

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:	660013105004201600572-01
Demandante:	Myriam Teresita Hortua Rincón
Demandado:	Porvenir S.A. Protección S.A. y Colpensiones
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia 26-04-2021
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 26-04-2021, 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 **MYRIAM TERESITA HORTUA RINCÓN** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, radicado **66001310500420160057201**.

RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA

Se reconoce personería para actuar al abogado, **Sebastián Ramírez Vallejo**, con cédula No. 1.088.023.149 y T.P. No. 316.031, en su calidad de abogado inscrito dentro del certificado de existencia y representación legal de la firma Tous Abogados Asociados S.A.S.

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,

SENTENCIA No. 37

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

MYRIAM TERESITA HORTUA RINCÓN aspira a que se declare la nulidad o la ineficacia de su traslado de régimen pensional a través de Invertir hoy Porvenir S.A., así como la realizada a ING hoy Protección S.A y, conforme a ello, se le reciba nuevamente como afiliada cotizante al RPM con PD, administrado en la actualidad por Colpensiones. En consecuencia, solicita se condene a Colpensiones a recibirla nuevamente y a las demandadas a liberar sus bases de datos y trasladar las cotizaciones hacia Colpensiones. Además, solicita se profiera condena en costas a su favor.

2. Hechos

En síntesis, relata que nació el 20-07-1963; que se afilió al ISS en 1988 realizando aportes hasta junio de 1994; que el 27-04-1994 se trasladó hacia el RAIS a través de la AFP Invertir hoy Porvenir S.A.

Frente a la decisión de trasladarse de régimen, se duele de que los asesores de la AFP se limitaron a indicarle que se pensionaría a una edad más temprana que en el RPM con PD; que la pensión sería mucho más alta; que el ISS iba a desaparecer; que con el RAIS contaría con mejores ventajas como la devolución de saldos, por lo que reclama el no haber sido debidamente informada pues nada se le dijo sobre las posibles desventajas de su decisión. De otro lado, rememora que en su traslado entre AFP de fecha 26-12-1997, la AFP ING hoy Protección S.A., no cumplió con otorgarle la información necesaria para contar con mejores elementos de juicio, aspecto que también incumplió Porvenir S.A.

3. Posición de las demandadas.

Admitida la demanda mediante auto del 15-01-2020 [cuaderno 01, pág. 135], las demandadas contestaron así:

Porvenir S.A., se opuso a lo pretendido al considerar que a la demandante se le brindo asesoría completa, veraz y oportuna, ajustándose a los parámetros de la época; que el hecho de que las mesadas pensionales proyectadas en la actualidad en el RAIS sean inferiores a las estimadas hace 26 años, no significa que la información brindada por INVERTIR hubiese sido engañosa y falsa; que el cambio de régimen realizado no cuenta con ningún tipo causal que genere su ineficacia o nulidad porque se ajusta a los requisitos legales. Agrega que todas las vinculaciones realizadas al RAIS son válidas y se ajustan a la normatividad. Como excepciones formuló: ***validez y eficacia de la afiliación del demandante al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la eventual nulidad relativa, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS; inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad***

o ineficacia de la afiliación al RAIS, prescripción, buena fe y las innominadas. [Archivo 08].

Colpensiones, al contestar la demanda se opuso a lo pretendido al considerar que no existió engaño alguno o vicios en el consentimiento por cuanto la demandante hizo uso de libertad de escogencia. Como excepciones presenta **validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, 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.** [fol. 163 sgts, Cuaderno 01].

Protección S.A., se opuso a las pretensiones, considerando que no existieron maniobras preterintencionales por parte de la AFP que realizó el traslado y tampoco pudo haber sido víctima de un engaño o de omisión de información; que la actora no hizo uso de la posibilidad de retracto ni de los periodos de gracia que se dieron para regresar al RPM con PD, lo que implicaba que no existía inconformidad, razón por la cual no había lugar de acceder a lo pretendido. Como excepciones formula **innominadas, prescripción, buena fe, compensación, exoneración de condena en costas, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva 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 entidad llamada a juicio, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado, excepción de seguro previsional, excepción de mérito cuotas de administración.** [carpeta 10, archivo contestación].

