

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicado:	66001310500520180035501
Demandante:	Alberto García López
Demandado:	Colpensiones y Protección S.A y Colfondos S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia 18-01-2021
Juzgado:	Quinto Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 06 DEL 18 DE ENERO DE 2022

Hoy, veinticuatro (24) de enero 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 18-01-2021, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones en la misma providencia, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **ALBERTO GARCÍA LÓPEZ** contra las **ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.** y **COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, radicado **66001-31-05-005-2018-00355-01**.

RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA

Reconocer personería a la abogada Paula Andrea Murillo Betancur, con cédula 1088307467 y T.P. 305.746 del C. S. de la J., en los términos de la sustitución de poder otorgado por el representante Legal de Conciliatus S.A.S, en defensa de los intereses de Colpensiones.

Reconocer personería al abogado Sebastián Ramírez Vallejo con cédula No. 1.088.023.149. y T.P. No. 316.031 como apoderado inscrito de Tous Abogados Asociados S.A.S., en defensa de los intereses de Colfondos.

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,

S E N T E N C I A No. 04

I. ANTECEDENTES

1) Pretensiones

Alberto García López aspira a que se declare la nulidad del acto jurídico de traslado de régimen pensional realizado el 03-03-1995 con Protección S.A. y en consecuencia, se autorice su retorno al RPM con PD administrado hoy por Colpensiones, manteniendo para el efecto las prerrogativas del régimen de transición. Así mismo, solicita se condene a la AFP Colfondos S.A. a remitir hacia Colpensiones los saldos, cotizaciones, bonos, sumas adicionales, frutos e intereses y se le condene en costas procesales.

2) Hechos

En sustento de lo pretendido, sostiene el accionante que se vinculó al RPM con PD desde el 14-07-1988; que suscribió formulario de traslado de régimen hacia el RAIS el 03-03-1995 con Protección S.A., que posteriormente suscribió formulario de afiliación hacia Colfondos S.A. y que en el 2017 al solicitar su retorno al RPM con PD ya se encontraba incurso en la prohibición de trasladarse faltándole menos de 10 años para adquirir la edad mínima pensional.

En suma, se queja de no haber recibido de la AFP la información debida y suficiente al momento de traslado de régimen pensional por lo que desconocía de las consecuencias adversas que finalmente le contraería el haberse trasladado al RAIS; que el asesor incumplió con el deber de suministrarle información relativa a su expectativa pensional, de los efectos, consecuencias de cambiarse de régimen y demás información relevante de ambos regímenes pensionales.

3) Posición de las demandadas.

Admitida la demanda por auto del 24-07-2018, las extremas pasivas luego de ser debidamente notificadas se opusieron a las pretensiones, así:

Colpensiones, consideró que no era viable acceder a lo pretendido por cuanto si bien el demandante se había afiliado al RAIS también lo era que tuvo varios años para haber retornado y al no haberlo hecho se ratificó en la voluntad de pertenecer al RAIS; que al no contar con 15 años de servicios a la entrada en vigor de la ley 100 de 1993 no era dable autorizar el regreso al RPM con PD porque además se encontraba el afiliado a menos de diez años para adquirir la edad mínima pensional; que de demostrarse la causal para declarar nulo el acto de traslado también era cierto que por el paso del tiempo estaría saneada. Como excepciones formuló **“inexistencia de la obligación, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condenar en costas y genéricas”**.

Colfondos S.A., sustentó su oposición argumentando que nunca existió vicio en el consentimiento del actor y de haber sido así ya estaría

saneada pero que la vinculación al RAIS fue con ajuste al ordenamiento legal siendo suscrito el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones, la cual estuvo precedida de la asesoría necesaria para adoptar tal decisión. Agrega que el demandante se ratificó en su voluntad de pertenecer al RAIS tras haber permanecido por más de 23 años en él, realizando aportes regulares en su cuenta de ahorro individual y realizando traslados horizontales al interior del RAIS. Como excepciones formula **“validez de la afiliación a Colfondos e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la supuesta nulidad relativa, prescripción, buena fe, innominadas”**.

