

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:	660013105004202000193-01
Demandante:	Mónica Isabel Martínez Mesa
Demandado:	Protección S.A. y Colpensiones
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia 08-06-2021
Juzgado:	Cuarto Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 57 DEL 19 DE ABRIL DE 2022

Hoy, veinticinco (25) de abril 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 08-06-2021, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones en la misma providencia, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **MÓNICA ISABEL MARTÍNEZ MESA** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, radicado **660013105004202000193-01**.

SENTENCIA No. 38

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

MÓNICA ISABEL MARTÍNEZ MESA aspira a que se declare la nulidad y/o la ineficacia de la afiliación al RAIS y conforme a ello, tenga la posibilidad de permanecer como afiliado cotizante al RPM con PD, administrado en la actualidad por Colpensiones. En consecuencia, solicita se condene a Colpensiones a recibirlo nuevamente y a Protección S.A, a liberar sus bases de datos y trasladar las cotizaciones hacia Colpensiones. Además, solicita se profiera condena en costas a su favor.

2. Hechos

El fundamento fáctico de tales peticiones consistió en que, nació el 26-01-1962; que siendo afiliada del ISS donde hizo cotizaciones hasta que se trasladó al RAIS; que mediante formulario de afiliación que suscribió el 04-05-2000 con la AFP Protección S.A, tomó la decisión de trasladarse de régimen pensional, frente a la que se duele haber realizado sin contar con la información suficiente, por cuanto asegura, que los asesores de la AFP no le ofrecieron la información debida porque le prometieron que su pensión sería mucho más alta, le convencieron que el ISS iba a desaparecer y que con el RAIS contaría con mejores ventajas o beneficios, por lo que reclama el no haber sido informada con transparencia, de manera que se le hubiere permitido contar con claros elementos de juicio para escoger la mejor opción a sus intereses y expectativas pensionales.

3. Posición de las demandadas.

Admitida la demanda mediante auto del 3-09-2020 [archivo 03], las demandadas contestaron así:

Al contestar la demanda, **Colpensiones** se resistió a sus pretensiones al considerar que no existió engaño alguno o vicios en el consentimiento porque la afiliación se hizo como producto del derecho a la libre escogencia. Como excepciones presenta **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 de Colpensiones, imposibilidad de condena en costas y las genéricas.**

Por su parte, **Protección S.A.**, se opuso a lo pretendido refiriendo que lo es porque *“la declaración de nulidad por omisión en la información y/o por inducción a error de parte de la Administradora que participara del traslado, teniendo por entendido que dicho suceso jurídico no debe adolecer de vicios en el consentimiento que deban recaer sobre la voluntad del (de la) actor(a), no existieron precisamente las maniobras preterintencionales que se le endilgan”*; que la demandante no pudo haber sido víctima de una omisión en la información porque no era beneficiaria del régimen de transición y su decisión respondió a su propia voluntad. Formuló como excepciones las de **prescripción, buena fe, compensación, exoneración de condena en costas, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva, 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 la llamada a juicio, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado, seguro previsional, cuotas de administración.**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Cuarta Laboral del Circuito de Pereira, mediante decisión del 8 de junio de 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora MÓNICA ISABEL MARTÍNEZ MESA efectuó al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN, el 04 de mayo de 2000, dadas las consideraciones precedentes

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN, para que traslade con destino a Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora en caso de haberlas recibido; todos los saldos, frutos e intereses; así como los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, con cargo a los propios recursos de la AFP; todas las sumas deben devolverse debidamente indexadas, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que una vez PROTECCIÓN S.A., cumpla con lo establecido en el numeral 2 de esta decisión, proceda aceptar sin dilaciones, el retorno de MÓNICA ISABEL MARTÍNEZ MESA 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.

CUARTO: Comunicar a la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de que en caso de que se haya emitido bono pensional a favor de la demandante, proceda a anularlo de conformidad con la normativa que regula la materia

QUINTO: Desestimar las excepciones propuestas por las accionadas.

SEXTO: CONDENAR en costas procesales a cargo de PROTECCIÓN, y en favor de la actora en un 100%”.