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Cuarta Laboral del Circuito de Pereira, mediante decisión del 26 de abril de 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora MIRYAM TERESITA HORTUA RINCON efectuó al RAIS a través de la AFP PORVENIR, el 27 de mayo de 1994; igualmente declarar la ineficacia del traslado que la señora MIRYAM TERESITA HORTUA RINCON efectuó a Protección y posteriormente a Porvenir, dadas las consideraciones precedentes.

SEGUNDO: ORDENAR a la PORVENIR S.A. para que traslade con destino a Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos financieros, bono pensional, en caso de que exista; 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 PORVENIR S.A. cumpla con lo establecido en el numeral 2 de esta decisión, proceda aceptar sin dilaciones, el retorno de MIRYAM TERESITA HORTUA RINCON 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: ORDENAR a PROTECCION para que devuelva a Colpensiones los gastos de administración y comisiones cobradas con cargo a los propios recursos debidamente indexados correspondientes al tiempo en que la señora MIRIAM TERESITA HORTUA estuvo allí afiliada, esto es, del 01 febrero de 1998 al 31 agosto de 2006.

QUINTO 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 con la normativa vigente que regula la materia.

SEXTO: Desestimar las excepciones propuestas por las accionadas.

SEPTIMO: CONDENAR en costas procesales a cargo de PORVENIR S.A. y en favor de la actora en un 100%”

En síntesis, la Jueza de instancia, concluyó, con apoyo en las pruebas obrantes en el expediente, que las AFP convocadas a juicio no cumplieron con la carga de probar que en la antesala de la decisión de cambiar de régimen pensional, se 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 desatar el asunto citó.

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 significaba 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 las historias laborales, documentos 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.**, **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** recurrieron el fallo con los siguientes argumentos:

Porvenir S.A. argumentó que la acción que se debió adelantar era la de resarcimiento de daños y perjuicios la cual ya se encontraba afectada por la caducidad y, además, el hecho de que la mesada fuera superior en el RPM con PD no constituía per se un daño antijurídico; que la carga de la prueba se encontraba en cabeza de la parte actora quien debió demostrar que Porvenir S.A. antes Invertir S.A. incumplió con su deber de informar conforme a las exigencias de la época. Sin embargo, a su juicio, Porvenir S.A. había cumplido con la carga de la prueba que se le impuso porque acreditó haber cumplido con la debida asesoría a la demandante según la normatividad vigente para la época, probando con el formulario de afiliación que el traslado lo hizo la demandante de manera libre, voluntaria y sin presiones, ratificando su voluntad de permanecer en el RAIS con los traslados horizontales realizados en 1997 y 2006, con la realización de aportes por un periodo de 25 años.

En cuanto a los gastos de administración, consideró que ello desconocía el ordenamiento jurídico por cuando ello remuneraba la buena gestión de la AFP al generar rendimientos sobre los aportes del afiliado y lo eran en cumplimiento de una orden legal sin que Colpensiones hubiese realizado gestión alguna para que le fueran remitidos dichos emolumentos siendo ello un enriquecimiento sin causa e iba en contra de la sostenibilidad financiera del sistema pensional. En cuanto a los seguros previsionales refirió que no era posible su devolución porque fueron cancelados a una aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados.

Finalmente, reclamó que no se les debió condenar en costas habida cuenta que la AFP siempre actuó de buena fe y conforme al ordenamiento legal.

Protección S.A., recurrió la decisión fundamentada en que, habiéndose solicitado la nulidad o ineficacia de la afiliación, la parte actora según las respuestas dada en el interrogatorio dio a conocer que estaba enterada de las características, condiciones y pormenores del RAIS, considerando que se había cumplido con la carga de la prueba.

