

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:	66001310500120180059901
Demandante:	JULIETA ESTRADA GRISALES
Demandado:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÒN S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia (18 de marzo de 2021)
Juzgado:	Primero Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 69 DEL 10 DE MAYO DE 2022

Hoy, dieciséis (16) de mayo de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral integrada por los magistrados Dra. **OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**, Dr. **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** y como ponente Dr. **GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia de primera instancia proferida el 18 de marzo de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones en la misma providencia, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **JULIETA ESTRADA GRISALES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" y las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÒN S.A.**, radicado **66001310500120180059901**.

RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA

Se reconoce personería para actuar a la abogada Mariluz Gallego Bedoya con cédula No. 52.406.928 de Bogotá D.C. y T.P 227.045 del Consejo Superior de la Judicatura, conforme a la sustitución realizada por el representante legal de Conciliatus S.A.S., quien representa los intereses de Colpensiones.

Se reconoce personería para actuar al abogado Sebastián Ramírez Vallejo con cédula No. 1.088.023.149. y T.P. 316.031., como apoderado inscrito de Tous Abogados Asociados S.A.S. en representación de los intereses de Porvenir S.A.

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. 50

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

JULIETA ESTRADA GRISALES, aspira a que se declare la nulidad de la afiliación que hizo a PORVENIR S.A., y a través de la cual se produjo el traslado de régimen pensional desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM con Pd) hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En consecuencia, solicita que se declare la libertad de afiliarse al RPM con PD y se condene a COLPENSIONES a recibirla nuevamente como afiliado cotizante. Además, solicita se condene en costas a las demandadas.

2. Hechos

La actora sustenta lo pretendido en que nació el 15-12-1957 vinculándose al RPM con PD desde el 28-01-1991; que el 22-02-1995 suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Protección S.A. del cual se duele de no haber recibido asesoramiento alguno al realizar su cambio de régimen pensional aunque era beneficiaria del régimen de transición. Agrega que el 13-11-2009 se trasladó de AFP hacia Porvenir S.A. antes Horizonte S.A. sin que ninguna de las AFP del RAIS hubiesen cumplido con su deber de información.

3. Posición de las demandadas.

Admitida la demanda mediante auto del 17 de enero de 2019, las demandadas contestaron así:

Colpensiones se resistió a las pretensiones al considerar que no tenía obligación de aceptar a la demandante como su afiliada sin que tampoco se observara un posible vicio que conllevara al error a la actora al momento de su traslado hacia el RAIS. Como excepciones formula **inexistencia de la obligación demandada, prescripción y las genéricas** [fol. 128 sgts]

Porvenir S.A. [fol. 195 sgts] al contestar se opuso a lo pretendido al considerar que siempre se ha ceñido al ordenamiento legal; que de haberse producido una eventual nulidad del acto jurídico de traslado esta estaría saneada, estando ratificada la voluntad por la realización de aportes realizado por la actora por más de 24 años, además de estar dentro de la prohibición de traslado al estar a menos de 10 años de la edad mínima pensional. Como excepciones formula: **validez y eficacia de la afiliación a horizonte e inexistencia de vicios en el consentimiento, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso de declararse 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 e innominadas.**

Protección S.A. (fl. 250), al contestar se opuso a lo pretendido; argumenta que la actora no pudo ser víctima de inducción al error al considerar que la

decisión de cambio de régimen era un acto voluntario; que la demandante se ratificó en su decisión al no haber hecho uso de la posibilidad de retracto ni de los periodos de gracia en el 2003 y 2004. Formuló como excepciones: **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 Primero Laboral del Circuito de Pereira, mediante decisión 18 de marzo de 2021, resolvió:

“Primero: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas (...) Colpensiones y las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A., (...)

Segundo: Declarar ineficaz el traslado del RPM con PD al RAIS efectuado por Julieta Estrada Grisales el 22 de febrero de 1995, a través de la AFP Protección S.A.

Tercero: Ordenar a la AFP Porvenir S.A trasladar a Colpensiones todos los aportes que reposen en la cuenta de ahorro individual de la parte demandante junto con los intereses, rendimientos financieros, bonos pensionales y restituir con cargo a sus propios recursos, el valor que durante todo el tiempo de vinculación al dicho fondo la demandante destinó a financiar los gastos de administración, las primas que respaldan la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexadas.

Cuarto: Ordenar a la AFP Protección S.A., trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos los gastos de administración y el valor que durante todo el tiempo de vinculación de la demandante a este fondo destinó a financiar las primas que respaldan la garantía de pensión mínima y los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados.

Quinto: Ordenar a Colpensiones proceder sin dilaciones a aceptar el traslado de Julieta Estrada Grisales.

