

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:	66001310500120210005501
Demandante:	TERESA DEL SOCORRO OBANDO JAMAUCA
Demandado:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia (04 de octubre de 2022)
Juzgado:	Primero Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 42 DEL 14 DE MARZO DE 2023

Hoy, quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023), 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 el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia de primera instancia, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones, proferida por el Juzgado Primero Laboral Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **TERESA DEL SOCORRO OBANDO JAMAUCA** contra la **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** radicado **66001310500120210005501**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta Sala, conforme al 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. 37

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

TERESA DEL SOCORRO OBANDO JAMAUCA, pretende se declare la nulidad de la afiliación que hizo a la AFP PORVENIR S.A. de la cual se produjo el traslado de régimen desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En consecuencia, solicita que se condene a COLPENSIONES a recibirla nuevamente como afiliada cotizante y a la AFP a liberar de sus bases de datos a la parte actora haciendo el respectivo traslado de sus cotizaciones y rendimientos. Además, solicita se condene en costas y lo ultra y extra petita

2. Hechos

En sustento de lo pretendido, relata que nació el 24 de noviembre de 1962 y cotizó un total de 1752 semanas en toda su vida laboral, que para la época del traslado fue visita en su trabajo por asesores de PORVENIR que la convencieron de trasladarse al RAIS porque podría pensionarse de forma anticipada y con una mesada superior a la que obtendría en el RPM. Por lo anterior, decidió cambiarse de régimen pensional y se trasladó a PORVENIR el 13 de septiembre de 2000; no obstante, la AFP no le brindó la asesoría completa sobre las desventajas del traslado. El 14 de octubre de 2020 presentó solicitud de nulidad de traslado ante la AFP pero le fue negada. Asimismo, el 23 de octubre de 2020 solicitó ante COLPENSIONES que aceptara su traslado sin obtener una respuesta a la fecha.

3. Posición de las demandadas.

COLPENSIONES, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones al considerar que la actora alegando que no le constan los hechos de la demanda y que la Administradora actuó conforme a derecho. Como excepciones propuso: **caducidad, inexistencia de la obligación de traslado, imposibilidad de retornar al estatu quo ante, prescripción, falta de legitimación, declaratoria de otras excepciones.**

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que la actora cotizó un total de 1.467 semanas, que la AFP informó a la demandante acerca de las características propias del RAIS y las diferencias con el RPM, y respecto de las consecuencias del traslado. Con base en dicha información la actora decidió de forma libre, espontánea y sin presiones, suscribir el formulario de vinculación con la AFP. Como excepciones propuso: **validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento del eventual vicio del consentimiento, 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, prescripción, buena fe, innominada o genérica.**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Primero Laboral Circuito de Pereira, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, y las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y, conforme a lo dicho en la parte motiva. **SEGUNDO: DECLARAR** ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora TERESA DEL SOCORRO OBANDO JAMAUCA, el 13 de septiembre del 2000, a través del Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. **TERCERO: ORDENAR** al 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 además restituir con cargo a sus propios recursos, el valor que durante todo el tiempo de vinculación a dicho fondo de la demandante destinó a financiar los gastos

de administración, las primas que respaldan la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexadas. **CUARTO: 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. **QUINTO: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES proceder sin dilaciones a aceptar el traslado de la señora TERESA DEL SOCORRO OBANDO JAMAUCA. **SEXTO: DECLARAR** que la señora TERESA DEL SOCORRO OBANDO JAMAUCA, conserva válida y vigente su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, dada la declaratoria de ineficacia de su traslado al RAIS. **SÉPTIMO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. a pagar a la demandante las costas procesales generadas en esta instancia a su favor las que se liquidaran 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. **NOVENO: SE ORDENA** surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, para lo cual se debe remitir el proceso a la Sala Laboral de Honorable Tribunal de este Distrito Judicial. **DECIMO:** La presente sentencia queda notificada en estrados, y se les hace saber que contra la misma procede el recurso de apelación.”

