

**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	66001310500320200033701
Demandante	Nelson Oswaldo Russi Caballero
Demandado	Colpensiones y Protección S.A.
Asunto	Apelación y consulta de la sentencia 10-08-2022
Juzgado	Tercero Laboral del Circuito
Tema	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 09 DEL 24 DE ENERO DE 2023

Hoy, treinta (30) de enero de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral integrada por los magistrados Dra. Olga Lucia Hoyos Sepúlveda, Dr. Julio César Salazar Muñoz y como ponente Dr. Germán Darío Goez Vinasco, proceden a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y el grado de consulta que opera a su favor, frente la sentencia de primera instancia proferida el **10 de agosto de 2022**, por el **Juzgado Tercero Laboral del Circuito** de esta Ciudad dentro del proceso ordinario promovido **NELSON OSWALDO RUSSI CABALLERO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** Radicado **66001310500320200033701**.

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

SENTENCIA No. 05

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones.

NELSON OSWALDO RUSSI CABALLERO aspira a que se declare ineficaz el traslado que hizo de régimen pensional a través de la AFP SANTANDER hoy

PROTECCIÓN S.A., disponiendo que queda en libertad de afiliarse al RPM con PD administrado hoy por **COLPENSIONES**. En consecuencia, solicita que se condene a esta última a recibirlo nuevamente como su afiliado cotizante en tanto que a Protección S.A. se le ordene el liberar sus bases de datos, trasladando las cotizaciones realizadas hacia Colpensiones. Además, solicita se condene a esta última al pago de las costas.

1.2. Hechos.

Las pretensiones se encuentran sustentadas en que Nelson Oswaldo Russi Caballero nació el 19 de enero de 1960; se afilió al ISS desde mayo de 1983 realizando aportes hasta marzo de 2000; que el 20 de septiembre de 2000 signó formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Santander hoy **PROTECCIÓN S.A.**, momento en que a través del Asesor de dicha AFP, tomó la decisión de trasladarse, producto de la información sobredimensionada que le fue proporcionada respecto del RAIS y la referencia que se le otorgó consistente en que el ISS iba a desaparecer, considerando por tanto que el fondo privado incumplió con su deber de información.

La demanda fue presentada el 16 de diciembre de 2020 y fue admitida por auto del 12 de febrero de 2021.

1.3. Posición de los demandados.

Colpensiones al contestar manifestó oposición a lo pretendido bajo el argumento que el traslado de régimen se realizó conforme a derecho. Como excepciones formuló **caducidad, inexistencia de la obligación de traslado, prescripción, falta de legitimación, y las genéricas.**

Protección S.A., se opuso a lo pretendido bajo el argumento que la AFP no indujo a error al demandante quien hizo el traslado de manera libre, voluntaria y sin presiones, sin que se hubiesen producido las maniobras preterintencionales que se le endilgan sin que el accionante hubiese sido víctima de la omisión en la información en el momento de su decisión de trasladarse de régimen, concretándose su decisión en un acto de su propia voluntad. Excepciona: **Genérica o innominada, 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 de Protección S.A., inexistencia de la fuente de la obligación, inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y**

materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado, excepción de mérito seguro previsional y excepción de mérito cuotas de administración.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante decisión del 10 de agosto de 2022, la Jueza Tercera Laboral del Circuito de Pereira dispuso: **PRIMERO:** Declarar ineficaz el traslado de régimen pensional que se efectuó por cuenta del señor NELSON OSWALDO RUSSI CABALLERO el día 20 de septiembre del 2000, como lo explicamos en precedencia. **SEGUNDO:** Declarar que el señor NELSON OSWALDO RUSSI CABALLERO se encuentra debidamente afiliado al RPM, que actualmente está siendo administrado por COLPENSIONES. **TERCERO.** Ordenarle a la entidad PROTECCIÓN S.A que remita ante COLPENSIONES todo lo que exista en la cuenta individual a nombre del señor RUSSI CABALLERO en los términos precisados en las consideraciones anteriores. **CUARTO.** Ordenarle a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, que proceda a habilitar la afiliación del señor RUSSI CABALLERO y una vez reciba la información procedente de PROTECCIÓN S.A. genere las actuaciones pertinentes para la actualización de la historia laboral correspondiente a su afiliado. **QUINTO.** Advertirle al señor NELSON OSWALDO RUSSI CABALLERO que cualquier reclamación frente al sistema pensional administrado por COLPENSIONES, debe estar precedido de las acciones administrativas correspondientes para ello, y de contera a COLPENSIONES que proceda a atenderlas en los términos y en la forma que corresponda. **SEXTO.** Declarar no probadas las excepciones que fueron propuestas tanto por la entidad PROTECCIÓN como por COLPENSIONES en la forma explicada precedentemente. **SÉPTIMO.** Condenar en costas procesales a la entidad PROTECCIÓN S.A. a favor del demandante.