Sexto: Declarar que Julieta Estrada Grisales, conserva válida y vigente su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, dada la declaratoria de ineficacia de su traslado al RAIS y en consecuencia la demandante retorna con todos los beneficios que contaba al momento de trasladarse (..), esto es que conserva el beneficio del régimen de transición.

Septimo: Condenar a la AFP Protección S.A, a pagarle al demandante las costas procesales generadas en esta instancia.(...)

Octavo: Abstenerse de imponer condena al pago de costas procesales a Colpensiones y a AFP Porvenir S.A. (...).”

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

En suma, no encontró que la AFP hubiese acreditado que informó debidamente al afiliado; que solo arrió el formulario e historiales las que no eran suficientes para acreditar que cumplió con el deber de información y del interrogatorio tampoco encontró una confesión a favor de los fondos demandados.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconformes con la decisión los apoderados de las demandadas recurrieron la decisión, así:

Protección S.A. argumentó que la parte actora debió solicitar la ineficacia del traslado y no la nulidad en tanto que esta última conllevaba a que la carga probatoria estuviera en cabeza de la parte actora quien en este caso ninguna prueba arrió de una inducción al error o que por culpa de las AFP su decisión resultó errada, por lo cual se había incumplido con el principio de congruencia, pues la ineficacia declarada no fue la solicitada. Así mismo, recriminó la jurisprudencia aplicada por considerar que era violatoria del ordenamiento legal en especial por la orden de reintegrar los gastos de administración y demás emolumentos por lo que tal decisión, a su juicio, no era lícita, pues se estaba autorizando el regreso del afiliado al RPM con PD a pesar de estar a menos de 10 años para pensionarse.

Porvenir S.A. sustentó en que el traslado realizado a Horizonte era de carácter horizontal y en ese momento se le otorgó la información pertinente; que el formulario fue signado de manera libre, voluntaria y sin presiones y además quiso tomar esa decisión. De igual forma, manifestó su desacuerdo frente a la orden de remitir los gastos de administración porque estos remuneraban la gestión de la AFP y por ello se habían generado rendimientos; que eran cobrados por cumplimiento al orden legal y lo decidido vulneraba el principio de sostenibilidad porque también se estaba ordenado la remisión de los rendimientos. En cuanto a los seguros previsionales indicó que fueron remitidos a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia del afiliado.

Colpensiones, sostuvo que la información recibida por la parte actora era la necesaria para la época en que se produjo el cambio de régimen. Así mismo, refirió que la acción que debió adelantar la parte actora era la resarcitoria por haber sido un móvil netamente económico agregando que a

la demandante le estaba vedado el traslado por faltarle menos de 10 años para adquirir la edad 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

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, la fijación en lista se realizó el 27-01-2022, presentando alegatos las partes en contienda. 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,

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con los recursos y alegatos presentados por las partes, los (el) problema(s) jurídico(s) a ser abordado(s) consiste(n) en establecer si se aplicó en debida forma las normas legales sobre validez y eficacia de traslado de régimen pensional, para lo cual, debe determinarse si al momento de efectuarse el cambio de régimen pensional por parte de la demandante su decisión fue debidamente informada en los términos exigidos por la ley y a jurisprudencia.

Así mismo, se deberán 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: **1)** *la demandante nació el 15-12-1957 [fl. 30];* **2)** *el 22-02-1995 signó el formulario de traslado de régimen hacia Protección S.A. [fol. 64],* **3)** *Según la historia laboral cotizó 176,29 semanas en Colpensiones [fl. 38],* **4)** *Signó formulario de traslado entre AFP a Horizonte hoy Porvenir S.A. con fecha del 13-11-2009 [fol. 50] y* **5)** *la actora cuenta con un bono pensional tipo A, con fecha estimada para su redención del 15-12-2017 [fl. 38].*

Desenvolvimiento del asunto planteado.

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

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 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 de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos al contar con los documentos e información en general que le suministró al interesado, pues no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la calidad de la asesoría brindada.

Además de lo expuesto, la Corte ha reiterado (SL1017/2022) que, la 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).

Conforme lo anterior, no le asiste la razón a Protección S.A., cuando afirma que la “*carga de la prueba debía ser a cargo del afiliado por haber alegado la nulidad del traslado*” al ser claro que el incumplimiento al deber de información debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia correspondiéndole a la AFP demostrar que brindó toda la asesoría que necesitaba el afiliado, en los términos y condiciones que se acabaron de denotar.

¿Se acreditó el cumplimiento del deber de información por parte de la accionada?

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 signó el formulario del traslado, lo cual aceptó haberlo realizado 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.

