

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:	66001310500420170056902
Demandante:	CARLOS ENRIQUE TORRES VÁSQUEZ
Demandado:	COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia (27 de enero de 2022)
Juzgado:	Cuarto Laboral Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 145 DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Hoy, diecinueve (19) de septiembre 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 27 de enero de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones en la misma providencia, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **CARLOS ENRIQUE TORRES VÁSQUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** radicado **66001310500420170056902**.

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

SENTENCIA No. 115

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

CARLOS ENRIQUE TORRES VÁSQUEZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y las AFP **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** con el propósito de que se declare la nulidad del acto de traslado de régimen pensional que hizo hacia el Régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) en el mes de febrero de 1997 a la AFP COLFONDOS, asimismo, los traslados posteriores realizados a PORVENIR S.A., por lo que solicita que sea recibido nuevamente en el Régimen de

Prima Media con Prestación Definida (RPM con PD) y, por tanto, se le trasladen sus cotizaciones y se le tenga nuevamente como afiliada a este último. Además, solicita las costas del proceso.

2. Hechos

Las pretensiones se fincaron en que el demandante se afilió al RPM el 18 de febrero de 1980, posteriormente, asesores de COLFONDOS S.A. llegaron a las dependencias del lugar donde laboraban, ofreciendo los servicios del RAIS, donde le mencionaron las ventajas de dicho régimen y la posibilidad de pensionarse a temprana edad y con un monto de pensión más alto del que obtendría en el RPM, además le advirtieron que el ISS desaparecería y sus aportes debían asegurarse y ser trasladados a un fondo privado, por lo que, en febrero de 1997 se trasladó a dicho fondo.

3. Posición de las demandadas.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones argumentando que no se evidenciaba engaño alguno que conllevara a la nulidad de la afiliación del traslado de régimen, amén que dicho acto se dio conforme a la libertad de escogencia, siendo signado de manera libre, voluntaria y sin presiones, ratificándose el actor en su decisión con los años en que ha permanecido en el RAIS. Como excepciones formula **inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la genérica.**

Colfondos S.A. indicó que la fecha real de la visita fue en diciembre de 1996 y el demandante suscribió la afiliación a dicho fondo el 17 de diciembre de 1996. También informó que para la época del traslado el fondo brindó toda la información y cumplió con los deberes que le exigían las normas que se encontraban vigentes en 1996, por lo que, no existe razón para declarar la ineficacia de un acto que es plenamente válido. Como excepciones formuló: **validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la supuesta nulidad relativa, prescripción, buena fe e innominada o genérica.**

Porvenir S.A., Señaló que el actor no es afiliado activo de dicho fondo desde el 31 de diciembre de 2008, razón por la cual, no se encuentra habilitada para consultar la historia laboral. Agregó que brindó la asesoría adecuada y completa, más cuando era cierto que el ISS se encontraba en estado de liquidación. Advirtió que cualquier nulidad que se pueda presentar, se encuentra saneada por el paso del tiempo y en todo caso, los formularios de afiliación evidencian la voluntad del actor de pertenecer y permanecer en el RAIS. Como excepciones propuso: **validez y eficacia de la afiliación del demandante a Colpatria e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la eventual nulidad relativa, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, pago, compensación, prescripción, buena fe, innominada o genérica.**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de primer grado, mediante decisión 27 de enero de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que el señor CARLOS ENRIQUE TORRES efectuó al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A. el 17 de diciembre de 1996 dadas las consideraciones precedentes. Así como los posteriores traslados a PORVENIR y nuevamente a COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: A. CONDENAR al fondo privado de pensiones COLFONDOS S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor CARLOS ENRIQUE TORRES, proveniente de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado, sin indexación.

B. CONDENAR a al fondo privado de pensiones COLFONDOS S.A a restituir, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, las sumas de dinero que fueron descontadas a la señora CARLOS ENRIQUE TORRES durante su permanencia en esas entidades y que fueron destinadas a pagar los gastos o cuotas de administración, así como aquellas que fueron dirigidas a financiar la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes; a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.”.

C. CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., de haber recibido el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, a restituir la suma pagada por ese concepto a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con su propio patrimonio.”

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a que devuelva a COLPENSIONES los gastos de administración y comisiones cobradas, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, correspondiente al tiempo en que el señor CARLOS ENRIQUE TORRES estuvo allí afiliado, esto es, desde el 14 de marzo del año 2000 hasta el 27 de noviembre del año 2006.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que una vez COLFONDOS S.A. cumpla con lo ordenado en el numeral segundo de esta providencia, proceda aceptar sin dilaciones, el traslado de CARLOS ENRIQUE TORRES del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad desde el momento en que se afilió a este último régimen.

QUINTO: COMUNICAR a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO la decisión adoptada en este proceso, con el objeto de que, en caso de que se haya emitido un bono pensional a favor de la demandante, y para que posteriormente, haciendo uso de trámites internos y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones pertinentes para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban para el 30 de mayo de 2000.

SEXTO: DESESTIMAR las excepciones propuestas por las accionada
SEPTIMO: CONDENAR en costas procesales a cargo de COLFONDOS S.A. y en favor de la actora en un 100%.”.

Para sinterizar, el Juez de instancia, se apoyó en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral para resaltar sobre el deber de información que les asiste a las AFP al momento de su traslado de régimen, atendiendo el momento histórico en que se produjo. Por lo que, al analizar el caso concreto estableció que las AFP, como aquella parte a quien le incumbía la carga de probar que cumplió con su deber de información, en este caso no lo encontró acreditado, pues ninguna prueba se encontró de que se hubiesen cumplido a plenitud con el deber de información, tampoco se demostró el contenido de la información, razón por la cual el acto atacado era ineficaz. Por consiguiente, declaró la ineficacia de los traslados horizontales efectuados a las AFP Colfondos, Porvenir y nuevamente a Colfondos.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

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

Colfondos S.A. y Porvenir S.A., La apoderada de las AFP indicó que se debe revocar la condena a Porvenir de devolver los gastos de administración por el tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicho fondo, toda vez que, dentro del proceso se demostró que el actor se trasladó a Colpatria el 14 de marzo de 2000 y luego se trasladó a Horizonte y más adelante se trasladó a Porvenir por la fusión de los fondos, por lo que, esos gastos de administración generados previamente a la fusión de las AFP no pueden entenderse como un rubro a cargo de Porvenir, ya que, aquella solo adquirió las obligaciones al momento del acuerdo de fusión.

En cuanto a la orden a Colfondos de devolver los gastos de administración, manifestó que dicha condena desconoce la buena gestión que realizó la administradora al generar rendimientos sobre la cuenta individual del actor, dado que, dichos montos se cobran por orden legal. Agregó que, dichos gastos no deben ser indexados, pues no fue capricho de la AFP el cobro de tales sumas. Además, dicha orden vulnera el principio de la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, porque si las cosas vuelven al estado en que se encontraban, no debería ordenar la devolución de las sumas por administración porque no se cobraban y tampoco habría rendimientos.

Por otro lado, expresó que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado por haber cumplido la edad de pensión. Indicó que la orden de devolver las primas de seguros previsionales y los aportes destinados a fondos de solidaridad pensional, estos rubros están incluidos en los gastos de administración, por lo que sería una doble condena impuesta a Colfondos.

Respecto de la condena en costas, advirtió que los fondos actuaron de buena fe, brindó la información completa y necesaria al momento del traslado, por lo que, el demandante se trasladó de forma libre y voluntaria del RPM al RAIS.