En síntesis, la Jueza de instancia dedujo que la AFP convocada a juicio no cumplió con la carga de probar en la antesala de la decisión de cambiar de régimen pensional, que informó a la demandante de manera clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, carga que debieron las AFP asumir desde el mismo momento de su creación, deber que ha sido desarrollado y ha pasado por diferentes estadios, debiéndose determinar el momento histórico del traslado para establecer en cual etapa está ubicado, al tenor de la jurisprudencia que para el caso citó.

Señala que la carga de la prueba corresponde a la AFP demandada porque el trabajador no podía acreditar que no recibió información, estando en mejor posición de probar al fondo de pensiones que sí la suministró y que la figura de la ineficacia se aplica de manera independiente de que el afiliado estuviese o no amparado por el régimen de transición.

Para el caso, tuvo en cuenta que la AFP tiene el deber de otorgar al afiliado todos los elementos de juicio claros y objetivos para facilitar la escogencia de las mejores opciones del mercado, siendo insuficiente la sola suscripción del formulario de afiliación porque ello solo significa la evidencia de un consentimiento más no que éste fue informado muy a pesar de haber sido suscrito de manera libre, voluntaria y sin presiones. Advirtió que la AFP demandada arrió copia de dicho formulario y de los documentos que obran en la foliatura, de los que no se desprendía cual fue la información suministrada a la afiliada al momento de migrar de régimen pensional

Expuso que la parte demandante en su interrogatorio no realizó confesiones a favor de su contraparte y concluye, que al no haber cumplido la AFP con la carga de acreditar que cumplió con el deber de la debida asesoría, ello significaba que la decisión adoptada por la afiliada no estuvo precedida de la comprensión suficiente ni con el real consentimiento para aceptarlo, lo que conllevaba a declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, debiéndose retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de su ocurrencia.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconformes con la decisión los apoderados de las demandadas **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES** recurrieron la decisión, así:

Protección S.A., recurrió la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen bajo el argumento de que la demandante recibió las asesorías correspondientes, ratificando su voluntad de permanecer en el RAIS, beneficiándose y de las prerrogativas de dicho régimen por más de 20 años. Anota que la información que debía proporcionarse para la época en que se produjo el traslado de régimen era de nivel básico, contemplándose la obligatoriedad del formulario suscrito, donde se plasmaba la voluntad de la afiliada de pertenecer a Protección, suministrándosele la asesoría verbal.

Considera así que el traslado de régimen cumplió con las exigencias legales y seguidamente cuestionó las consecuencias que se desprendieron de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen, al considerar que únicamente había lugar a trasladar los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, porque los rendimientos financieros eran una característica propia del RAIS. De otro lado, argumentó que el ordenar remitir los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilizadas desconocían el ordenamiento legal porque esos emolumentos remuneraban la gestión del fondo de pensiones para generar rendimientos, aludiendo igualmente que con la orden de devolución de los pagos de la prima de seguros previsionales y lo relacionado con las cuotas de garantía de pensión mínima se generaría un enriquecimiento injusto a favor de Colpensiones.

Finalmente, recriminó la condena en costas en consideración a que se actuó de buena fe y conforme a derecho.

Colpensiones, sustentó el recurso en que, a su juicio, la decisión de la demandante al cambiar de régimen se dio por un acto voluntario libre de vicio en el consentimiento; que ejecutó actos de relacionamiento, de los cuales se infiere que su ánimo era el de permanecer en el RAIS, persiguiendo un interés económico, por lo que debió acudir a la acción de resarcimiento de perjuicios contra Protección y no a la vía ordinaria laboral.

De otro lado, refirió que Colpensiones ninguna injerencia había tenido en la decisión del traslado de régimen realizado por la parte actora y el ordenar ahora su regreso, era una carga que no podía imponérsele a Colpensiones porque además afectaría la sostenibilidad del sistema financiero y el régimen de prima media.

Al haber resultado afectados los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones, se dispuso también el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

IV. ALEGATOS

Dispuesto el traslado el 03-02-2021 y atendiendo a que la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídicamente sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se tendrán en cuenta los alegatos que guardan relación directa con los temas debatidos.