Para arribar a tal determinación, la A quo entre otros aspectos, trajo a colación lo que significaba la libre escogencia, las condiciones y limitantes de la movilidad entre los regímenes coexistentes y sus características, las formalidades de los formularios de afiliación y las condiciones de un consentimiento informado oportuno, claro y suficiente, así como la carga de la prueba que se encontraba en cabeza de las AFP, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral.

De acuerdo a lo anterior, planteó que la omisión en el suministro de la información a los potenciales afiliados al sistema de seguridad social en

pensiones conllevaba a la ineficacia del acto jurídico aspecto que, en el caso *sub lite*, atendiendo la carga de la prueba que gravitaba exclusivamente en la AFP con que se produjo el traslado., concluyó que aquella no había sido suplida en tanto que no se adosaron pruebas idóneas que demostraran cual fue el tipo de información suministrada por el Asesor al promotor de esta litis al momento de producirse el traslado de régimen y, por tanto, no se había acreditado el cumplimiento del deber de información en la antesala del traslado de régimen pensional.

Así mismo, mencionó que el formulario de afiliación si bien cumplía con los requisitos formales de su diligenciamiento con la inscripción de ser libre, voluntaria y sin presiones, ello no era prueba de haber sido el traslado de régimen producto de una decisión clara y debidamente informada.

Conforme a lo anterior, dispuso la ineficacia del acto de traslado y entre otros aspectos, concluyó que la consecuencia de ello implicaba la obligatoriedad de Protección S.A. de trasladar a Colpensiones no solo los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante con sus frutos, intereses y rendimientos, sino también las cuotas de administración y seguros previsionales que fueron descontados de los aportes.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Colpensiones, recrimina la decisión de tener que realizar una defensa frente a un negocio jurídico en el que nunca hizo parte como lo era la afiliación y la administración de los recursos de una persona que no era su afiliado, además de tener que recibirlos constituía un perjuicio hacia Colpensiones al tener que reconocer prestaciones económicas sin haberse realizado los respectivos cálculos actuariales frente a lo que representaba asumir una eventual pensión. Agrega, que los afiliados contaban con unas obligaciones frente al sistema pensional por lo que el silencio del actor durante el transcurso del tiempo significaba que había adoptado una decisión consciente de permanecer en el RAIS y, la única forma de desvirtuar tal aspecto era que aquel demostrara que existió fuerza o vicio en el consentimiento pero en este asunto, el actor nunca mostró interés de indagar sobre su situación pensional; asenta que la voluntad de trasladarse no era un derecho absoluto porque debía atender los principios de sostenibilidad financiera y, por tanto, acceder a la ineficacia constituía una descapitalización del RPM con PD. Así, sostuvo que la acción que en este caso debió de encausarse por el afiliado era la de resarcimiento de perjuicios y no la ineficacia.

De otro lado, conforme a lo consagrado en el art. 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS) la Sala estudiará el fallo del a quo, en grado jurisdiccional de consulta, en lo que no fue objeto de la apelación por Colpensiones.