En cuanto al reintegro de los gastos de administración y demás emolumentos, consideró que ello respondía a una directriz jurisprudencial que vulneraba los derechos de los fondos porque el ordenamiento legal era la que obligaba a los fondos a descontar parte de los aportes para dichos conceptos; que disponer la devolución de dichos emolumentos con cargo a los propios recursos de los fondos era transgredir la Ley.

Colpensiones recurrió la decisión considerando que no había lugar a generar perjuicios a Colpensiones por cuanto nunca participó en el acto jurídico declarado ineficaz, aspecto con conllevaba a que se generaran vacíos fiscales por tener que suplir prestaciones que no le corresponderían porque la demandante fue quien generó la situación y aun ratificando su voluntad estando por años dentro del RAIS solo al advertir después de varios que no le convenía procedió a impetrar la acción que los convocó, por lo que, se debió adelantada la acción de resarcimiento de perjuicios. Agrega que Colpensiones negó el traslado de la demandante por la prohibición de estar dentro de los diez años previos a la edad mínima pensional.

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.

IV. ALEGATOS

Dispuesto el traslado el 3-02-2021 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.

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.

Ahora para arribar al caso concreto, del material probatorio adosado se extrae lo siguiente: **(i)** la demandante se trasladó desde el RPM con PD administrada por el ISS hoy Colpensiones hacia el RAIS administrado por Invertir Futuro Pensiones [Hoy **Porvenir S.A.**] mediante suscripción del formulario de afiliación del **27-05-1994** [fl. 38 y 62, Cuaderno 01 y archivo 08, fl. 18]; **(ii)** La actora suscribió formulario de afiliación del **26-12-1997** desde Invertir/Horizonte S.A [Hoy Porvenir S.A.] hacia ING [Hoy **Protección S.A.**], lo cual se desprende del fl. 62 Cuaderno 01 y archivo 08, fl. 19]; **(iii)** La demandante suscribió formulario de afiliación el **18-07-2006** de **ING/Santander S.A.** hacia **Porvenir S.A.** [Fol. 39, Cuaderno 01 y Archivo 08, fl. 20] y, **(iv)** La fecha posible de redención normal del bono pensional tipo A, se encuentra prevista para el **20-07-2023** [fl. 41, Cuaderno 01, archivo 08, fl. 37] y, **(v)** La demandante nació el 20-julio-1963 [fl. 30, Cuaderno 01].

Aquí, es de citar que del historial de vinculaciones emitidas por Asofondos y de los formularios signados por la demandante si bien aparece con vinculaciones en Invertir S.A., ING S.A., Horizonte S.A., y Santander S.A., debe tenerse de presente que ellos responden a la fusiones y absorciones que se han dado, siendo por tanto las afiliaciones que interesan a la litis (traslado de régimen y entre AFP), las siguientes¹:

AFP origen	Fecha traslado	AFP destino
ISS hoy Colpensiones	27-05-1994	Invertir hoy Porvenir S.A.
Invertir/Horizonte S.A hoy Porvenir S.A.	26-12-1997	ING hoy Protección S.A.
ING/Santander S.A. Hoy Protección S.A.	18-07-2006	Porvenir S.A.

Pues bien, debe decirse que en los asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, la **carga de la prueba** corresponde al fondo de pensiones ante quien se realizó el traslado, pues son ellos quienes deben de acreditar que al afiliado se le explicó sobre 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, pues no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos como lo afirma la AFP Porvenir S.A., 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.

Significa lo anterior que, la carga de probar que se cumplió con el deber de información durante el traslado de régimen pensional en el año 1994 recae en Porvenir S.A, aunque el traslado de régimen de la demandante se hubiese materializado por la entonces AFP Invertir Organismo Cooperativo, la cual a partir del año 1996 pasó a hacer parte de la AFP Horizonte S.A, que a raíz de la fusión por absorción de que fue objeto en diciembre del 2013, pasó a hacer parte de Porvenir S.A. De allí es que sea claro que por ser esta última entidad la que aún se encuentra en el mercado y que por razones de cesión y fusión administra los recursos que antes tenían las dos primeras, sea la legitimada en la causa por pasiva para actuar dentro de la presente relación jurídico procesal.

