiera concluir que el fondo demandado cumplió con su deber de información, por lo que no se visualizaba que la AFP hubiere proporcionado la información suficiente al momento de la afiliación o durante el vínculo de la parte actora, incumpliendo la pasiva con la carga de la prueba. De allí, es que dedujo que la decisión de traslado no estuvo precedida de la comprensión suficiente y con un real consentimiento, sin que tampoco existiera prueba en el expediente que acreditara que la asimetría en la información para el año 2001, cuando la actora se trasladó de régimen. Finalmente, concluye que los traslados horizontales que hizo o el tiempo en que ha permanecido en el RAIS no eran situaciones que demostraran por sí solas los actos de relacionamiento, por lo que había lugar a declarar la ineficacia con las consecuencias que ello aparejaba.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Colfondos S.A. recurrió la decisión que dispuso el traslado de los conceptos por parte de Colfondos al considerar que no era posible sostener la indexación de ellos porque con los rendimientos generados por Colfondos fueron superiores a los que se podían generar en Colpensiones, por lo que estaba más que compensado tal concepto. Refiere que la indexación ordenada era una excesiva imposición porque con el traslado de los rendimientos se completaría la pérdida del poder adquisitivo de los recursos objeto de transferencia a Colpensiones.

Colpensiones. Recurrió la decisión, indicando que la afiliación del demandante fue válida al cumplir con los requisitos de la normatividad vigente pues se verificó que la demandante firmó de manera libre y voluntaria y sin presiones el formulario de afiliación, además, la demandante no acreditó el lleno de los requisitos porque no era beneficiaria el régimen de transición y se encuentra a menos de 10 años para acceder a su derecho pensional, por lo que era improcedente deducir la ineficacia cuando después de tanto tiempo aduce que fue engañada solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas, por lo que no podía alegarse la ineficacia, pues la acción debió ser la de resarcimiento de perjuicios, agregando que Colpensiones no participó de la afiliación.

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.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Como la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídica sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se atienden los alegatos que guarden relación directa con los temas debatidos. Para tal efecto, mediante fijación en lista, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, los cuales obran en el expediente digital. De la presentación de alegaciones en término, se remite a la constancia de la Secretaría de la Sala.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con los recursos y alegatos presentados por las partes, los problemas jurídicos a ser abordados consisten en establecer si había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional; determinar si había lugar a ordenar a la AFP Colfondos S.A, el traslado, con cargo a sus propios recursos, del valor de las comisiones, cuotas de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales hacia Colpensiones, indexados y, se deberán analizar las órdenes impartidas en la sentencia y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Para resolver, es de tener en cuenta que los siguientes hechos no presentan discusión: **i).** - **Beatriz Elena Bonilla Martínez** nació el 10-05-1968 (archivo 02, pág. 1); **ii).**- La actora se afilió al ISS hoy Colpensiones realizando aportes entre el 03-05-1994 cotizando hasta el momento de traslado de régimen un total de 304.57 semanas (archivo 02, pág. 14 y archivo 08, pág. 21); **iii).**- La actora se trasladó del RPM con PD hacia el RAIS administrado por Colfondos el **25-05-2001** (archivo 02, pág. 16); **iv).**- La actora hizo traslados horizontales, así: (i) De Colfondos S.A hacia ING hoy Protección S.A. el 08-08-2008 (archivo 02, pág. 47); (ii) Desde ING hoy Protección S.A a Colfondos el 20-05-2009 (archivo 02, pág. 9) y (iii) Desde Colfondos S.A. hacia Protección S.A, el 20-03-2014 (archivo 02, pág. 9); **v).**- Según la historia laboral de Protección S.A, la actora cuenta con un bono pensional con fecha Redención del Bono 10/05/2028 (archivo 02, pág. 30).

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

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 estas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, por ello, el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y la sentencia SL-12136 rad. No 46292 del 3 de septiembre de 2014.

Es de anotar que la jurisprudencia antes citada corresponde a traslados respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, sin embargo, en sendos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL1452-2019, SL1017-2022, señala que, ni la jurisprudencia desarrollada por esa Corporación y, mucho menos el ordenamiento jurídico laboral y de la seguridad social prevén como requisito para que resulten aplicables las reglas sobre ineficacia del traslado y en especial la relativa a la inversión de la carga de la prueba que en ella opera, que el afiliado al momento del cambio de régimen pensional fuese beneficiario del régimen de transición, tuviese un derecho consolidado o una expectativa legítima, por el contrario, se ha estimado que para que resulte viable la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado, así como, la inversión de la carga de la prueba que en estos asuntos se configura, lo que se exige es que la administradora de pensiones hubiese faltado a su deber de información, ya que «el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y

voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ3719-2021), todo ello por cuanto «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4025-2021).

Así mismo, se ha de señalar que, por el solo 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 transgresión al deber de información 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).

Del deber de información

Aplicando los anteriores criterios al caso que nos ocupa, debe decirse que de la documental adosada ninguna es idónea para demostrar que en la antesala de la decisión que tuvo la afiliada para migrar del RPM con PD, la AFP cumplió con su deber de información, esto es, dotando a la 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 actora signó el formulario del traslado que aceptó haberlo realizado de manera “**libre, voluntaria y sin presiones**”, de ello no se puede deducir que hubo un consentimiento o una 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. Se debe tener 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 la demandante se iba va a trasladar.

