

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:	660013105005201800500-01
Demandante:	SONIA MILENA RIVERA CARVAJAL
Demandado:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia (20 de abril de 2021)
Juzgado:	Quinto Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 105 DEL 12 DE JULIO DE 2022

Hoy, trece (13) de julio de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral integrada por los magistrados Dr. **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** y como ponente Dr. **GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**. La Dra. **OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**, presentó impedimento el 23 de junio de 2022, el cual fue aceptado por el ponente.

Teniendo en cuenta lo anterior, y dado que el proyecto presentado no fue compartido por el Dr. **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** como integrante de la Sala, por medio de Secretaría y la Presidencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, se designó como **CONJUEZ** a la Dra. **CAROLINA FERNANDEZ GÓMEZ**.

Así las cosas, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia de primera instancia proferida el 20 de abril de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones en la misma providencia, dentro del proceso ordinario promovido por **SONIA MILENA RIVERA CARVAJAL** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** radicado **660013105005201800500-01**.

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. 71

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

SONIA MILENA RIVERA CARVAJAL, aspira como pretensiones principales que se declare válido y efectivo el traslado de régimen pensional que efectuó del ISS hoy COLPENSIONES, el día 13 de mayo de 2011, esto es, cuando le faltaban más de 10 años para alcanzar la edad pensional. En consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. a remitir a COLPENSIONES los saldos, cotizaciones y aportes, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivo frutos e intereses y lo demás que hubiere cotizado de haberse hecho efectivo el traslado pensional. Asimismo, que se ordene a COLPENSIONES que una vez reciba las sumas de PORVENIR, acepte el traslado al RPM.

En caso de no salir adelante las anteriores pretensiones, subsidiariamente solicita que se declare la ineficacia o nulidad del acto jurídico de traslado, realizado el 28 de julio de 1994, por la demandante del cual migró de PREVISIÓN SOCIAL DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy PORVENIR) En consecuencia, se ordene a PORVENIR a remitir a COLPENSIONES las cotizaciones y/o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses y con la diferencia entre el valor de lo trasladado por la AFP y lo demás que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora. Asimismo, que se ordene a COLPENSIONES que acepte a la demandante en el RPM.

Finalmente, solicita se condene en costas a las demandadas.

2. Hechos

La actora sustenta lo pretendido en que el 01 de septiembre de 1993 se vinculó al régimen de reparto simple, ahora Prima Media con Prestación Definida – RPMPD hoy administrado por COLPENSIONES. Señaló que el 28 de julio de 1994 suscribió formulario de afiliación para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por HORIZONTE S.A. (hoy PORVENIR S.A.). Posteriormente, el 13 de enero de 1999 decidió cambiarse al fondo privado COLPATRIA S.A. y en el año 2000 se fusionó con HORIZONTE S.A.; no obstante, no se le brindó asesoría legal y financiera, tampoco le informaron los riesgos del traslado, ni le otorgaron información plena, cierta, seria y oportuna que le permitiera tomar la decisión jurídica bajo conocimiento debidamente informado.

Manifestó que el 13 de mayo de 2011, radicó solicitud de vinculación a COLPENSIONES, con el propósito de regresar al RPMPD, sin que hubiese obtenido respuesta por parte de dicha entidad, a pesar de que dicha solicitud se radicó cuando le faltaban más de 10 años para alcanzar la edad pensional, habida cuenta que nació el 13 de enero de 1965 y para la fecha de radicación de la petición contaba con 46 años de edad, es decir, cumplía con lo previsto en el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. (Dda 03 y 08 subsanación)

3. Posición de las demandadas.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones principales y subsidiarias al considerar que no tenía obligación de aceptar a la demandante, se trasladó

de régimen de forma libre y voluntaria y tampoco observa un posible vicio que conllevara al error a la actora al momento de su traslado hacia el RAIS.

Como excepciones formuló: **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 declaratoria de otras excepciones.** [dcto. 21]

PORVENIR S.A. en la contestación, se opuso a las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda y señaló que los asesores brindaron la asesoría al momento del traslado de régimen, razón por la cual, no se le incurrió en error sobre el objeto de la contratación en lo relativo a sus derechos prestacionales y su decisión de cambiarse de fondo fue libre y voluntaria, por ello no es posible considerarla víctima de la omisión en la información que alega para declarar la nulidad del traslado.