Acorde con lo anterior, las partes en contienda presentaron alegatos. El Ministerio Público no presentó 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, el problema jurídico que abordará la Sala consiste en determinar si fue 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.

Aunado a ello, se determina que los siguientes hechos no presentan discusión: (i) que la demandante nació el **26 de enero de 1962** -fl. 28, Cd. 02-; (ii) que se afilió al ISS en agosto de 1982, (iii) que al 1 de abril de 1994 contaba con 32 años, (iv) que se trasladó al RAIS el **4 de mayo de 2000**, a través de la administradora Pensiones y cesantías Protección S.A [fl. 25, anexos contestación] y, (v) que la fecha de redención estimada del bono pensional tipo A – modalidad 1, se encuentra prevista para el **26 de enero de 2022** [fl. 28, anexos de la contestación de Protección]

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.

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.

Desenvolvimiento de la problemática planteada.

Como la carga de la prueba corresponde al fondo de pensiones ante quien se realizó el traslado, y es quien debe 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, tal circunstancia 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, es de indicar que durante el interrogatorio a la demandante esta informó que aún estaba vinculada laboralmente. En lo que le interesa a la litis, aceptó que el formulario lo había firmado de manera libre, voluntaria y sin presiones. En lo que respecta a la información recibida del asesor refirió que la asesoría fue breve, inicialmente grupal y luego personalizada. Sobre lo que se le manifestó en la asesoría refiere que se le aseguró que el ISS se iba a acabar, ofreciéndole que en el RAIS iba a tener una mesada pensional más alta, pudiéndose pensionar a cualquier edad, además que si cumplía los 57 años y no deseaba pensionarse podría retirar el capital y si llegaba a fallecer cualquier hijo podía heredar; que en lo demás, le aseguraron mejores beneficios de pasarse al RAIS, careciendo la asesoría de la información específica y comparada que le fue preguntada por su contraparte durante el interrogatorio.

De dicho interrogatorio 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, 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.

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 devela una confesión que denote que el accionante hubiese recibido 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 parte 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 – *como lo sugieren los demandados* - que se tenga como ratificación el tiempo en que el demandante permaneció en el RAIS, el hecho que no se hubiese retractado de su decisión o que no hubiese manifestado la intención de regresar al régimen de prima media, antes de encontrarse inmersa en la prohibición de cambiarse de régimen, es decir cuando faltaren menos de 10 años para acceder a la edad pensional, pues lo que se evidencia aquí es la falta de acompañamiento, y aún, ante el supuesto que esta tuviera presente dicha disposición, debe tenerse en cuenta que la falta de asesoramiento de la que fue objeto, no le permitía distinguir 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, el demandante desconocía para adoptar una decisión debida y completamente informada.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia de la afiliada por más de 20 años, no son aspectos que derruyan las conclusiones a las que arribó la A Quo, pues al tratarse de circunstancias ulteriores, no tienen incidencia alguna en los efectos asociados a la forma en que se ejecutó la afiliación primigenia con la cual se materializó el cambio de régimen pensional cuya ineficacia se debate en este proceso.

Significa lo anterior que no le asiste la razón a Protección S.A. y a Colpensiones frente al argumento consistente en que la actora hizo *actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad de pertenecer al RAIS*. A propósito de ello, es del caso traer a colación la sentencia SL1055-2022 (2-03-2022)¹, que en lo pertinente recalcó:

“... si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. 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”.

También es de aclarar, que la Sala de Casación Laboral ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia². Sin embargo, dicho criterio es aplicable solo para el caso de afiliados, pues, en tratándose de pensionados, la alta Corporación ha definido en reciente sentencia (SL 373/2021), que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer, por tanto, ante el incumplimiento del deber de información en estos casos, la vía a seguir es solicitar la indemnización total de perjuicios, situación que aquí no ocurre por cuanto el demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionado, pues recuérdese que la actora durante su interrogatorio, informó que continuaba como trabajadora activa sin que

² CSJ Sentencia SL1688-2019

además obre en el expediente evidencia alguna de que estuviese disfrutando de una pensión otorgada por el RAIS.

