

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:	66001310500520180042301
Demandante:	LUZ ELENA GIRALDO ORREGO
Demandado:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia (18 de mayo de 2021)
Juzgado:	5 Laboral Circuito Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 84 DEL 07 DE JUNIO DE 2022

Hoy, trece (13) de junio 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 mayo de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones en la misma providencia, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **LUZ ELENA GIRALDO ORREGO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** y las **ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, radicado **66001310500520180042301**.

RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA

Se reconoce personería para actuar al abogado, Jorge Mario Hincapiè Leòn con cedula 1.094.882.452 y T.P No. 227023 del C.S. de la J., como apoderado de Colpensiones, según sustitucion realizada por el representante legal de Conciliatus 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. 53

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

LUZ ELENA GIRALDO ORREGO demandó a **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, con el propósito que se declare la ineficacia del traslado que hizo de régimen pensional, esto es, de desde el régimen de prima media con prestación definida hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia, se ordene a Colpensiones a reactivar su afiliación y a Porvenir S.A. que gire lo que se encuentra en la cuenta de ahorro individual hacia Colpensiones, además de las costas del proceso.

2. Hechos

Los hechos que sustentan las pretensiones consistieron en que la demandante nació el 28-12-1963; que estando vinculada al ISS el 24-10-2000 se trasladó al RAIS a través de ING pensiones y cesantías hoy Protección S.A. Se queja de no haber recibido la debida y completa asesoría por parte del asesor del fondo privado de pensiones quien únicamente le hizo referencia a que el ISS se acabaría y que estando en el RAIS contaría con una mayor mesada pensional, sin que se le hubiesen realizado comparativos respecto del RPM con PD, ventajas, desventajas de la decisión o sobre las diferencias frente a los montos de las pensiones. Agrega que el 12-09-2007 se trasladó a Porvenir S.A. y que solo hasta ahora se enteró sobre las implicaciones de la decisión de traslado.

3. Posición de las demandadas.

Admitida la demanda mediante auto del 4 de septiembre de 2018, las demandadas contestaron así:

Colpensiones se resistió a sus pretensiones al considerar que no existió engaño alguno o que alguna causal para declarar la ineficacia del traslado de régimen por cuanto el formulario de afiliación se hizo de manera libre, voluntaria y sin presiones y, de haberse propuesto la acción resarcitoria esta habría fenecido desde octubre de 2004. Como excepciones formuló: inexistencia de la obligación, 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, imposibilidad de condena en costas y genéricas.

Protección S.A. Se opuso a las pretensiones considerando que el acto jurídico atacado no adolecía de vicios; que el formulario fue realizado de manera libre, voluntaria y sin presiones; que por parte del fondo de pensiones no existieron las maniobras preterintencionales que se le endilgaban y la demandante tampoco fue víctima de una omisión en la información. Como excepciones formularon: las genéricas, 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 información, inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esa entidad llamada a juicio, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado.

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones considerando que el acto jurídico atacado no adolecía de vicios; que el formulario fue realizado de manera

libre, voluntaria y sin presiones; que por parte del fondo de pensiones no existieron las maniobras preterintencionales que se le endilgaban y la demandante tampoco fue víctima de una omisión en la información. Como excepciones formuló: las genéricas, 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 información, inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esa entidad llamada a juicio, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado, inexistencia de daño o inexistencia de responsabilidad con cargo a la AFP por ausencia de imputación fáctica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Quinta Laboral del Circuito de Pereira, mediante decisión 18 de mayo de 2021, resolvió:

“Primero: Declarar la ineficacia del traslado de régimen que Luz Elena Giraldo Orrego efectuó al RAIS, mediante solicitud del 24 de octubre de 2000, efectivo a partir del 1-diciembre-2000, a través de Santander Pensiones y Cesantías, actualmente la AFP Protección S.A.; del cambio que hizo de ésta AFP a Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy APF Porvenir S.A. mediante solicitud efectiva el 1-febrero-2004; y de la vinculación que hizo directamente a la AFP Porvenir S.A. con efectividad desde el 11-noviembre-2007, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Segundo: Ordenar a la AFP Porvenir S.A. que proceda a devolver a Colpensiones, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de Luz Elena Giraldo Orrego por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación, incluyendo bonos y sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos e intereses.

Tercero: Ordenar a la AFP Protección S.A. que devuelva a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos, el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobró, así como las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales que descontó durante el período que la actora estuvo afiliada a la AFP Santander o ING, debidamente indexada, esto es, desde el 1 de diciembre de 2000 hasta el 31 de enero de 2004.