Como excepciones propuso: **genérica o innominada, prescripción, buena fe, compensación, exoneración de condena en costas, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada, inexistencia de la fuente de la obligación, inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado.** (dcto. 27 y 29)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Quinta Laboral del Circuito de Pereira, mediante decisión 20 de abril de 2021, resolvió: **1)** Negar las pretensiones principales de la demanda. **2)** Declarar la ineficacia del traslado de régimen que la actora efectuó mediante solicitud del 28 de julio de 1994, a través de HORIZONTE hoy PORVENIR. **3)** Ordenar a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos y sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses, sin descontar suma alguna por concepto de comisiones, gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, los que se asumirán con cargo a su patrimonio y debidamente indexados, incluyendo el tiempo en que estuvo vinculada a HORIZONTE y COLPATRIA. **4)** Ordenar a COLPENSIONES a que acepte el retorno de la actora. **5)** Declarar no probadas las excepciones. **6)** Condenar en costas a PORVENIR S.A. en un 100% a favor de la parte actora. Sin costas respecto a COLPENSIONES. **7)** Remitir al grado jurisdiccional de consulta.

En síntesis, en primer lugar la juez indicó que no es posible acceder a las pretensiones principales de la demanda, teniendo en cuenta que, cuando la actora solicitó el cambio del RAIS al RPM el 13 de mayo de 2011, tenía 46 de años -nació el 13 de enero de 1965-, y contaba con menos de 10 años para pensionarse, por lo cual, atendiendo la prohibición legal no podía trasladarse, ello, si se tiene en cuenta que la edad para pensionarse en dicha

calenda era de 55 años para las mujeres, vigente hasta el 31 de diciembre de 2013.

Seguidamente, 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 las AFP a quienes 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 las AFP hubiesen acreditado que informaron debidamente al afiliado; que solo arrimaron 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:

PORVENIR S.A., señaló que la demandante recibió la asesoría pertinente y completa al momento de efectuar el traslado, además, la AFP cumplió los requisitos que exigía la norma para la época de afiliación. Indicó que en el interrogatorio de parte, la actora confesó que fue su esposo quien le brindó la asesoría y seguidamente lo relacionó con los demás compañeros de trabajo, tal hecho no se puede pasar por alto por parte del juzgador de segunda instancia. Advirtió que la actora actuó de forma pasiva ante sus derechos pensionales, pues no indagó por su cuenta las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen.

Respecto de la condena en devolver los gastos de administración, manifestó que resulta inequitativo con la AFP, teniendo en cuenta que fueron descuentos legalmente autorizados, son sumas que se causaron por la buena administración de la cuenta de ahorro individual y retornarlos a COLPENSIONES generaría un enriquecimiento sin causa.

Finalmente, solicitó no condenar en costas a PORVENIR, debido a que cumplió los requisitos legales al momento de traslado, actuó de buena fe y conforme a derecho.

COLPENSIONES sostuvo que el traslado se efectuó de forma libre y voluntaria, además, la actora confesó que su esposo fue el asesor que realizó el traslado de régimen pensional del RPM al RAIS, y manifestó que ella fue la primera afiliada, que quería colaborarle y que en virtud de ello, ella le recomendó a los demás compañeros de trabajo. Agregó que la declaratoria

de ineficacia del traslado, atenta la sostenibilidad financiera del RPM administrado por COLPENSIONES, pues se le impone la carga de reconocer una pensión y resarcir un daño que no cometió.

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 de la 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.

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 13/01/1965 [fl. 18 dcto. 4]; **2)** el 28 de julio de 1994 solicitó traslado de COLPENSIONES a COLPATRIA (hoy PORVENIR), que se hizo efectiva el 01 de agosto de 1994; **3)** el 29 de septiembre de 2000 debido a la cesión por fusión se trasladó de COLPATRIA a HORIZONTE (hoy PORVENIR), haciéndose efectiva el mismo día y año; **4)** el 01 de enero de 2014 debido a la cesión por fusión se trasladó de HORIZONTE a PORVENIR, fondo al que actualmente se encuentra afiliada la actora. (Fl. 46, docto. 27)

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 brindar 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 las demandadas, cuando afirman 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 las accionadas?