ALEGATOS

La fijación en lista para surtir el traslado para alegatos se surtió el 8 de noviembre de 2022. Las partes presentaron alegatos. El Ministerio Público no rindió concepto.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con el recurso y los alegatos presentados por las partes, los (el) problema(s) jurídico(s) a ser abordado(s) consiste(n) en: (I) Establecer si fue acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS; (II) De ser afirmativa la respuesta, se deberá determinar que emolumentos deben ser trasladados hacia Colpensiones. Así mismo, se deberán analizar las órdenes impartidas en la sentencia y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

Por fuera de discusión se encuentran los siguientes aspectos: (i) El demandante nació el **19 de enero de 1960** [archivo 001, pág. 27]; (ii) Se afilió al RPM con PD desde el 26 de junio de 1985, realizando un total de 747 aportes hasta el 31 de marzo de 2000 [Expediente administrativo, archivo GRP-SCH-HL-6655444333.pdf]; (iii) El actor suscribió formulario de afiliación con el que se produjo el traslado de régimen desde el ISS hacia la AFP Santander / ING hoy Protección S.A., el **20 de septiembre de 2000** [archivo 001, pág. 37]; (iv) De acuerdo con la información de bono pensional, cuenta con un bono tipo A, modalidad 2 cuya fecha normal de redención corresponde al **19 de enero de 2022**. [archivo 001, pág. 38].

Desenvolvimiento del asunto planteado.

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

1.1. De la ineficacia del traslado de régimen.

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

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

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

Es de anotar que la jurisprudencia antes citada corresponde a traslados respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, sin embargo, en sendos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL1452-2019, SL1017-2022, señala que, ni la jurisprudencia desarrollada por esa Corporación y, mucho menos el ordenamiento jurídico laboral y de la seguridad social prevén como requisito para que resulten aplicables las reglas sobre ineficacia del traslado y en especial la relativa a la inversión de la carga de la prueba que en ella opera, que el afiliado al momento del cambio de régimen pensional fuese beneficiario del régimen de transición, tuviese un derecho consolidado o una expectativa legítima, por el contrario se ha estimado que para que resulte viable la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado, así como, la inversión de la carga de la prueba que en estos asuntos se configura, lo que se exige es que la administradora de pensiones hubiese faltado a su deber de información ya que *«el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea»* (CSJ3719-2021), todo ello por cuanto *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4025-2021).

Así mismo, se ha de señalar que, por el sólo hecho de que se suscriba un formulario de afiliación no es posible inferir que la persona conocía los verdaderos efectos que sobre sus derechos pensionales podía tener la decisión de trasladarse, lo que además no puede considerarse como satisfecho con una simple expresión genérica; o con el hecho de que el afiliado no haya demostrado en el transcurso del tiempo inconformidad alguna sobre el cambio en el sistema pensional que hizo.

En torno a la carga de la prueba, es de indicar que corresponde a la AFP ante quien se realizó el cambio de régimen pensional, porque es quien debe acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos al contar con los documentos e información en general que le suministró al interesado, pues no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la calidad de la asesoría brindada.

Además de lo expuesto, la Corte ha reiterado (SL1017/2022) que, la trasgresión al deber de información en tratándose del traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades regulado por el Código Civil, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

1.2. De la permanencia Del deber de información.

Aplicando los anteriores criterios al caso que nos ocupa, debe decirse que de la documental adosada por la AFP que estuvo a cargo del traslado de régimen del demandante, ninguna prueba idónea presentó para demostrar que en la antesala de la decisión que tuvo el afiliado para migrar del RPM con PD, la AFP cumplió con su deber de información, esto es, dotando al reclamante de todo el conocimiento que requería para adoptar una decisión consciente, racional y ajustada a sus expectativas pensionales.

Ahora, a pesar de que la parte demandante durante su interrogatorio acepta haber firmado los formularios de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones, de ello no se puede deducir que hubo un consentimiento o decisión de cambio de régimen debida y suficientemente informada cuando justamente a ese momento se careció del conocimiento necesario acerca de las características, ventajas, desventajas, condiciones económicas y del mercado, del funcionamiento diferenciado de los sistemas pensionales y de las consecuencias que podría acarrear su decisión, bajo la perspectiva de sus derechos pensionales, teniendo en cuenta que, era deber de la AFP realizar un proyecto pensional, en donde se informara sobre las posibilidades de contar con un quantum ajustado a las expectativas en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y bajo una decisión claramente racional.