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

En suma, no encontró que la AFP hubiese acreditado que informó debidamente al afiliado al momento del traslado; que solo arrió el formulario e historiales que resultaron ser insuficientes para acreditar que cumplieron con el deber de información.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconformes con la decisión el apoderado de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. recurrieron la sentencia, así:

PORVENIR S.A. señaló que la AFP no tiene forma de obtener prueba de la información que brindó hace más de 20 años, pues para dicha época la ley no exigía que se guardara registro escrito de ello, por ende, la prueba es el formulario de afiliación suscrito por la actora de forma libre, espontánea y sin presión. En cuanto a la orden de devolver los gastos de administración y comisiones indexados, advirtió que la condena desconoce la norma del código civil, por tanto, se debía autorizar las restituciones mutuas a que

haya lugar, pues sin importar la causa se debe reconocer a la AFP los gastos que se hicieron en favor de la demandante en procura de los rendimientos. Todo lo anterior, teniendo en cuenta que la justicia no puede desconocer que la AFP ha administrado unos recursos que se aumentaron notoriamente y no simplemente ordenar la devolución de los gastos de administración, pues se configura un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES. Aclaró que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de trasladarse por su edad. Finalmente, considera que no se debe condenar en costas a la AFP porque actuó de buena fe y conforme a las normas vigentes para la época del traslado.

COLPENSIONES Indicó que se debe revocar la sentencia toda vez que la actora se trasladó de régimen de forma válida, cumpliendo los requisitos legales dispuestos para la época y firmó el formulario de afiliación de forma voluntaria y sin presiones. Agregó que la actora no es beneficiaria del régimen de transición y al momento en que solicitó el traslado se encontraba dentro de la prohibición legal para regresar al RPM administrado por COLPENSIONES, por ende, no se debe declarar la ineficacia después de pertenecer al RAIS por tantos años y solo porque la futura mesada pensional no cumple sus expectativas económicas. Finalmente, expuso que COLPENSIONES no participó del traslado, siendo un tercero en el proceso, no obstante, al declararse la ineficacia se vulnera el principio de sostenibilidad financiera y genera la descapitalización del fondo. Sin embargo, solicita que en caso de que se declare la ineficacia se ordene a PORVENIR a pagar a COLPENSIONES un cálculo actuarial proporcional o equivalente a las mesadas pensionales a pagar liquidadas, teniendo en cuenta la expectativa de vida de la demandante y sus beneficiarios.

De otro lado, conforme a lo consagrado en el art. 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS) la Sala estudiará el fallo del a quo, en grado jurisdiccional de consulta, en lo que no fue objeto de la apelación por Colpensiones.

IV. ALEGATOS

Atendiendo a que la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídicamente sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se tendrán en cuenta los alegatos que guardan relación directa con los temas debatidos.

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:

- (i) Establecer si había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.
- (ii) Había lugar a ordenar a la AFP demandada el trasladar con cargo a sus propios recursos, el valor de las comisiones y cuotas de

administración que cobraron, así como las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales hacia Colpensiones.

- (iii) Se deberán analizar las órdenes impartidas en la sentencia y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Para iniciar, es de tener en cuenta que los siguientes hechos no presentan discusión: **i)** la demandante nació el 24 de noviembre de 1962 (Anexo4, fl.3). **ii)** El 13 de septiembre de 2000 se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES a PORVENIR (fl.63, anexo10). **iii)** La fecha de redención normal del bono pensional está estipulada para el 03 de septiembre de 2021 (fl.75, anexo10)

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN.

Para iniciar, es de advertir que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, por ello, el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y la sentencia SL-12136 rad. No 46292 del 3 de septiembre de 2014.

Es de anotar que la jurisprudencia antes citada corresponde a traslados respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, sin embargo, en sendos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, entre otras, en

la SL1452-2019, SL1017-2022, señala que, ni la jurisprudencia desarrollada por esa Corporación y, mucho menos el ordenamiento jurídico laboral y de la seguridad social prevén como requisito para que resulten aplicables las reglas sobre ineficacia del traslado y en especial la relativa a la inversión de la carga de la prueba que en ella opera, que el afiliado al momento del cambio de régimen pensional fuese beneficiario del régimen de transición, tuviese un derecho consolidado o una expectativa legítima, por el contrario se ha estimado que para que resulte viable la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado, así como, la inversión de la carga de la prueba que en estos asuntos se configura, lo que se exige es que la administradora de pensiones hubiese faltado a su deber de información ya que «el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ3719-2021), todo ello por cuanto «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4025-2021).

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

En torno a la carga de la prueba, es de indicar que corresponde a la AFP ante quien se realizó el cambio de régimen pensional, porque es quien debe de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos al contar con los documentos e información en general que le suministró al interesado, pues no puede pretenderse que la afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la calidad de la asesoría brindada.