Para auscultar si se cumplió con ese propósito, se escuchó en interrogatorio a la parte demandante quien informó que en la actualidad continúa laboralmente vinculada como instructora del Sena. En suma, aseguró que la información otorgada por los fondos demandados fue básica y sesgada por cuanto se le indicó que el ISS se acabaría y donde se le resaltó solo lo positivo del RAIS como la rentabilidad y que la pensión era heredable sin que se le hubiese puesto de manifiesto lo relativo al régimen de transición ni el monto de la pensión que podría tener y si bien aceptó que el formulario de afiliación efectivamente lo había firmado de manera libre, voluntaria y sin presiones, lo cierto es que frente a la información que le antecedió a su determinación, insistió en que careció de la información específica y comparada que le fue preguntada por su contraparte durante el interrogatorio.

En conclusión, de dicho 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 1995, 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.

Por lo anteriormente denotado, no es de recibo lo argumentado por Colpensiones y Porvenir S.A. cuando sugieren que la actora recibió la información pertinente al momento de traslado y menos aún, le asiste la razón a la AFP Porvenir S.A. cuando refiere que la decisión informada se respalda con la sola firma del formulario de afiliación tras haber sido realizado de manera libre, voluntaria y sin presiones.

¿El actuar de la parte actora ratifican la voluntad de permanecer en el RAIS? ¿Era la ineficacia la acción a emprender?

Frente al tema, no se puede pretender 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 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, la pérdida de los derechos transicionales, los 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 varios años o el hecho de que la accionante hubiese realizado un traslado horizontal con posterioridad al cambio de régimen, 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.

Aquí 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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 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”.

Ahora, 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

² CSJ Sentencia SL1688-2019

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 durante su interrogatorio informó que continuaba como trabajador(a) activo(a), 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, 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.

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, razón por la cual no le asiste la razón a los voceros judiciales de Protección S.A. y de Colpensiones lo argumentado frente a los aspectos que se acaban de resaltar.

Con todo, se deberá confirmar la ineficacia declarada por la A-quo al no tener vocación de prosperidad los argumentos esbozados por las demandadas, siendo del caso indicar que con la ineficacia declarada también debe quedar sin efectos el traslado horizontal que hizo la demandante hacia Horizonte hoy Porvenir S.A. el 13-11-2009 (Pág. 30), aspecto que conlleva a que se adicione el **ordinal segundo** de la parte resolutive de la sentencia, incluyendo tal aspecto.

De las condenas impuestas en la sentencia y grado de consulta en lo no recurrido.

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. y Porvenir 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, es de concluir que no tiene vocación de prosperidad el argumento planteado por las AFP(s) recurrentes, frente a la devolución de dichos emolumentos.

A propósito de ello, al revisar la sentencia, específicamente el ordinal tercero que dispuso:

“Ordenar a la AFP Porvenir S.A trasladar a Colpensiones todos los aportes que reposen en la cuenta de ahorro individual de la parte demandante junto con los intereses, rendimientos financieros, bonos pensionales y restituir con cargo a sus propios recursos, el valor que durante todo el tiempo de vinculación al dicho fondo la demandante destinó a financiar los gastos de administración, las primas que respaldan la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexadas”.

Como se observa, dicho ordinal deberá ser modificado porque: **i)** el disponer el traslado del bono pensional a Colpensiones, no se acompasa con los efectos de la declaración de ineficacia, la cual trae consigo el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes del traslado, por lo que, al continuar la parte actora afiliado al régimen de prima media con prestación definida, no se genera a su favor el bono pensional, por tal razón se deberá excluir esta orden en particular; **b)** la orden dispuesta 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”** correspondiente a todo el tiempo en que el actor ha permanecido en el RAIS.

Del bono pensional tipo A, Modalidad 2.

Como quiera que del natalicio de la parte demandante data del 15-12-1957, resulta evidente que ya superó la edad mínima y, como quiera que, según la información de bono pensional, la fecha estimada de redención normal de dicho instrumento data del 15-12-2017, impone adicionar la sentencia en primer lugar, ordenando el 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 parte demandante se trasladó de régimen pensional. Y, en segundo lugar, se deberá ordenar que, de haberse redimido y pagado el bono a favor de la cuenta de ahorro individual, la AFP Porvenir 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 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: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia en el sentido en que se deja sin efectos la afiliación realizada por la demandante ante Horizonte hoy Porvenir S.A. del 13-11-2009.

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

*“Tercero. **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. que proceda a 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 JULIETA ESTRADA GRISALES.*

De igual forma, Porvenir S.A. deberá 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 permanecido vinculada a dicha AFP del RAIS”

TERCERO: ADICIONAR la sentencia ordenando 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 PORVENIR 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”.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Aclaro voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Aclaro voto

Firmado Por:

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

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

Firma Con Aclaración De Voto

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

Firma Con Aclaración De Voto

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

Código de verificación:

c5a0157bf705ecff3478053da1000aa4b527b933364ed8fabe500e85932
36ab1

Documento generado en 13/05/2022 02:23:21 PM

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

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