De hecho, durante el interrogatorio al promotor de esta litis, informó que en la actualidad se encuentra cesante. En su intervención negó haber recibido información por parte del asesor con que se realizó el traslado, aunque aceptó el haber firmado el formulario de afiliación. De ese instrumento de prueba debe decirse que no se encontraron manifestaciones que conjunta o

individualmente puedan calificarse como una confesión de haber recibido la información a que estaba obligada la AFP en la antesala del traslado de régimen pensional, lo que implica que la AFP solo probó que el formulario se suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones, pero no que cumplió con el deber de información.

Y es que, al analizar el caudal probatorio bajo los parámetros ya traídos a colación, se tiene que no existen elementos que permitan concluir que, durante el traslado de la parte actora, la AFP hubiere cumplido con el deber de información que le correspondía, amén que el interrogatorio tampoco deja al descubierto una confesión que denote que el accionante hubiese recibido información completa, clara, suficiente y que le hubiese permitido adoptar una decisión razonable.

Es que es notorio que la AFP demandada faltó a su deber de «*información y buen consejo*», pues omitió el informar a la parte demandante sobre las ventajas, desventajas, características, riesgos, posibilidades de pensión en cada régimen y demás aspectos que le permitiesen comprender claramente la conveniencia o inconveniencia de su decisión, condiciones que debió probar la AFP demandada pero no lo hizo, situación que se acompasa con lo lineado en las sentencias SL12136-2014 y SL4373-2020, entre otras.

A lo anterior se suma, que las obligaciones que debía observar el fondo de pensiones durante el traslado de la parte accionante eran las contenidas en las normas del sistema vigentes a esa época. De modo que, al ser la solicitud del año **2000**, es factible pregonar sin vacilación que, a la AFP demandada, le correspondía cumplir con el deber de información que deviene de las disposiciones constitucionales, de la Ley 100 de 1993, artículos 13, literal b), 271 y 272 y del Decreto 663 de 1993, artículo 97, según los cuales, como mínimo, debió ilustrarse a la potencial afiliada sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Frente al tema, es menester indicar que no se puede pretender que se tenga como ratificación el tiempo en que el actor ha permanecido en el RAIS, por lo que el hecho de no se hubiese retractado de su decisión, que no hubiese hecho uso de los periodos de gracia o no hubiese manifestado la intención de regresar al régimen de prima media, antes de encontrarse inmerso en la prohibición de cambiarse de régimen, es decir cuando faltaren menos de 10 años para acceder a la edad pensional, lo que evidencian es la falta de acompañamiento, y aún, ante el supuesto que el accionante hubiese tenido

de presente la limitación de estar a menos de 10 años, debe tenerse en cuenta que la falta de asesoramiento de la que fue objeto, no le permitía distinguir cual régimen era el que más le convenía, amén que si bien al momento del traslado se le hizo mención de algunas de las características del RAIS, nunca se le expusieron las diferencias con el RPM con PD y menos aún de los riesgos, consecuencias, requisitos de las diferentes modalidades de pensión y demás características que finalmente, el demandante desconocía para adoptar una decisión debida y completamente informada.

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

Significa lo anterior que no se evidencian actos que pudieran haber convalidado la voluntad del afiliado de pertenecer al RAIS. A propósito de ello, es del caso traer a colación la sentencia SL1055-2022 (2-03-2022)¹, que en lo pertinente recalcó:

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

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

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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

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

Es de recalcar, que la Sala de Casación Laboral ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia². Sin embargo, dicho criterio es aplicable solo para el caso de afiliados, pues, en tratándose de pensionados, la alta Corporación ha definido en sentencia SL373/2021, que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer, situación que aquí no ocurre, en tanto que en el expediente no obra evidencia alguna de que estuviese disfrutando de una pensión otorgada por el RAIS, y por ello nada impide el declarar la ineficacia la cual surge de la indebida o falta de información al momento de traslado de régimen, como aquí sucedió.