Cuarto: Ordenar a la AFP Porvenir S.A. que devuelva a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos, el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobró, así como las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales que descontó durante el período que la actora estuvo afiliada a la AFP Horizonte y directamente a Porvenir S.A., debidamente indexada, esto es, desde el 1 de febrero de 2004 en adelante.

Quinto: Ordenar a Colpensiones, que acepte el retorno de Luz Elena Giraldo Orrego, sin solución de continuidad, desde el momento en que se afilió al régimen que administra.

Sexto: Declarar no probados los medios exceptivos propuestos por las codemandadas, conforme las consideraciones esbozadas.

Séptimo: Condenar en costas a **Protección S.A. y Porvenir S.A.** en un 100%, en partes iguales, a favor de la parte actora. Por secretaría liquidense. Sin costas respecto de Colpensiones”.

En síntesis, la Jueza de instancia fundamentó la decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que señala que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional; que la carga de la prueba corresponde a la(s) AFP(s) demandada(s) y que la figura de la ineficacia se aplica de manera independiente de que el afiliado estuviese o no amparado por el régimen de transición.

Para el caso, tuvo en cuenta que la AFP tiene el deber de otorgar al afiliado todos los elementos de juicio claros y objetivos para facilitar la escogencia de las mejores opciones del mercado, siendo insuficiente la sola suscripción del formulario de afiliación porque ello solo significa la evidencia de un consentimiento más no que éste fue informado.

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 quien la actora hizo su traslado de régimen 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 **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A.** recurrieron la decisión, así:

Protección S.A. Manifestó su desacuerdo respecto de la condena que se le hizo de devolver los gastos de administración y cuotas de seguros previsionales, los cuales tienen un origen legal, el primero respecto de la gestión administradora del Fondo y el segundo para amparar las contingencias de invalidez y muerte. Sostiene que resultaba inequitativo con la AFP el ser despojado de unas sumas generadas por su actividad administradora y la gestión que hizo respecto del servicio prestado a la demandante quien se benefició de ello con la obtención de rendimientos de la cuenta de ahorro individual, emolumentos que no pertenecen al fondo de reparto común; que al ser la consecuencia de la ineficacia el tener a la actora como si nunca se hubiese afiliado a la AFP significaba únicamente el traslado de sus aportes y no en lo demás que se ordenó, aclarando que tales aportes en su momento, fueron trasladados hacia Porvenir S.A., razón por la cual solicita la revocatoria de dichas condenas.

Porvenir S.A. Su desacuerdo lo enmarcó frente a la decisión adoptada respecto de la ineficacia declarada al considerar que la demandante recibió toda la asesoría necesaria previo a decisión de cambio de régimen acorde con las exigencias de la época sin que sea dable pretender que las exigencias actuales tengan efectos retroactivos; que la decisión de traslado la ratificó la actora no solo con su permanencia en el RAIS sino también con los actos realizados al interior de este como lo fueron la recepción de los diferentes

extractos, el pretender mejores rendimientos en sus ahorros y el traslado horizontal que hizo sin que en su momento hubiese hecho uso de las posibilidades de retracto o de los períodos de gracia. Agrega que de acuerdo con las motivaciones de la actora de querer regresar al RPM con PD lo que debió adelantar esta era una acción de resarcimiento de perjuicios y no de ineficacia. Así mismo manifestó su desacuerdo en la orden de devolver los gastos de administración por ser de origen legal y, adicional a ello, solicita que no sea condenado en costas por cuanto no fue Porvenir S.A. el causante del traslado de régimen sino Protección S.A.

Colpensiones, recurrió la decisión de ordenar la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante en el año 2000 ante Santander hoy Protección S.A. la cual sustentó en que de acuerdo con las argumentaciones de la parte actora lo que debió adelantar esta era la acción de resarcimiento de perjuicios pues lo que persigue son mayores beneficios económicos; que la decisión adoptada iba en contravía de la sostenibilidad financiera del sistema por cuanto deberá asumir las consecuencias generadas por la decisión del mismo afiliado quien además realizó actos de relacionamiento como el traslado horizontal realizado. Agrega, que la demandante se encuentra incurso en la prohibición de estar a menos de 10 años de la edad mínima pensional por lo que no puede trasladarse nuevamente al RPM con PD.

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, previo traslado realizado el 3 de febrero de 2022, las demandadas presentaron alegaciones. 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 problemas jurídicos a ser abordados consisten 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: i.- que la demandante nació el 28-diciembre-1963 (pág. 56); ii.- la demandante era cotizante del extinto ISS donde acumuló 539 semanas al momento del traslado de régimen (pág. 81 y 142); iii.- El traslado de régimen pensional se produjo con Santander hoy Protección S.A. el 24-octubre-2000 (pág. 18); iii.- La actora efectuó traslado entre AFP del RAIS el 22-agosto-2009 desde ING hoy Protección S.A. hacia Porvenir S.A. (Pág. 151); iv.- la fecha para redención normal del bono pensional se encuentra prevista para el 28-diciembre-2023 (pág. 24, 39 y 81)

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).