Protección S.A. sustentó su oposición bajo el argumento que la demandante se había afiliado al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones sin que la AFP hubiese incurrido en omisiones de información o hubiese hecho incurrir en error al afiliado o que este se hubiese engañado por la AFP. Agrega que el actor ha permanecido por varios años en el RAIS por lo que cualquier nulidad estaría saneada y ello conllevaba a la ratificación de la voluntad de pertenecer al RAIS; que no hizo uso de la posibilidad de retracto ni del periodo de gracia durante los años 2003 y 2004 por lo que no era posible acceder a lo solicitado porque además no contaba con 15 años de servicios a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y estaba a menos de los 10 años de alcanzar la edad mínima. Como excepciones formula **“genéricas, prescripción, buena fe, compensación, exoneración en costas, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva, 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 la entidad llamada a juicio, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”**.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

La jueza de primer orden decidió la litis, así: **Primero:** Declaró ineficaz el traslado de régimen que ALBERTO GARCIA LOPEZ efectuó al RAIS, mediante solicitud del 30-03-1995 a través de PROTECCION S.A, y con ello, los traslados que hizo el actor entre administradoras. **Segundo:** Ordenó a COLFONDOS S.A, proceder a devolver a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación, incluyendo lo que en su momento se aportó a través de PROTECCIÓN S.A e ING, bonos y sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses; **Tercero.** Ordenó a COLFONDOS S.A., y PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, con cargo a sus propios recursos, el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobraron, así como las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales que descontaron durante el período que el actor estuvo afiliado a dichos fondos, debidamente indexada. En el caso de Protección S.A. se ordenó devolver igualmente lo correspondiente por ING así: Del 01-04-1995 al 30-04-2001 y del 01-07-2005 al 31-05-2006, esta última respecto a la afiliación a ING. En

el caso de Colfondos S.A, se ordenó devolver lo correspondiente del 01-05-2001 al 30-06-2005 y del 01-06-2006 a la actualidad. **Cuarto:** Condenó a Colpensiones a aceptar el retorno del actor, sin solución de continuidad, desde el momento en que se afilió al régimen que administra. **Quinto.** Declaró no probados los medios exceptivos propuestos. **Sexto.** Condenó en costas a Colfondos S.A y Protección S.A. en un 100% a favor de la parte actora y absolvió de las mismas a Colpensiones.

Para decidir, hizo hincapié en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de las normas aplicables al caso, por lo que reseñó que la institución jurídica aplicable era la ineficacia que también abarcaba la nulidad, ello en cuanto a que sus consecuencias eran idénticas y que se tornaba ineficaz el traslado de régimen cuando el potencial afiliado no tomaba la decisión suficientemente informada, lo cual era una obligación directa de las AFP, atendiendo el momento histórico en que se produjo el traslado de régimen.

Advierte que la carga de la prueba estaba en cabeza del fondo de pensiones con quien suscribió el formulario de afiliación y que conllevó al traslado de régimen, situación que para el caso no se había cumplido pues únicamente existía certeza de que el formulario de afiliación se firmó de manera libre, voluntaria y sin presiones, según el interrogatorio, precisando que esa sola afirmación no implicaba que hubiera recibido una información completa, suficiente, clara y veraz si el afiliado desconocía las consecuencias, características, riesgos, requisitos pensionales para cada régimen, así como las ventajas, desventajas y demás, razón por la que la AFP debía de acreditar que cumplió con la obligación de informar y de obrar con toda la diligencia y cuidado, situación que al no haberse logrado en el caso estudiado conllevó a la declaratoria de ineficacia del contrato de afiliación.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconformes con la decisión los apoderados de Protección S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

Protección S.A., recurrió la decisión adoptada la cual sustentó en que la parte demandante recibió toda la información al momento de trasladarse de régimen y ratificó dicha voluntad con la permanencia que ha tenido al interior del RAIS y con los traslados horizontales que hizo a Protección S.A. y Colfondos S.A., beneficiándose de las prerrogativas del mismo; para el momento histórico del traslado de régimen la exigencia de información era mínima, verbal y solo se exigía la suscripción del formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones, por lo que no era dable hacer retroactiva la exigencia de la actual normatividad y de la jurisprudencia, las que ahora son más rigurosas.

