

**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	66001310500120190052901
Demandante	Martha Inés García de Agudelo
Demandados	Colpensiones y Porvenir S. A
Asunto	Apelación y Consulta 10-08-2022
Juzgado	Primero Laboral Circuito
Tema	Ineficacia De Traslado

APROBADO POR ACTA No. 203 DEL 06 DE DICIEMBRE DE 2022

Hoy, siete (07) de diciembre 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 surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia de primera instancia proferida el 10 de agosto de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido **MARTHA INÉS GARCÍA DE AGUDELO** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, radicado **66001310500120190052901**.

Reconocer personería a la abogada Mariluz Gallego Bedoya, con cédula 52.406.928 de Bogotá y T.P. 227.045 del C. S. de la J., en los términos de la sustitución de poder otorgado por el representante Legal de World Legal Corporation, en defensa de los intereses de Colpensiones.

Reconocer personería para actuar, por su condición de abogado inscrito de Tous Abogados Asociados S.A.S. al abogado Sebastián Ramírez Vallejo con cédula No. 1.088.023.149. y T.P. No. 316.031. CS de la J, en representación de los intereses de Porvenir S.A.

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta Sala, conforme al artículo 15 del Decreto No. 806 de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, la cual se traduce en los siguientes términos,

S E N T E N C I A No. 167

I. ANTECEDENTES

Pretensiones

Aspira la señora **MARTHA INES GARCÍA DE AGUDELO** que se declare la nulidad o ineficacia del acto jurídico de traslado de Régimen Pensional, realizado el 17 de marzo de 2000, desde el régimen de prima media administrado por Colpensiones hacia el régimen de ahorro individual

administrado por Porvenir S.A. En consecuencia, solicita se ordene a **PORVENIR S.A.** a remitir a **COLPENSIONES** los saldos, 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 que hubiere cotizado de haber permanecido en Colpensiones. Además, solicita se ordene a COLPENSIONES, que una vez recibidos las cotizaciones y/o aportes, los saldos, beneficios, rendimientos y diferencias económicas, acepte su traslado y se condene en costas a las demandadas.

Hechos

Relata que nació el 22 de febrero de 1.959; se afilió al ISS hoy Colpensiones, el 1 de mayo de 1.995 cotizando un total de 219.¹⁴ semanas. Agrega que el 17 de marzo del 2000 se trasladó de Régimen hacia Porvenir S.A. Se queja de que Porvenir S.A. al momento del traslado no le suministró la información suficiente ni la asesoría adecuada respecto a las consecuencias legales y económicas que tendría su cambio de régimen, considerando que el fondo del RAIS no cumplió con su deber de información.

La demanda fue radicada el 16 de diciembre de 2019 y admitida por auto del 13 de marzo de 2020.

Posición de la demandada

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones considerando que la información brindada fue completa, veraz y oportuna, ajustándose la asesoría a los parámetros legales. Excepciona **validez y eficacia de la afiliación de la demandante al RAIS e inexistencia de vicios en e consentimiento, inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración en caso de declararse la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de trasladar el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o la ineficacia de la afiliación al rais, prescripción, buena fe y genéricas.**

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones al considerar que lo peticionado carecía de fundamento fáctico y jurídico al no existir prueba que demuestre la inducción al error, siendo por tanto válido el acto jurídico atacado. Excepciona **prescripción, inexistencia de la obligación demandada, estricto cumplimiento de la normatividad vigente, buena fe, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Primero Laboral del Circuito de Pereira al resolver la litis, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas (...)

SEGUNDO: DECLARAR ineficaz el traslado del RPM con PD al RAIS efectuado por la señora **MARTHA INÉS GARCÍA DE AGUDELO** el 17 de marzo de 2000, a través de **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, donde ha permanecido hasta la fecha.

TERCERO: DECLARAR que la afiliación de la demandante al RPM con PD administrado hoy por Colpensiones permanece válida y vigente y que la demandante retorna con los beneficios que contaba, esto es que conserva el beneficio del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con la aclaración hecha en la parte motiva, esto es que la aplicación de los beneficios está supeditada a que se demuestre que efectivamente los tiene.