Aplicando los anteriores criterios al caso que nos ocupa, debe decirse que de la documental adosada por PORVENIR que tenía a cargo del traslado de régimen de la demandante, ninguna prueba idónea presentó para demostrar que en la antesala de la decisión que tuvo la afiliada para migrar del RPM con PD, la AFP cumplió con su deber de información, esto es, dotando a la 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 suscribió 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 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 las 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 no le fue otorgada ninguna información por parte del fondo demandado, ni proyecciones, ni comparaciones entre regímenes. Ahora, si bien la actora señaló que el asesor de PORVENIR era su **propio cónyuge**, que fue la primera persona a quién trasladó del RPM al RAIS administrado por COLPATRIA, que lo hizo por “colaborarle” con las cuotas que solicitaban en la AFP e incluso lo recomendó con sus compañeros de trabajo; ello no es óbice para que el fondo cumpliera su deber de información, brindando una asesoría completa, clara y oportuna a acerca de las ventajas y desventajas del traslado.

Tal circunstancia, lejos de demostrar el cumplimiento del deber de información por parte de PORVENIR, evidencia que no se le brindó una asesoría profesional y profunda a la demandante, y el hecho de que el asesor fuera su cónyuge no le eximía de informarle de forma concreta los pro y contra de cambiar de régimen pensional.

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 estaban obligadas las AFP en la antesala del traslado de régimen pensional, lo que implica que la AFP solo demostró 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 la 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 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 las AFP demandadas pero no lo hicieron, 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 1994, es factible pregonar sin vacilación que, a la AFP demandada le correspondía cumplir con el deber de información que deviene de las disposiciones constitucionales, de la Ley 100 de 1993, artículos 13, literal b), 271 y 272 y del Decreto 663 de 1993, artículo 97, según los cuales, como mínimo, debió ilustrarse al potencial afiliado 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 Porvenir S.A. y Colpensiones cuando sugieren que la actora recibió la información pertinente al momento de traslado y menos aún, cuando refieren 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 inmerso 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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que 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 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 la 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.

Conforme a lo expuesto, la ineficacia del traslado que fue decretada por la *a-quo* se generó por la falta de asesoría de la afiliada 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, como lo sugiere los apoderados de las demandadas, pues ello no impide el retorno de la actora 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, siendo del caso indicar que con la ineficacia declarada también debe quedar sin efectos los traslados horizontales que hizo el demandante hacia HORIZONTE, COLPATRIA y PORVENIR.

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 del actor, 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

² CSJ Sentencia SL1688-2019

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 las AFP del RAIS tienen 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 cobraron las 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 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)”. Negrilla fuera de texto.*

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el **principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

Así las cosas, es de concluir que no tiene vocación de prosperidad el argumento planteado por la AFP recurrente, frente a la devolución de dichos emolumentos.

Del bono pensional

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

“ORDENAR a PORVENIR S.A., que proceda a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de SONIA MILENA RIVERA CARVAJAL, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación, bonos y sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses, sin descontar suma alguna por concepto de comisiones, gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, los que se asumirán con cargo a su patrimonio y debidamente indexados, incluyendo lo correspondiente al tiempo que la actora estuvo vinculada a HORIZONTE y COLPATRIA”.

Como se observa, dicho ordinal deberá ser 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, por lo 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; **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.

Ahora, para tener derecho a bono pensional como mínimo se debieron tener cotizadas 150 semanas al RPM con PD con anterioridad a la fecha de traslado de régimen; no obstante, la Sala no observa la existencia de bono pensional de ninguna modalidad, pues de acuerdo a la historia laboral visible a folio 64 docto. 27, no se generaría dicho instrumento por cuanto al momento del traslado la actora contaba con 34 semanas cotizadas en el ISS, razón por la cual, no hay lugar a emitir ninguna orden relativa al respecto.

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, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P.

Costas

Sobre la solicitud de PORVENIR de que se absuelva del pago de costas, es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por ende, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por la *A quo* a dicha AFP.

Por lo expuesto, **la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

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

“**ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. para que traslade con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la señora SONIA MILENA RIVERA CARVAJAL. De igual forma, 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 el demandante ha permanecido vinculado al RAIS”

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Con Impedimento

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Salvamento de voto



CAROLINA FERNÁNDEZ GÓMEZ

CAROLINA FERNANDEZ GÓMEZ

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 Salvamento 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: **b9f1d988d5497a6e2f1bc54e7578fd0d02f739e784af256677112812417439a7**

Documento generado en 13/07/2022 09:38:12 AM

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