¿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 las 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 cumplieron 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, si bien venía como trabajadora activa, recientemente se encontraba cesante y que no había solicitado la pensión ante la AFP Porvenir S.A. En su intervención, al relatar sobre las circunstancias en que se trasladó al RAIS en el año 2000, dijo que lo fue por aquello que le dijo el asesor del fondo privado quien, en una asesoría muy corta, le aseguró que el ISS se acabaría y que de trasladarse contaría con mayores beneficios y rendimientos, negando haber sido informada sobre los requisitos de cada régimen, de los periodos de gracia o de la posibilidad de retractarse. De otro lado, aceptó haber firmado el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones. En cuanto al traslado horizontal que hizo hacia Porvenir S.A. refirió que a ese momento estaba convencida de la decisión inicial y que únicamente se le ofrecieron unos rendimientos superiores, negando haber recibido cualquier otra información; aceptó haber recibido extractos de Porvenir S.A. verificando el número de semanas.

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 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.

¿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 – *como lo sugieren los demandados* - que se tenga como ratificación el tiempo en que el demandante permaneció en el RAIS, el hecho que no se hubiese retractado de su decisión o que no hubiese manifestado la intención de regresar al régimen de prima media, antes de encontrarse inmersa en la prohibición de cambiarse de régimen, es decir cuando faltaren menos de 10 años para acceder a la edad pensional, pues lo que se evidencia aquí es la falta de acompañamiento, y aún, ante el supuesto que esta tuviera presente dicha disposición, debe tenerse en cuenta que la falta de asesoramiento de la que fue objeto, no le permitía distinguir 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 de la afiliada 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 le asiste la razón a Porvenir S.A. y a Colpensiones frente al argumento consistente en que la actora hizo actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad de pertenecer al RAIS. A

propósito de ello, es del caso traer a colación la sentencia SL1055-2022 (2-03-2022)¹, que en lo pertinente recalcó:

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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 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 así lo informó, 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 a los voceros judiciales de Porvenir S.A. y de Colpensiones cuando afirman 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.

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

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 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

² CSJ Sentencia SL1688-2019

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 del RAIS llamadas a juicio 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 recurrentes, lo cual amerita confirmar las órdenes impartidas en la sentencia.

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

“Segundo: Ordenar a la AFP Porvenir S.A. que proceda a devolver a Colpensiones, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de Luz Elena Giraldo Orrego por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación, incluyendo bonos y sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos e intereses.

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 afiliada 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”**.

Del bono pensional tipo A, Modalidad 2.

Como quiera que, según la información de bono pensional, la fecha estimada de redención normal de dicho instrumento data del **28-diciembre-2023**, se hace necesario adicionar la sentencia en el sentido de que se comunique a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión adoptada, para que, en un trámite interno y aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016, proceda a ejecutar todas las acciones necesarias para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la parte demandante se trasladó de régimen pensional.

De la imposición de costas de primera instancia.

Finalmente, frente al reproche sobre la imposición de costas procesales que hizo la AFP Porvenir S.A., debe advertirse que obstante a que éstas son consecuencia de las resultas del proceso, donde quien resulta vencido procede su imposición, al tenor del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como quiera que la AFP Porvenir S.A. no fue la AFP que incurrió en las omisiones que generaron la declaración de la ineficacia del traslado, su recurso consistente en eximirle de las costas de primera instancia prospera, razón por la cual se dispondrá a modificar el ordinal séptimo de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de eximir de la condena en costas de primera instancia a Porvenir S.A.

Con todo, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen y como se resolvieron de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Protección S.A y Colpensiones S.A., se les impondrá costas en esta instancia. Sin costas respecto de Porvenir S.A. dada la prosperidad parcial de la alzada.

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” y, para otorgar mayor claridad de la orden impartida, el cual quedará así:

“**Segundo.** ORDENAR a la AFP PORVENIR 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 de la señora LUZ ELENA GIRALDO ORREGO.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia ordenando el 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.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal séptimo de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de eximir de la condena en costas de primera instancia a la AFP Porvenir S.A., manteniéndose incólume lo dispuesto frente a los demás.

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

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

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: **ef45374e7edff2ee19411dd8a72964c77f03fa94d16cd8d7c1ae7de48f115774**
Documento generado en 10/06/2022 10:24:16 AM

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