CUARTO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los aportes que reposen en la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, junto con los intereses, rendimientos financieros y restituir con cargo a sus propios recursos, el valor que durante todo el tiempo de vinculación a RAI de la demandante destinó a financiar los gastos de administración, las primas que respaldan la garantía de pensión mínima y los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexadas.

QUINTO: Se **ORDENA** librar comunicación de esta decisión a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de haber emitido el bono pensional, proceda con la anulación del mismo mediante trámite interno, 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 833 de 2016.

SEXTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones–COLPENSIONES proceder sin dilaciones a aceptar el traslado de la señora MARTHA INES GARCIA DE AGUDELO.

SEPTIMO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a pagar a la demandante las costas procesales generadas en esta instancia las que se liquidarán por la secretaria del Despacho en la oportunidad procesal pertinente.

OCTAVO: ABSTENERSE de imponer condena al pago de costas procesales a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, conforme a lo dicho en la parte motiva.

En síntesis, la Jueza de instancia dedujo con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que el caso debía de abordarse desde la ineficacia en sentido estricto al ser la razón la transgresión del deber de información para la formación del acto, por parte del fondo pensional; que dicha figura se aplica, independientemente de que sea o no el afiliado beneficiario del régimen de transición o estar o no próximo a pensionarse, 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 la AFP hubiese acreditado que informó debidamente a la afiliada; que únicamente arrimó el formulario de afiliación, reporte SIAF e historia laboral, sin que ellas sean insuficientes para acreditar que se cumplió con el deber de información y del interrogatorio tampoco se encontró confesión alguna a favor de las demandadas, razón por la cual se generaba la ineficacia.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Las demandas recurrieron la decisión en los siguientes puntos:

PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación, al no estar de acuerdo con la orden impuesta a la entidad consistente en devolver o remitir a Colpensiones los gastos de administración al considerar que ello desconoce el ordenamiento legal; resalta que los gastos de administración remuneraban la buena gestión que hizo dicho fondo durante todo el tiempo que estuvo afiliada la demandante en dicha AFP, gestión por la que ha obtenido los rendimientos sobre los aportes efectuados. Refiere que la

condena vulnera el principio de la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones al no ser de recibo que se ordene el traslado del rendimiento financiero y concomitante los gastos de administración que son cobrados como contraprestación de los rendimientos generados en la cuenta de ahorros individual, máxime cuando ellos no son características del RPM con PD.

Sostiene que la demandante no puede regresar al RPM con PD al estar inmersa en las prohibiciones del artículo 2 literal E de la Ley 797 de 2003, que establece que cuando a una persona le hacen falta 10 o menos años para cumplir la edad de pensión, no se pueden trasladar de régimen; que declarar la ineficacia luego de haber pasado más de 22 años desconocía todos los efectos del acto jurídico.

De igual forma, reaccrimina la orden de devolver las primas y seguros previsionales, resaltando su razón legal y refiere que es un contrato con una aseguradora que se obliga a cubrir la suma adicional necesaria para financiar una pensión ante alguno de sucesos de invalidez o muerte, por lo que no podía ordenarse la devolución de una prima que afecta a un tercero de buena fe como lo es la aseguradora que ni siquiera se hizo parte dentro del presente proceso.

Argumenta que los gastos de administración comprenden tres divisiones que van a lugares diferentes, quedándole una pequeña parte al fondo de pensiones como la comisión con las que deben cancelar la prima de seguros previsionales por orden legal y los aportes existenciales destinados a los fondos de solidaridad pensional.

Finalmente, muestra su inconformidad en cuanto a la condena en costas bajo el argumento que Porvenir S.A. actuó de buena fe y tampoco podía decretar la ineficacia de traslado al ser tal decisión propia de los jueces basados en la línea jurisprudencial reciente y dicha AFP siempre se ajustó a la ley y a la jurisprudencia que estaba vigente para la época del traslado.