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

² CSJ Sentencia SL1688-2019

1.3. De las consecuencias de la ineficacia.

Establecida la ineficacia del acto, pasa la Sala a revisar las órdenes impartidas en la sentencia. Al respecto, debe decirse que la consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado es que la afiliación se retrotrae al estado en que se encontraba, lo que implica que la AFP del RAIS debe 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 de la accionante, además de los valores que cobró la AFP a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes destinados para el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020) y por tanto deberán ser abonados en el fondo común que administra Colpensiones y utilizados para la financiación de la pensión de vejez de la parte demandante (SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4141-2021, SL3611-2021, entre otras más).

Para reforzar lo anterior, se trae a colación el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral, sentencia SL1017-2022 M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, donde se dijo:

“... al declararse la ineficacia del traslado las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que las administradoras tienen que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna

y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)".

Frente a la solicitud de Colpensiones en el sentido de que se ordene que a título de resarcimiento, se disponga un cálculo actuarial equivalente al valor total de las prestaciones que debiera Colpensiones asumir, al respecto debe decirse que, en tratándose de un caso de ineficacia, la jurisprudencia ya ha denotado cuales son las consecuencias de ello, aspecto que ya se trajo a colación en líneas atrás, por lo que cualquier otro aspecto de carácter resarcitorio que no hubiese sido debatido por conducto de la demanda, en la contestación o por reconvencción no puede ser considerado.

1.4. De las ordenes impartidas en la sentencia: Grado de consulta a favor de Colpensiones.

De cara a las órdenes que fueron impartidas en la sentencia, para mayor ilustración, hay que partir del hecho que la cotización es una obligación que se deriva de la afiliación al sistema y de allí, es que las pensiones se consolidan a partir de esos aportes realizados por o a favor de afiliado.

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

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

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

Ahora, como quiera que el **ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia** resulta poco claro frente a los emolumentos que deben trasladar hacia Colpensiones, porque si bien se enuncia en la parte considerativa de la sentencia que se debe **«trasladar todo el contenido de la cuenta de ahorro individual con sus frutos, intereses y rendimientos, así como lo descontado por cuotas de administración y prima de seguros previsionales»**, ello no quedó inserto en la parte resolutive. Sin embargo, de lo anterior debe excluirse la orden relativa a remitir a Colpensiones **“los frutos e intereses”** porque ellos corresponden a los mismos rendimientos de la cuenta de ahorro individual. En síntesis, para el caso basta con ordenar el traslado de la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual”.

De otro lado, se deberá adicionar la orden en lo no dispuesto por la A-quo, esto es, trasladando las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos de la AFP, sumas que deberán devolverse debidamente indexadas, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que la actora ha permanecido vinculada a dicha AFP, aspecto que se incluye conforme al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

En cuanto al bono pensional, es de indicar que al ser el natalicio del 19 de enero de 1960 y, con la información aportada al proceso, el actor al contar al momento de traslado con 747 semanas en el RPM con PD impone el concluir que a su favor se genera el bono pensional tipo A, cuya fecha de

referencia o de redención normal se estimó para el pasado **19-01-2022**, sin que obre prueba que denote el estado actual del bono pensional. Lo anterior implica la necesidad de adicionar la sentencia para ordenar 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 la demandante se trasladó de régimen pensional. Y, 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, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen y como se resolvió de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, en consecuencia, se les 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.

II. RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR para aclarar y adicionar el ordinal tercero de la sentencia, el cual quedará así:

“Tercero. ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. que proceda a remitir ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del señor NELSON OSWALDO RUSSI CABALLERO.

De igual forma, deberá trasladar a Colpensiones los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos de la AFP, sumas que deberán devolverse debidamente indexadas, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que el demandante ha permanecido vinculado a dicha AFP”

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN 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 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 del accionante, 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, éstos últimos, con los recursos propios de dicha AFP.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
ACLARACIÓN DE VOTO

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
ACLARACIÓN DE VOTO

Firmado Por:

German Dario Goez Vinasco
Magistrado

**Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

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

**Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 4 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Aclaración De Voto**

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

Código de verificación: **2fe269de7ce49ee271f5fb2993856ed5650a9e7e0c6d5a9e5c7a41ea4a4626a2**

Documento generado en 30/01/2023 07:50:53 AM

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