Además de lo expuesto, la Corte ha reiterado (SL1017/2022) que, la trasgresión al deber de información en tratándose del traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades regulado por el Código Civil, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

¿Se acreditó el cumplimiento del deber de información por parte de las accionadas?

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 de la demandante, ninguna prueba idónea presentaron 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, en este caso la parte demandante ni siquiera signó el formulario del traslado, por lo que, no es posible señalar que 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.

Para auscultar si se cumplió con ese propósito, se escuchó **en interrogatorio a la parte demandante** en lo que respecta a la información que le antecedió a la decisión de trasladarse de régimen, refirió que para la época del traslado el fondo PORVENIR le dijeron que la mesada pensional sería más alta y mejor en el RAIS que en el RPM además, podría pensionarse más rápido. Le informaron que el ISS se iba a acabar y cuando firmó el formulario de afiliación, aunque no la obligaron, sus jefes en la Clínica de Occidente en Cali donde laboraba como enfermera para la época, la presionaron e informaron que todos debían trasladarse. Aseguró que no le dieron más asesorías y que no fue a averiguar en el fondo porque no tenía conocimiento ni dudas, estaba tranquila y convencida de los beneficios del fondo, pero cuando se dio cuenta de que algunos de sus compañeros se estaban pensionando, decidió retornar a COLPENSIONES.

En la **declaración testimonial del doctor Gabriel López** –tachado- informó que hace aproximadamente ocho años adelantó un proceso similar de ineficacia de traslado contra PORVENIR, pero ya se encuentra afiliado en COLPENSIONES. Expuso que conoció a la actora en la ciudad de Cali cuando también laboraba en la Clínica de Occidente, que tenía trato casi diario por sus labores como médico internista. Manifestó que para la época los fondos privados llegaron a convérselos de trasladarse de régimen porque mostraban el lado negativo de COLPENSIONES. Aseguró que nunca les dijeron toda la verdad, con las cosas favorables y desfavorables, ventajas y desventajas, nunca le hicieron comparaciones. Los trabajadores no manejaban esos temas y procesos con lo que significaba el traslado, por eso, en lo personal, se sintió engañado. Agregó que los asesores iban casi a diario en diferentes horarios y hacían reuniones grupales, pero no recuerda si estuvo presente al momento en que la actora firmó el formulario de traslado ni cuando le dieron la asesoría, pero recuerda que las asesorías eran grupales. Informó que no hubo más asesorías una vez firmaron los formularios de afiliación al RAIS.

Por su parte, en la **declaración testimonial de la doctora Leticia del Socorro Orozco Torres** expresó que es enfermera y que no ha adelantado ningún proceso de ineficacia para trasladarse a COLPENSIONES. Informó que conoce a la actora desde que laboraron juntas en el año 1994-1995 aproximadamente, que para la época del año 2000 hubo un traslado masivo del Seguro Social donde ella también se encontraba afiliada a diferentes fondos privados. Cuenta que comenzaron a hacer asesorías sobre las ventajas de pertenecer a dichos fondos, hablaban de la facilidad para pensionarse y que se podía heredar a los beneficiarios. También hacían comparaciones con el ISS pero respecto de las ventajas nunca de las desventajas. Las reuniones las hacían en la clínica y en ese momento, no tenían una información clara porque estaban confundidos, pero aseguró que se sentían presionados para cambiarse al fondo privado por parte de la clínica y porque decían que el ISS se iba a acabar y sus pensiones “*iban a quedar volando*”. Estos fueron algunos motivos por los cuales muchos se trasladaron del RPM al RAIS. Manifestó que en la actualidad existe mucha información que se divulga en redes sociales sobre los fondos, pero para la época del traslado solo tenían la información que brindaba el asesor del fondo, por eso, se trasladó a COLPENSIONES a tiempo, pero su compañera y demandante, no alcanzó porque ella laboraba para otra entidad. Finalmente, expresó que no recuerda si estuvo en el momento en que la actora firmó el formulario.

Pues bien, se advierte que en el interrogatorio 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 ni siquiera allegó el formulario que supuestamente se suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones, por ende, no es posible concluir que cumplió con el deber de información.

Y es que, al analizar las manifestaciones de los testigos y la totalidad del 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. Al contrario, resulta evidente que existió desinformación al momento del traslado, tanto así que ambos testigos se trasladaron a COLPENSIONES porque sintieron que no se brindó la información completa y clara, máxime cuando pertenecían al área laboral de la salud como médicos y enfermeras y no tenían plena comprensión de los términos y procedimientos del traslado de régimen.