COLPENSIONES, al recurrir sustenta que con las manifestaciones de la accionante en la demanda e interrogatorio era claro que la motivación de la actora para pretender el retorno a Colpensiones era de carácter económico por lo que la acción a encausar no era la de ineficacia o nulidad del acto jurídico; que era de tener en cuenta que no era posible acceder al traslado de la actora al faltarle diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, ello por cuanto el objetivo de dicha limitante era evitar la descapitalización del RPM con PD y defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del RAIS, considerando que se debía atender el principio de sostenibilidad financiera en tanto generaba erogaciones mayúsculas en cabeza de Colpensiones.

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

Mediante fijación en lista del 08-11-2022 se dispuso el traslado para alegatos. Las partes presentaron alegatos. 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

Los problemas jurídicos para abordar consisten en establecer si fue acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS. De ser afirmativa la respuesta, se deberá establecer si había lugar a ordenar a la AFP demandada a trasladar a Colpensiones la proporción que en su momento descontaron por concepto de gastos por administración, las sumas adicionales de la aseguradora y lo correspondiente a las cuotas de garantía de pensión mínima, debidamente indexada. Además, se deberá determinar si hay lugar a eximir de las costas de primera instancia a la AFP Porvenir S.A.

Así mismo, se deberán analizar las órdenes impartidas en la sentencia y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Previo al análisis a realizar, es de mencionar que los siguientes hechos no presentan discusión:

- (i) Martha Inés García de Agudelo nació el 23 de febrero de 1959 (archivo 3, Pág. 1)
- (ii) La demandante al momento del traslado se encontraba afiliada a Colpensiones desde el 28 de abril de 1995, contando con 252.29 semanas (archivo 12, pág. 203)
- (iii) El traslado de régimen se produjo mediante el formulario suscrito el 17 de marzo de 2000 a través de Porvenir S.A., con efectividad desde el 1 de mayo de 2000 (archivo 3, pág. 2 y archivo 9, pág. 44-45)
- (iv) De acuerdo con la historia laboral de Porvenir S.A., la fecha de redención normal del bono pensional tipo A, modalidad 1, se encuentra prevista para el 23 de febrero de 2019 (Archivo 03, página 9 y archivo 09, página 41 sgts)

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 transgresión 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 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.

Ahora, de acuerdo con las aceptaciones realizadas por la demandante en su escrito de demanda y en el interrogatorio, último donde informó que aún es trabajadora dependiente en la Alcaldía de Pereira, y frente a la información recibida al traslado, ninguna confesión hizo a favor de su contraparte, aunque aceptó haber firmado de manera libre, voluntaria y sin presiones.

De otro lado, si bien se escucharon los testimonios de Carlos Alberto Ospina y Olga López de Vélez indicando ser compañeros de trabajo de la accionante, lo cierto es que tales testimonios ningún aporte imprime a esta litis amén que sus dichos corresponden a un testimonio de oídas por cuanto no presenciaron el momento en que la actora tomó la decisión de trasladarse de régimen.

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.

Aquí, es de recalcar que el hecho que la afiliada 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, 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.

De otro lado, 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 ineficacia¹. 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 en el expediente no hay evidencia alguna de que la demandante 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, pues esta fue decretada ante la falta de una asesoría completa y suficiente al momento de realizar el actor 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.

Caso concreto: Consecuencias de la ineficacia.

¹ CSJ Sentencia SL1688-2019

Establecida la ineficacia del acto, pasa la Sala a resolver el problema jurídico relativo a las órdenes impartidas a la AFP **Porvenir S.A.** quien recrimina la orden de devolver los valores que fueron cobrados por los fondos privados a título de gastos y/o comisiones por administración, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, frente a lo cual, refieren que se desconoce los efectos de la declaratoria de la ineficacia y se torna un actuar por fuera del ordenamiento legal.

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 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, 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)".

Ahora, de cara a los cuestionamientos de la AFP recurrente frente a las órdenes que les fueron impartidas, para mayor ilustración, hay que partir del hecho que la cotización es una obligación que se deriva de la afiliación al sistema y de allí, es que las pensiones se consolidan a partir de esos aportes realizados por o a favor de afiliado.