De manera que, al no obrar en el expediente prueba alguna que conlleve a afirmar que se está en presencia de un pensionado del RAIS, nada impide declarar la ineficacia, razón por la cual no le asiste la razón al vocero de Colpensiones cuando afirma que la acción que debió adelantar la demandante era la de indemnización de perjuicios.

En torno al formulario de afiliación ante Protección S.A. con data del **4-05-2000**, se itera que, a pesar de haber sido suscrito de manera libre, voluntaria y sin presiones, ello no da cumplido el deber de información que le asistía al fondo privado de pensiones demandado. A ello se suma, que las obligaciones que debía observar el fondo de pensiones durante el traslado de la parte accionante eran las contenidas en las normas del sistema vigentes a esa época. De modo que, al ser la solicitud del año 1994, es factible pregonar sin vacilación que, a la AFP demandada, le correspondía cumplir con el deber de información que deviene de las disposiciones constitucionales, de la Ley 100 de 1993, artículos 13, literal b), 271 y 272 y del Decreto 663 de 1993, artículo 97, según los cuales, como mínimo, debió ilustrarse a la potencial afiliada sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme a lo expuesto, la ineficacia del traslado que fue decretada por la a-quo se generó por la falta de asesoría del afiliado al momento de realizar su traslado al a AFP, situación que permite su retorno al RPM independientemente que se encuentre a menos de 10 años de cumplir la edad pensional, pues ello no impide el retorno del actor al RPMPD porque no se está frente a un nuevo traslado sino frente a una declaratoria de ineficacia del primigenio que retrotrae las cosas al estado original.

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

De las condenas impuestas.

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 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 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).

Acorde con lo dicho y de cara a la recriminación que realiza la AFP Protección S.A. por la orden de devolver dichos emolumentos frente a lo cual, refiere que desconoce los efectos de la declaratoria de la ineficacia y se torna un actuar por fuera del ordenamiento legal, basta con traer a colación el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral, sentencia SL1017-2022 M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, así:

“... 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)”.

Así las cosas, suficiente resulta lo anterior para concluir que no tiene vocación de prosperidad el argumento planteado por Protección S.A., lo cual amerita confirmar las ordenes impartidas en la sentencia.

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

“SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN, para que traslade con destino a Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora en caso de haberlas recibido; todos los saldos, frutos e intereses; así como los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, con cargo a los propios recursos de la AFP; todas las sumas deben devolverse debidamente indexadas, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión”.

Como se observa, dicho ordinal deberá ser parcialmente modificado porque la orden dispuesta resulta difusa 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”**.

De otro lado, teniendo en cuenta que el accionante tiene como natalicio el 26-enero-1962, resulta evidente que ya superó la edad mínima pensional y, como quiera que, según la información de bono pensional, la fecha estimada de redención normal del bono pensional tipo A modalidad 2, data del 26-01-2022, no basta con la orden de comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí adoptada, sino que además, es del caso ordenar que en el evento de haberse redimido y pagado el bono a favor de la cuenta de ahorro individual, la AFP PROTECCIÓN 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.

Con todo, se dispondrá a modificar el ordinal cuarto de la sentencia en el sentido de que se comunique 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 la demandante se trasladó de régimen pensional, aunado a la eventualidad mencionada en el párrafo previo.

Finalmente, frente al reproche sobre la imposición de costas procesales, 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 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.

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 Protección S.A y Colpensiones S.A., se les impondrá 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, para otorgar mayor claridad de la orden impartida, el cual quedará así:

*“**Segundo.** ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. que proceda remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la señora MONICA ISABEL MARTÍNEZ MESA.*

De igual forma, Protección S.A. a restituir a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas de dinero que corresponden al tiempo en que el demandante ha permanecido vinculado al RAIS”

SEGUNDO: MODIFICAR Y ADICIONAR el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia, para otorgar mayor claridad de la orden impartida, el cual quedará así:

*“**Cuarto,** 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 PROTECCIÓN 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: 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Ausencia Justificada

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

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:

6c766c0fedf6cb16f89a6f9c10c7ce8ddb72c2dabd9dc3b5629cc75420fad56

Documento generado en 25/04/2022 09:45:25 AM

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