Afirma que del interrogatorio se desprende que el actor contaba con todo el conocimiento sobre las ventajas del RAIS, sus características y las diferencias respecto del RPM con PD, por lo que nunca fue engañado

y no era posible que a puertas de pensionarse pretenda retrotraer la decisión de traslado para obtener una mayor mesada en Colpensiones.

En cuanto a las cuotas de administración, manifestó su desacuerdo respecto de lo decidido por cuanto ello corresponde a una contribución legal por la gestión realizada por la AFP en favor del afiliado, lo cual resultaba inequitativo que fuera despojado de dichos emolumentos y si la ineficacia daba a entender que el traslado no se produjo, por sustracción de materia, los citados emolumentos tampoco existieron al igual que los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual. En cuanto a los seguros previsionales argumentó que no era equitativo ordenar su devolución porque son dineros cancelados a las aseguradoras y por ello era imposible su recobro.

Finaliza solicitando la revocatoria de la sentencia y la absolución en costas procesales al considerar que su actuar fue siempre de buena fe y ajustada a derecho.

Colfondos S.A., por su parte sustentó el recurso manifestando su desacuerdo con lo decidido enmarcando su inconformidad frente a la ineficacia declarada debido que a su juicio, estaba acreditado el cumplimiento del deber de asesoría de las AFP demandadas por cuanto el actor contó con toda la información necesaria para adoptar la decisión de trasladarse de régimen pensional, conforme a sus expectativas pensionales, refiriendo que para la época el deber de información era básico, verbal y sin obligación de documentar o de realizar proyecciones pensionales, en tanto que los formularios de afiliación fueron suscritos de manera libre, voluntaria y sin presiones. Así mismo, afirma que frente al interrogatorio absuelto por la parte demandante únicamente podía tenerse en cuenta aquella confesión a favor de los Fondos demandados y no a favor del mismo actor.

Agrega que el actuar del afiliado durante su permanencia en el RAIS dio a entender su conformidad frente al mismo, específicamente frente a los rendimientos financieros, pues por tal razón realizó traslados horizontales al interior del RAIS, hizo sus aportes al RAIS sin ningún reclamo; no hizo uso de la posibilidad de retracto o de los periodos de gracia para retornar al RPM con PD, por lo que no podía ahora pretender regresar al RPM con PD por móviles netamente económicos frente a lo cual debió adelantar una acción de resarcimiento de perjuicios y no la ineficacia, siendo inviable acceder a su retorno hacia Colpensiones por estar a menos de diez años de la edad mínima pensional.

De otro lado, recriminó la orden de devolver a Colpensiones las cuotas de administración, rendimientos y seguros previsionales porque a su juicio, lo único que podría trasladarse sería lo correspondiente a los aportes recibidos dada la consecuencia que genera la declaratoria de ineficacia. Agrega, que entender la inexistencia del acto también conllevaba a colegir que los citados emolumentos correspondían a una retribución legal producto de la buena gestión de los fondos de pensiones por lo que remitirlos a Colpensiones era un enriquecimiento

sin causa en perjuicio de la AFP del RAIS, aspecto que también se generaba con respecto de la orden de devolver lo pagado por seguros previsionales por cuanto dichos recursos fueron cancelados a las aseguradoras para cubrir las contingencias de invalidez y muerte del afiliado y era imposible su recobro.

Finaliza solicitando la absolución en costas procesales al considerar que su actuar fue siempre de buena fe y ajustada a derecho.

Colpensiones recurrió la decisión de declarar la ineficacia sustentando su inconformidad en que de acuerdo con el escrito de demanda y con el interrogatorio al actor se hacía evidente que lo buscado por él era que se autorizara el retorno de este al RPM con PD por razones netamente económicas situación que, a su juicio, lo que debió adelantar el demandante era una acción de resarcimiento de perjuicios y no la ordinaria de ineficacia.

De otro lado, refirió que autorizar el regreso del actor al RPM con PD atentaba contra la estabilidad financiera del sistema a cargo de Colpensiones quien finalmente no fue quien causó el perjuicio.