Es que es notorio que la 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 debía probar la AFP pero no lo hizo, situación que se acompasa con lo lineado en las sentencias SL12136-2014 y SL4373-2020, entre otras.

A lo anterior se suma, que las obligaciones que debía observar el fondo de pensiones durante el traslado de la parte accionante eran las contenidas en las normas del sistema vigentes a esa época. De modo que, al ser la solicitud del año 2000, es factible pregonar sin vacilación que a la AFP demandada,

le correspondía cumplir con el deber de información que deviene de las disposiciones constitucionales, de la Ley 100 de 1993, artículos 13, literal b), 271 y 272 y del Decreto 663 de 1993, artículo 97, según los cuales, como mínimo, debió ilustrarse a la potencial afiliada sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Frente al tema, no se puede pretender que se tenga como ratificación el tiempo en que la demandante permaneció en el RAIS, el hecho que no se hubiese retractado de su decisión o que no hubiese manifestado la intención de regresar al régimen de prima media, antes de encontrarse inmersa en la prohibición de cambiarse de régimen, es decir, cuando faltaren menos de 10 años para acceder a la edad pensional, pues lo que se evidencia aquí es la falta de acompañamiento, y aún, ante el supuesto que esta tuviera presente dicha disposición, debe tenerse en cuenta que la falta de asesoramiento de la que fue objeto, no le permitía distinguir cual régimen era el que más le convenía, pues nunca presentó una solicitud de afiliación, tanto así que no existe un formulario de afiliación suscrito entre las partes.

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

Tampoco podría afirmarse que la actora hizo **actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad de pertenecer al RAIS** por permanecer por más de 20 años en dicha AFP. A propósito de ello, es del caso traer a colación la sentencia SL1055-2022 (2-03-2022)¹, que en lo pertinente recalcó:

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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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”.

Además, 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 pensionada es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer. Dicha situación aquí no ocurre, por cuanto la demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionada.

Conforme a lo expuesto, la ineficacia del traslado que fue decretada por la *a-quo* se generó por falta de asesoría de la afiliada al momento de realizar su traslado a la 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 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 recurrentes.

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

² CSJ Sentencia SL1688-2019

Respecto a la orden de devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, por parte de la AFP demandada, 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 la AFP del RAIS debe devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como lo 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 conlleva a que la AFP 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 de la accionante, además de los valores que cobró 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).

De este modo se tiene que no es posible acceder a la petición que hace COLPENSIONES respecto del **cálculo actuarial** dado que lo que se ordena es la devolución de los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual, junto con los gastos de administración, comisiones y primas de la aseguradora, ello con el fin de financiar la posible pensión a que tenga derecho la actora.

Acorde con lo dicho, resulta pertinente traer a colación el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral, sentencia SL1017-2022 M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, así:

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

administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

Así las cosas, amerita confirmar las órdenes impartidas en la sentencia de primera instancia.

Del bono pensional

Con relación al **bono pensional**, como quiera que la fecha estimada de redención normal data del 03 de septiembre de 2021 (fl.75), razón tuvo el juez en ordenar comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí adoptada, y ordenando la retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la demandante se cambió de régimen. No obstante, se ve la necesidad de ADICIONAR la sentencia para que, en el evento de haberse pagado el bono, la AFP PORVENIR debe restituir la suma pagada por la OBP debidamente indexada y con cargo a sus propios recursos.

De la imposición de costas.

Ahora, frente al reproche de PORVENIR respecto de las costas de primera instancia, debe decirse que las mismas son consecuencia de las resultas del proceso cuando se resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, que es lo que sucede en este caso, al tenor del artículo 365 del C.G.P. Ello implica, que no tienen asidero los argumentos esbozados por la demandada consistentes en que actuó de buena fe, pues ello no se constituye como una excepción para exoneración de la condena impuesta y además está sustentada en criterios objetivos previamente determinados por la ley.

En virtud de lo anterior, se confirmará la condena en costas y como se resolvió de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos por **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** se le impondrán costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, en el sentido de indicar que en el evento de haberse pagado el bono, la AFP PORVENIR debe

restituir la suma pagada por la Oficina de Bonos Pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO debidamente indexada y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** a favor de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Aclaración de voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
(Ausencia Justificada)

Firmado Por:

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

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 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: **0631166e1897c0e7424ea13bf451f75c6d031d23168093d849f9ce24faebe78a**

Documento generado en 15/03/2023 10:00:00 AM

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

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