Para auscultar si se cumplió con el propósito de la alzada, se escuchó en **interrogatorio** a **Beatriz Elena Bonilla Martínez**, Profesional en enfermería; quien relató que en mayo del 2001 laboraba en una entidad de salud en Bogotá; un asesor comercial que iba a la empresa la abordó preguntándole en qué fondo de pensiones estaba, momento en que estaba en el ISS y, siendo para entonces un momento coyuntural del Seguro Social, le ofreció el traslado a Colfondos y sin mayor información accedió para asegurar que los aportes estuvieran en un en un sitio seguro teniendo en cuenta lo que podía pasar con el ISS. Negó que el asesor le hubiera realizado explicaciones sobre la cuenta de ahorro individual o sus características porque solo se le dijo que sus aportes serían trasladados, refiriendo haber tenido total desinformación para la época.

De dicho instrumento de prueba se advierte que no se encontraron manifestaciones que, conjunta o individualmente, puedan calificarse como una confesión de haber recibido la información a que estaban obligadas la AFP en la antesala del traslado de régimen pensional, lo que implica que, el fondo solo demostró 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, Colfondos S.A. hubiere cumplido con el deber de información que le correspondía.

En todo caso, resulta notorio que faltó a su deber de «*información y buen consejo*», omitiendo informar sobre las ventajas, desventajas, características, riesgos, posibilidades de pensión en cada régimen y demás aspectos que le permitiese comprender claramente la conveniencia o inconveniencia de su decisión, condiciones que debía probar la AFP, pero no lo hizo. Esta situación se acompasa con lo lineado en las sentencias SL12136-2014 y SL4373-2020, entre otras.

A lo anterior se suma, que las obligaciones que debían observar los fondos 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 **2001**, es factible pregonar sin vacilación que a **Colfondos S.A.** 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 al potencial afiliado sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, aspectos anteriores que tampoco se observó respecto de Protección S.A.

Actos de relacionamiento – Acción a emprender

En este punto, no se puede pretender que se tenga como ratificación el tiempo en que la 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 cuál régimen era el que más le convenía, pues nunca le mencionaron las características del RAIS, no 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 la demandante desconocía para adoptar una decisión debida y completamente informada.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia del afiliado por varios años al RAIS o porque hizo traslados horizontales entre Colfondos S.A y Protección S.A. 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.

De otro lado, tampoco puede afirmarse que la actora hizo actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad de pertenecer al RAIS por el hecho de permanecer por varios años en él. 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.

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

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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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”.

En cuanto a la acción a emprender, 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, tratándose de pensionados, la alta Corporación ha definido, en sentencia (SL 373/2021), que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer. Dicha situación aquí no ocurre, por cuanto la demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionada, en tanto que aún se encuentra vinculada laboralmente.

Conforme a lo expuesto, la ineficacia del traslado que fue decretada por la *a-quo* se generó por la falta de asesoría al momento de realizar el traslado a la AFP del RAIS, 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 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 Colpensiones.

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen

Frente a la orden de devolver los gastos de administración, comisiones y cuotas de garantía de pensión mínima indexadas, ello resulta procedente, dado 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 los fondos privados deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como los dispone el artículo 1746 del C.C., incluidos los gastos de administración, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre otras, en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

² CSJ Sentencia SL1688-2019

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora, esta 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 **Protección S.A.** tiene del 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 de la accionante. De igual forma, tanto **Protección S.A.** como **Colfondos S.A.** también deben retornar los valores que cobró 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, tal y como lo dispuso la jueza de primer orden.

Lo anterior, precisando que dichos emolumentos deben ser abonados en el fondo común que administra **Colpensiones**, ya que son utilizados para la financiación de la pensión de vejez de la parte demandante (SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4141-2021, SL3611-2021, entre otras más).

Acorde a lo dicho, la orden de devolver dichos emolumentos en sentencia SL1017-2022, M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, se expuso:

“... 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)”.

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.

Así mismo, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que se deben reintegrar a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

Con todo, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, pues los argumentos expuestos por Colfondos S.A. no tienen vocación de prosperidad.

Consulta de la sentencia en los aspectos no recurridos

Con relación al **bono pensional**, comoquiera que la demandante al momento de trasladarse de régimen pensional contaba con un bono pensional con fecha normal de redención del 10/05/2028 (archivo 02, pág. 30), además que la actora aglutinaba al momento de traslado de régimen un total de 304.57 semanas (archivo 02, pág. 14 y archivo 08, pág. 21), lleva a concluir que las ordenes impartidas por la Jueza deben ser mantenidas.

Con todo, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada que declaró la ineficacia del traslado de régimen y como se resolvió de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos, se impondrá costas en esta instancia a Colpensiones y Colfondos S.A a favor de la parte actora. Sin costas respecto de Protección S.A.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 29 de agosto de 2023, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Colfondos S.A., a favor de la parte actora. Sin costas respecto de Protección S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Quienes conforman la Sala,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada
Aclara voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado
Con Ausencia Justificada

Firmado Por:

German Dario Goez Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 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: **3b8a3a70b5eadd7968e4d0544a4037117e9a6b90152505bb44c47d32c6e7cf7**

Documento generado en 12/12/2023 03:59:33 PM

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