Agrega, que el demandante por varios años nunca mostró interés de retornar al RPM con PD más si realizó traslados horizontales al interior del RAIS lo cual denotó satisfacción por dicho régimen y ratificó su voluntad de mantenerse en él, sin que fuese posible acceder a lo pretendido por cuanto se encontraba a menos de diez años de alcanzar la edad mínima pensional.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante fijación en lista del 24 de agosto de 2021, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, la parte actora guardó silencio y el Ministerio Público no rindió concepto.

Colpensiones reiteró su solicitud de que fuera revocada la sentencia en la medida que la actora suscribió el formulario de afiliación al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones y refiere que en aquellos casos en que el interés era netamente económico lo que debía impetrarse era la acción de resarcimiento de perjuicios.

Protección S.A., recriminó la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia al considerar que esta favorece a toda costa a la parte demandante con la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, transgrede la Constitución y la ley, vulnera las normas de derecho sustantivo, normas del derecho adjetivo, desdibujan los principios generales del derecho y transgreden los derechos constitucionales de las A.F.P. como el derecho al debido proceso, derecho de defensa y los principios de congruencia y consonancia respecto de las condenas impuestas a las AFP.

Colfondos S.A., por su parte se ratificó en los argumentos de la alzada en especial, en lo atinente a la orden de devolver los gastos de

administración y seguros previsionales, peticionando a la Sala revocar tales órdenes.

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

V. CONSIDERACIONES

La sentencia apelada y consultada debe **MODIFICARSE** y **ADICIONARSE**, son razones:

De acuerdo con los recursos y alegatos presentados por las partes, el problema jurídico por resolver se centra en determinar si ha sido acertada la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante. De ser así, se deberá analizar las órdenes impartidas en la sentencia y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Por fuera de debate se encuentra: -) El actor nació el 25-04-1959 lo que implica que al 1ro. de abril de 1994 contaba con 35 años, en tanto que la edad mínima de 62 años se alcanzó en el año 2021 (fol. 19); -) Se vinculó al RPM con PD desde el 12-05-1980 donde aglutinó un total de 483,57 semanas (Pág. 133 sgts); -) El actor mutó de régimen pensional con la afiliación que hizo a Protección S.A. el **30-03-1995** (Pág. 21, 251 y 206); -) El demandante realizó traslados horizontales dentro del RAIS mediante formularios de afiliación en Colfondos el **22-03-2001** (Pág. 208 y 206), el **12-05-2005** ante ING hoy Protección (Pág. 206) y el **26-04-2006** (Pág. 210 y 206) ante Colfondos.

Para iniciar, es de advertir que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, por ello, el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que

cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

Es de anotar que la jurisprudencia antes citada corresponde a traslados respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, sin embargo, en pronunciamiento efectuado en sentencia SL1452, rad. 68852 de 3 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral aclaró que esa falta de deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen.

En torno a la carga de la prueba, debe decirse que corresponde al fondo de pensiones ante quien se realizó el traslado, el acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, este es quien tiene los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que la AFP demandada en este caso no probó. 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 información brindada.

Ahora, del interrogatorio absuelto por la parte actora 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, a través de este medio probatorio, 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 como lo quieren hacer notar Protección S.A en su alzada.

De hecho, el demandante al interrogarse refirió que en la actualidad es docente de la Universidad Tecnológica de Pereira. Respecto de las circunstancias en que se produjo el traslado de régimen afirmó que a su lugar de trabajo llegaron unos asesores muy jóvenes quienes manifestaron en una reunión colectiva que el monto de las pensiones iba a ser lo mismo en ambos regímenes pero que con el fondo privado era mejor porque se podían pensionar antes; que el dinero era heredable y con rendimientos que iban a una cuenta individual; afirmó que el asesor nunca suministró información específica sobre las condiciones, ventajas, desventajas y demás en comparación con el RPM

con PD; tampoco le hizo proyección de las mesadas o comparativos y que el conocimiento que tiene de algunas de las diferencias la adquirió recientemente más no para dicha época. Rememoró que luego de la información colectiva, individualmente fueron para la firma del formulario; que se les aseguró que el ISS se iba a acabar porque estaba desfinanciado lo cual le generó incertidumbre; que desconocía los periodos de gracia; que no le hablaron de los aportes voluntarios pero si le indicaron que los aportes irían a una cuenta individual; que hizo traslados horizontales porque le ofrecían mayores rendimientos; que recibía extractos de los fondos que no contenía información de lo que obtendría como mesada y que su inconformidad radica básicamente en la falta de información.