Colpensiones manifestó que la pretensión de trasladarse de régimen por parte del demandante, persigue un interés meramente económico, se

mantuvo por más de 20 años en el RAIS, por lo que, tal ineficacia de traslado atenta con la sostenibilidad financiera del RPM a quien se le impone la carga de resarcir un daño que no causó. Trasladar los saldos existentes y demás, resultan insuficientes para suplir el perjuicio de recibir en el régimen a personas que no contribuyeron por lo menos durante los 10 años. Advirtió que la sentencia desconoce postulados de la Corte Constitucional, pues el actor tiene menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

Finalmente, solicitó se mantenga la exoneración en costas a Colpensiones, pues actuó de buena fe y en estricto cumplimiento de la ley al momento de negar el traslado del demandante a dicho régimen.

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 jurídica sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se tendrán en cuenta los alegatos que guardan relación directa con los temas debatidos.

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:

- 1. Establecer si fue acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS.*
- 2. De ser afirmativa la respuesta, se deberá determinar, establecer si hay lugar a ordenar a las AFP demandadas, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de régimen pensional, que además de las cotizaciones y rendimientos, también se trasladen a Colpensiones la proporción que en su momento descontaron por concepto de gastos y/o comisiones por administración.*
- 3. Determinar si hay lugar a eximir de las costas de primera instancia a las AFP demandadas.*

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 los siguientes aspectos: **(i)** el actor nació el 25 de diciembre de 1954 (fl.1, anexo 5), **(ii)** se trasladó de COLPENSIONES a COLFONDOS el 17 de diciembre de 1996, luego de COLFONDOS a COLPATRIA (hoy Porvenir S.A.) el 14 de marzo de 2000, luego debido a la cesión por fusión entre fondos se trasladó de COLPATRIA (hoy Porvenir) a HORIZONTE (hoy Porvenir) el 29

de septiembre de 2000, finalmente regresó a COLFONDOS el 27 de noviembre de 2008. (fl. 25, anexo 14)

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, entre otras.

Es de anotar que la jurisprudencia antes citada corresponde a traslados respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, sin embargo, en sendos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL1452-2019, SL1017-2022, señala que, ni la jurisprudencia desarrollada por esa Corporación y, mucho menos el ordenamiento jurídico laboral y de la seguridad social prevén como requisito para que resulten aplicables las reglas sobre ineficacia del traslado y en especial la relativa a la inversión de la carga de la prueba que en ella opera, que el afiliado al

momento del cambio de régimen pensional fuese beneficiario del régimen de transición, tuviese un derecho consolidado o una expectativa legítima, por el contrario se ha estimado que para que resulte viable la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado, así como, la inversión de la carga de la prueba que en estos asuntos se configura, lo que se exige es que la administradora de pensiones hubiese faltado a su deber de información ya que «el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ3719-2021), todo ello por cuanto «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4025-2021).

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

En torno a la carga de la prueba, es de indicar que corresponde a la AFP ante quien se realizó el cambio de régimen pensional, porque es quien debe 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).

Caso concreto: ¿Se acreditó el cumplimiento del deber de información?

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

Ahora, a pesar de que la parte demandante signó varios formularios de 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 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.

Incluso, al auscultar el **interrogatorio formulado a la parte demandante**, indicó que en el momento en que se produjo el traslado de régimen pensional, en síntesis, explicó que varios asesores se acercaron a su oficina para ofrecer los servicios del RAIS, negó haber sido debidamente asesorado porque la información fue mínima; que aseguraron que el ISS se acabaría; que lo único que le indicaron fue que tendría una mayor mesada y que se pensionaría más joven. Aceptó haber firmado de manera libre y sin presiones los formularios de afiliación; que desconocía del derecho de retracto y de los periodos de gracia. Finalmente, explicó que se trasladó a otro fondo privado porque le ofreció mayores intereses y rendimientos, sin que incluyera alguna otra información adicional que le permitieran darse cuenta que era mejor estar en el RPM.

Obsérvese que de dichos instrumentos de prueba no se encontraron manifestaciones que conjunta o individualmente puedan calificarse como una confesión de haber recibido la información a que estaba obligada las AFP en la antesala del traslado de régimen pensional, lo que implica que la AFP solo probaron que el formulario se suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones, pero no que cumplieron 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, las AFP hubieron cumplido con el deber de información que les 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 las AFP demandadas faltaron a su deber de «*información y buen consejo*», pues omitieron 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 debieron probar las AFP 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 debían observar los fondos 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 1996, es factible pregonar sin vacilación que, a las AFP demandadas, 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.