Aclarado lo anterior, al descender por el material probatorio se tiene que durante el interrogatorio a la señora Hortua Rincón, esta informó que aún estaba vinculada laboralmente y, en lo que interesa al recurso, refirió que al momento del traslado fue reunida junto con otros compañeros; que le indicaron que el ISS se acabaría; que la mesada sería más alta, informándosele otros aspectos relativos a los aspectos positivos de Invertir S.A y de algunos beneficios del RAIS; que dicha asesoría fue de aproximadamente de media hora; que firmó el formulario de manera libre,

¹ A modo de información, la AFP Invertir S.A., posteriormente se convirtió en Horizonte S.A. y luego, ésta pasó a Porvenir S.A por acuerdo de fusión. De otro lado, el origen la absorbida ING se remonta a 1999, cuando el Grupo Santander adquirió a Davivir y Colmena, operando Santander S.A. hasta el año 2007, cuando fue vendida al Grupo ING. Hoy Protección S.A.

voluntaria y sin presiones; desconociendo las formas de pensión y otras particularidades y características de los regímenes pensionales.

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 pues es claro que aquella se denotó escasa y parcializada.

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, ni los traslados horizontales que hizo al interior del RAIS, del 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 27 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 Porvenir S.A. y Colpensiones frente al argumento consistente en que *habiendo realizado la actora actos que convalidaron su voluntad de pertenecer al RAIS, conllevaron a declarar eficaz la afiliación primigenia*. A propósito de ello, es del caso traer a colación la sentencia SL1055-2022 (2-03-2022)², 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 Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

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

² M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 ineficacia³. 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 *el actor durante su interrogatorio, informó que continuaba como trabajadora activa sin que 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.

En torno al formulario de afiliación ante Provenir S.A. con data del **27-05-1994**, 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

³ CSJ Sentencia SL1688-2019

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 realizan las AFP demandadas por la orden de devolver dichos emolumentos frente a lo cual, refiere que desconoce los efectos de la declaratoria de la ineficacia y que se tornan ilegales, 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 Porvenir S.A. y Protección S.A., lo cual amerita confirmar las ordenes impartidas en la sentencia.

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

“ORDENAR a la PORVENIR S.A. para que traslade con destino a Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos financieros, bono pensional, en caso de que exista; 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: **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. Así mismo, es claro que, al continuar la parte actora afiliado(a) 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 del ordinal segundo y; **b)** 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”**.

Así mismo, como quiera que en el ordinal cuarto solo se dispuso a ordenar a Protección S.A., la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al grado jurisdiccional de consulta que obra a favor de Colpensiones, se adicionará a dicha orden, el trasladar lo correspondiente a las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales.

De otro lado, como quiera que, según la información de bono pensional, la fecha estimada de redención normal del bono pensional tipo A modalidad 2, se encuentra prevista para el 20-07-2023 [fl. 41, Cuaderno 01, archivo 08, fl. 37], la orden de comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión adoptada resulta acorde, por lo que se debe mantener.

Frente al reproche de Porvenir S.A. 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 la parte recurrente consistentes en que la AFP cumplió con lo que la ley le exigía en el momento en que la demandante se trasladó, 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 en este punto.

Con todo, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen y como se resolvieron de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, se les impondrá costas en esta instancia.

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, en caso de que exista”, para otorgar mayor claridad de la orden impartida, el cual quedará así:

“Segundo. ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que proceda a remitir a ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la señora MIRIAM TERESITA HORTUA RINCÓN.

De igual forma, Porvenir 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 la demandante ha estado vinculada a dicha AFP del RAIS”.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de incluir entre los emolumentos que Protección debe trasladar a Colpensiones, lo correspondiente a *las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales.*

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. 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:

3e62e6db3006e2f12a86344de32599861091419c438cbbc1bc3616598
ad6f62e

Documento generado en 25/04/2022 09:45:42 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>