Así, 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 no devela una confesión que denote que el accionante recibió una información completa, clara, suficiente y que le hubiese permitido a la demandante 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.

Ahora, se considera que a pesar de que la demandante firmó el formulario del traslado, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado; teniendo en cuenta que era deber de la administradora realizar un proyecto pensional, en donde se informe el monto de pensión 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.

De otro lado, tampoco se podría pretender que se tenga como ratificación de la vinculación al RAIS el tiempo en que el demandante permaneció allí; el hecho que no se hubiese retractado de su decisión primigenia, los traslados que hizo al interior del RAIS o el hecho de 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 que 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, la demandante desconocía para adoptar una decisión debida y completamente informada.

Ahora, como quiera que de la documental obrante a Pág. 21, 251 y 206 se desprende que el formulario de afiliación ante Protección S.A. del 30-03-1995, al respecto es de indicar que al resultar ineficaz tal acto jurídico y por consiguiente, ningún efecto pueden tener las vinculaciones o traslados horizontales que hizo el demandante dentro del RAIS a través de los formularios de afiliación a Colfondos del 22-03-2001 (Pág. 208 y 206), el realizado el 12-05-2005 ante ING hoy Protección (Pág. 206) y el firmado el 26-04-2006 (Pág. 210 y 206) ante Colfondos, pues según la jurisprudencia, las asesorías que se pudieron otorgar a dichos momentos tampoco tienen la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado de régimen (SL1688-2019).

Aquí, se ha de precisar que la permanencia del afiliado por más de 25 años, tampoco 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.

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 30-03-1995, es factible pregonar sin vacilación que, a las AFP demandadas, les 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.

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, sin asistirle la razón a las accionadas en el sentido de sugerir que tal circunstancia 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 en tal sentido.

Así mismo, es de aclarar que la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia 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 ineficacia¹. Sin embargo, dicho criterio es aplicable solo para el caso de afiliados, pues, en tratándose de pensionados, la alta Corporación ha definido en reciente sentencia (SL 373/2021), que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer, por tanto, ante el incumplimiento del deber de información en estos casos, la vía a seguir es solicitar la indemnización total de perjuicios, situación que aquí no ocurre por cuanto el demandante en su interrogatorio informó que continuaba vinculado laboralmente sin que obre en el expediente evidencia alguna de que estuviese disfrutando de una pensión otorgada por el RAIS.

Respecto a la inconformidad planteada frente a la orden de devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, se ha de indicar que la consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado es que la afiliación se retrotrae al estado en que se encontraba, lo que implica que las AFP's del RAIS deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación 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 –COLFONDOS S.A. - 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 ambas AFP (COLFONDOS Y PROTECCIÓN) tienen el deber de remitir a Colpensiones los valores que cobraron 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

¹ CSJ Sentencia SL1688-2019

sobrevivencia, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, pues todos estos deberán ser abonados en el fondo común que administra Colpensiones y utilizados para la financiación de la pensión de vejez de la parte demandante (SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4141-2021, SL3611-2021, entre otras más).

En cuanto a la recriminación que hace Protección S.A. respecto de la aplicación de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, basta con decir que la Corte Constitucional frente al precedente vertical, ha indicado que son lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción, por lo que en materia de ineficacia, la línea a seguir ha sido la planteada por la Sala de Casación Laboral sin que encuentra ésta Sala razones suficientes para apartarse de ella en la medida que materializa el respeto de los principios de igualdad, el debido proceso y seguridad jurídica, siendo del caso recordar que vía tutela, la Sala de Casación Laboral conminó a algunas Salas de decisión laboral de este Tribunal a que en procesos de ineficacia se aplicara puntualmente la línea jurisprudencial que ella tiene establecida por lo que en acatamiento de ello así corresponde resolver.