En el RPM con PD, es sabido que esos aportes constituyen un fondo común de naturaleza pública destinada al pago de las pensiones, los gastos de administración y a la eventual capitalización de las reservas. En este régimen, del total del aporte, el 3% se destina a financiar los gastos de administración, las pensiones de invalidez y sobrevivientes y lo restante, ingresa al fondo común para financiar las pensiones de vejez y la capitalización de las reservas.

En contraste, en el RAIS del total del aporte, el 11.5% del IBC se direcciona a la cuenta de ahorro individual del afiliado, el 1.5% del aporte se destina al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS y el 3% restante se destina a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin y las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes.

De allí, es que las sumas que fueron cobradas para financiar los gastos de administración, incluidos los destinados para el fondo de garantía de pensión mínima y los utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, al ser parte integrante de la cotización, pues fueron descontados de ella, corresponden a los valores que deben ser restituidos a Colpensiones porque fue allí donde debieron ingresar y, deben ser indexados, porque dichos valores están afectados por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Además, con lo explicado es suficiente para afirmar que la orden impartida no afecta a las aseguradoras con quienes, en su momento, las AFP contrataron el seguro previsional porque la orden no está dirigida a restituir el pago de la prima como lo entiende el recurrente, sino, se itera, a devolver lo descontado de la cotización que estaba destinada para financiar, entre otros, los seguros previsionales, lo cual es diferente.

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 se deben reintegrar 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, lo cual amerita confirmar las órdenes impartidas en la sentencia.

Revisión de las condenas y grado de consulta a favor de Colpensiones.

Revisadas las órdenes impartidas en la sentencia, encuentra la Sala la necesidad de modificar el ordinal cuarto de la parte resolutive para excluir la orden de remitir a Colpensiones, además de los aportes y rendimientos financieros, lo correspondiente a “*los intereses*”, ello por cuanto los rendimientos corresponden a los mismos frutos o intereses por lo que el haber dispuesto el traslado de “los aportes junto con los intereses” resulta errado.

QUINTO: SE ORDENA librar comunicación de esta decisión a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de haber emitido el bono pensional, proceda con la anulación del mismo mediante trámite interno, 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 833 de 2016.

Del bono pensional.

Como quiera que del natalicio de la parte demandante es del 23-02-1959 y, de acuerdo con la información aportada al proceso, la actora a contar al momento de traslado con 252.29 semanas en el RPM, impone el concluir que a su favor se generaría el bono pensional tipo A, cuya fecha de referencia o de redención normal se estimó para el **23-02-2019**, aspecto que conlleva a que la orden impartida en el ordinal quinto de la sentencia se deba a adicionar disponiendo que, en el evento de haberse redimido y pagado el bono a favor de la cuenta de ahorro individual, la AFP PORVENIR S.A. deberá restituir la suma que hubiese sido pagada por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente actualizada a valor presente, debiendo cancelarse dicha indexación, con los recursos propios de dicha AFP.

De la imposición de costas de primera instancia.

Frente al reproche sobre la imposición de costas procesales, debe advertirse que éstas son consecuencia de las resultas del proceso, donde la AFP al resultar vencida procede su imposición, al tenor del artículo 365 del C.G.P. Ello implica, que no hay lugar a relevar de dicha imposición 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 resolvió de forma desfavorable el recurso interpuesto por las demandadas, se les impondrá costas en esta instancia a favor de la parte actora.

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 cuarto en el sentido de excluir de las órdenes impartidas, la remisión a Colpensiones de los “intereses” que se ordenaron trasladar junto con los aportes y rendimientos. En lo demás, se mantiene incólume lo dispuesto.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, en el sentido de ORDENAR que, en el evento de haberse redimido y pagado el bono a favor de la cuenta de ahorro individual del accionante, la AFP PORVENIR S.A. deberá RESTITUIR la suma que hubiese sido pagada por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente actualizada a valor presente, debiendo cancelarse dicha indexación, con los recursos propios de dicha AFP.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas y favor de la parte actora.

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Aclaro voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
(Ausencia Justificada)

Firmado Por:

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

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: **2835ac778fad631430a5af1cc92431c9b0c8ff291af1a8044d4369ba40528dc0**
Documento generado en 07/12/2022 08:11:25 AM

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