Caso concreto: ¿El demandante se ratificó en su voluntad de permanecer en el RAIS?, ¿Existieron actos de relacionamiento que validen el acto de traslado de régimen?

Frente al tema, no se puede pretender – como lo sugiere las demandadas - que se tenga como ratificación el tiempo en que el demandante permaneció en el RAIS ni los diversos traslados horizontales que realizó a los diferentes fondos privados, 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, requisitos de las diferentes modalidades de pensión y demás características que finalmente, el demandante desconocía para adoptar una decisión debida y completamente informada.

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

Tampoco puede concluirse que la actora hizo **actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad de pertenecer al RAIS** por el simple hecho de cambiarse de un fondo privado a otro. 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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 [...] 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”.

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, situación que aquí no ocurre por cuanto el demandante en la

² CSJ Sentencia SL1688-2019

actualidad no tiene la condición de pensionado, pues recuérdese que durante su interrogatorio informó que continuaba como trabajador activo, 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 del afiliado al momento de realizar su traslado a las 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 su retorno 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.

Caso concreto: Consecuencias de la ineficacia.

Establecida la ineficacia del acto, pasa la Sala a resolver el problema jurídico relativo a las órdenes impartidas a las demandadas quien recrimina la orden de devolver los valores que fueron cobrados a título de gastos y/o comisiones por administración, frente a lo cual, refiere que con ello se desconocen los efectos de la declaratoria de la ineficacia y va en perjuicio del patrimonio de dicha AFP.

Pues bien, para iniciar debe decirse que la consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado es que **la afiliación se retrotrae al estado en que se encontraba**, lo que implica que 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 las 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, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020) y por tanto deberán ser abonados en el fondo común que administra Colpensiones y utilizados para la financiación de la pensión de vejez de la parte demandante (SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4141-2021, SL3611-2021, entre otras más).

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

“... al declararse la ineficacia del traslado las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que las administradoras tienen que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

Así las cosas, es de concluir que no tiene vocación de prosperidad el argumento planteado por las AFP recurrentes, lo cual amerita el traslado de los valores cobrados por el fondo a título de gastos de administración y/o comisiones, pero además, deberán ser incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, aspecto que se adicionará conforme al grado jurisdiccional de consulta en la medida que la orden dada en la sentencia deberá ser complementada pues solo ordena “trasladar los valores descontados de administración, debidamente indexados”.

Del bono pensional tipo A, Modalidad 2.

Respecto del bono, no se evidencia en el expediente información del bono pensional, no obstante, razón tuvo la juez de primera instancia al ordenar la comunicación a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión adoptada frente al bono pensional, para que, en un trámite interno y aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016, proceda a ejecutar todas

las acciones necesarias para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional. Asimismo, es acorde la orden a Colfondos para que en caso de haber recibido el pago del bono en favor de la cuenta individual del demandante, dado que a la fecha cuenta con 68 años, a restituir la suma pagada por ese concepto a la OBP, debidamente indexada con cargo a su propio patrimonio.

De la imposición de costas de primera instancia.

Finalmente, frente al reproche sobre la imposición de costas procesales, debe advertirse que éstas son consecuencia de las resultas del proceso, donde las AFP al resultar vencidas procede su imposición, al tenor del artículo 365 del C.G.P. Ello implica, que no tienen asidero los argumentos esbozados por las demandadas consistentes en que cumplieron con la ley y que actuaron de buena fe, lo cual no se constituye como una excepción para exoneración de la condena impuesta. Así las cosas, no hay lugar a modificación alguna de la decisión 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.

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: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS, 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 Goetz 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: **02a593cd0de0c79fb830c9d96fc0a4b8b4e1f44ec261bdf5175c37ed486df1a9**

Documento generado en 16/09/2022 03:05:05 PM

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