Por todo lo anterior, es suficiente para indicar que no tiene vocación de prosperidad el argumento planteado por **Protección S.A. y Colfondos S.A.**, lo cual amerita confirmar las ordenes impartidas en la sentencia.

Ahora, como en el ordinal segundo se dispuso *“Ordenar a COLFONDOS S.A, proceder a devolver a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación, incluyendo lo que en su momento aportó a través de PROTECCIÓN S.A e ING, bonos y sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses”*, tal ordinal se modificará parcialmente por las siguientes razones: a) el disponer el traslado del bono pensional a Colpensiones, no se acompasa con los efectos de la declaración de ineficacia, la cual trae consigo el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes del traslado, por lo que, al continuar la parte actora afiliado al régimen de prima media con prestación definida, no se genera a su favor el bono pensional, por tal razón se deberá excluir esta orden en particular; b) la orden dispuesta por la A-quo puede resultar confusa por lo que se ha debido ordenar es el traslado de la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual correspondiente a todo el tiempo en que el actor ha permanecido en el RAIS.

De otro lado, teniendo en cuenta que la demandante ya arribó a la edad mínima pensional y se desconoce la fecha de redención normal del bono pensional, lo que se dispondrá es adicionar la sentencia en el sentido de ordenar a Colfondos S.A. comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión adoptada, para que, en un trámite interno y 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 1833 de 2016,

proceda a ejecutar todas las acciones necesarias para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que el demandante se trasladó de régimen pensional.

En el evento de haberse redimido y pagado el bono a favor de la cuenta de ahorro individual, la AFP COLFONDOS S.A. deberá RESTITUIR la suma que hubiese sido pagada por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente actualizada a valor presente, debiendo cancelarse dicha indexación, con los recursos propios de dicha AFP.

Frente al reproche sobre la imposición de costas procesales, debe advertirse que éstas son consecuencia de las resultas del proceso, donde la AFP al resultar vencida procede su imposición, al tenor del artículo 365 del C.G.P. Ello implica, que no tienen asidero los argumentos esbozados por Protección S.A. consistentes en que la AFP cumplió con lo que la ley y que actuó de buena fe, lo cual no se constituye como una excepción para exoneración de la condena impuesta. Así las cosas, no hay lugar a modificación alguna de la decisión respecto de dicha AFP.

Otra situación sucede respecto de Colfondos S.A. quien no fue precisamente su actuar quien dio lugar a la declaratoria de ineficacia del formulario de traslado, razón por la cual se modificará el ordinal sexto de la sentencia de primera instancia en el sentido de excluir del pago de costas procesales a dicha AFP, prosperando su recurso de manera parcial.

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 Colpensiones y Protección S.A., se les impondrá costas en esta instancia. Frente a Colfondos S.A. al haber prosperado el recurso de manera parcial, no se le impondrán costas en esta 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: MODIFICAR el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de excluir la orden de trasladar a Colpensiones el “bono pensional”, para otorgar mayor claridad de la orden impartida, el cual quedará así:

“**Segundo.** ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. que proceda a remitir ante COLPENSIONES la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual correspondiente a todo el tiempo en que el actor ha permanecido en el RAIS.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia, con la orden a Colfondos S.A. de **COMUNICAR** a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda Crédito Público la decisión aquí adoptada, para que, en un trámite interno y 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 1833 de 2016, proceda a ejecutar todas las acciones necesarias que le corresponden para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional.

En el evento de haberse redimido y pagado el bono a favor de la cuenta de ahorro individual, la AFP COLFONDOS S.A. deberá **RESTITUIR** la suma que hubiese sido pagada por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente actualizada a valor presente, debiendo cancelarse dicha indexación, con los recursos propios de dicha AFP.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal sexto de la sentencia en el sentido de disponer la condena en costas procesales únicamente respecto de Protección S.A.

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

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

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
ACLARO VOTO**

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
ACLARO VOTO**

Firmado Por:

**German Dario Goez Vinasco
Magistrado
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

Firma Con Aclaración De Voto

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 4 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Firma Con Aclaración De Voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

81dfd073129742035dc36a0ed4afcd8363e331cc537bb770da54f2b7003b7221

Documento generado en 20/01/2022 02:58:39 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>