

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	66001310500320210021301
Demandante	FRANCISCO JAVIER OSORIO VALENCIA
Demandado	COLPENSIONES, PORVENIR Y PROTECCIÓN
Asunto	APELACIÓN Y CONSULTA 18 de enero de 2023
Juzgado	3 LABORAL CIRCUITO
Tema	INEFICACIA DE TRASLADO

APROBADO POR ACTA No. 55 DEL 11 DE ABRIL DE 2023

En Pereira, hoy, doce (12) de abril 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, proceden a resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir S.A y Colpensiones y a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del ente público frente la sentencia de primera instancia proferida el **18 de enero de 2023**, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta Ciudad dentro del proceso ordinario promovido **FRANCISCO JAVIER OSORIO VALENCIA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, los FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** Radicado **66001310500320210021301**.

Se reconoce personería para actuar al abogado Sebastian ramírez Vallejo C.C. No. 1.088.023.149 y T.P. No. 316.031, como apoderado inscrito de Tous Abogados Asociados, en representación de los intereses de Porvenir S.A.

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. 57

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones.

FRANCISCO JAVIER OSORIO VALENCIA adelanta esta acción con la finalidad de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen que hizo al RAIS y el traslado horizontal que hizo entre AFP del RAIS, producto de la indebida asesoría. En consecuencia, aspira a que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros de su cuenta de ahorro individual, rendimientos, aportes, sumas adicionales. Además, disponer su reactivación como afiliado al RPM con PD y ordenar a Colpensiones actualizar su historial de aportes. Además, solicita el pago de las costas.

1.2. Hechos

En síntesis, relata el accionante que nació el 22 de septiembre de 1963; inició cotizaciones desde 1989 a través del Hospital de Santander, desde 1990 realizó aportes al ISS y el **5 de agosto de 1994** se trasladó al RAIS a través de Davivir hoy Protección S.A. Agrega, que el **29 de junio de 2005** hizo un traslado horizontal hacia Horizonte hoy Porvenir S.A.

Asegura que, los fondos de pensiones del RAIS omitieron documentar de manera clara, precisa y suficiente sobre los efectos que conllevaba el cambio de Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y su derecho pensional; que todos ellos le aseguraron que en el RAIS contaba con mayores garantías y beneficios, sin entrar a explicar requisitos de ambos regímenes; nunca le hicieron proyecciones; no le informaron las diferencias existentes, ni sobre la posibilidad de realizar su traslado voluntario de régimen pensional, entre otros aspectos.

La demanda fue radicada el 28 de junio de 2021 y fue admitida por auto del 2 de septiembre de 2021.

1.3. Posición de las demandadas.

Porvenir S.A., Se opuso a las pretensiones asegurando haber asesorado debidamente al demandante de acuerdo a las exigencias de la época, sin estar obligada a realizar asesorías comparativas entre regímenes. Excepciona **validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de una 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, prescripción, buena fe e innominadas** [archivo 12].

Colpensiones, se opuso a lo pretendido al considerar que no había razón para declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS. Excepciona **inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominadas, prescripción** [archivo 13].

Protección S.A., Se opuso a las pretensiones asegurando haber informado de manera suficiente al demandante al momento de su afiliación; que el acto jurídico es existente y eficaz al haber sido suscrito por el demandante de manera libre, voluntaria y sin presiones. Excepciona **validez y eficacia del acto jurídico de afiliación a Protección, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe** [archivo 14].

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La jueza de primera instancia resolvió la litis disponiendo lo siguiente:

PRIMERO: Declarar ineficaz el traslado de régimen pensional que efectuó el señor Francisco Javier Osorio Valencia el 5 de agosto de 1994, como se explicó precedentemente.

SEGUNDO: Declarar que el señor Francisco Javier Osorio Valencia se encuentra debidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, actualmente administrada por COLPENSIONES conforme al restablecimiento del statu quo ante.

TERCERO: Declarar que AFP PORVENIR S.A. proceda a remitir ante COLPENSIONES todo el capital que aparece en la cuenta individual que existe a nombre del demandante con el detalle

pormenorizado de los ciclos y en las condiciones que fueron previstas en las consideraciones anteriores¹.

CUARTO: Ordenarle a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, que proceda a habilitar la afiliación del señor OSORIO VALENCIA y si es necesario, que actualice su historia laboral.

QUINTO: Advertir tanto al señor Francisco Javier Osorio Valencia como a Colpensiones que las solicitudes derivadas del sistema pensional en el RPMPD deberán agotarse bajo las reclamaciones administrativas previas y sus respuestas dadas en tiempo, como lo previó la ley.

SEXTO: Declarar no probadas las excepciones de fondo que fueron planteadas por las entidades AFP PROTECCIÓN, AFP PORVENIR y COLPENSIONES respectivamente.

SÉPTIMO: Condenar en costas procesales a la entidad demandada AFP PROTECCIÓN S.A. a favor del demandante en cuantía equivalente al 100% de las causadas”.

Para arribar a tal decisión, la A quo entre otros aspectos, trajo a colación lo que significaba la libre escogencia, las condiciones y limitantes de la movilidad entre los regímenes coexistentes y sus características, las formalidades de los formularios de afiliación y las condiciones de un consentimiento informado oportuno, claro y suficiente, así como la carga de la prueba que se encontraba en cabeza de las AFP, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral.

De acuerdo a lo anterior, tuvo en cuenta que la omisión en el suministro de la información a los potenciales afiliados al sistema de seguridad social en pensiones conllevaba a la ineficacia del acto jurídico. Al analizar el caso concreto, atendiendo la carga de la prueba que gravitaba exclusivamente en Protección S.A y Porvenir S.A, concluyó que no se había suplido porque no se arrimaron pruebas idóneas que demostraran cual fue el tipo de información suministrada al demandante al momento de producirse el traslado de régimen o entre fondos, en tanto que el formulario de afiliación no era el reflejo del consentimiento informado, por lo que no se había arrimado prueba contundente de haber sido el traslado de régimen producto de una decisión informada y ello imponía declarar la ineficacia solicitada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Porvenir S.A., recurrió la decisión frente a los siguientes puntos: (i) la ineficacia declarada al considerar que se cumplió con el deber de información y que, lo ahora exigido se daba por razones jurisprudenciales que imponían cargas adicionales y retroactivas a las AFP; (ii) Consideró que el consentimiento libre, voluntario y sin presiones que estaba inserto en el formulario de afiliación daban cuenta de la intención del afiliado de trasladarse de régimen y dentro del RAIS, actos que además convalidaban y ratificaban su voluntad inicial cuanto se vinculó a través de Davivir por razones netamente económicas; (iii) reclamó sobre las órdenes que le fueron impartidas, específicamente, frente a los emolumentos que debía trasladar hacia Colpensiones al considerar que todos ellos tenían un sustento legal, por lo que el disponer su remisión indexada constituía un enriquecimiento sin causa y un detrimento al patrimonio de Porvenir S.A.

¹ Devolver el capital con intereses, frutos, rendimientos, con las cuotas de administración que se hayan descontado, así como las determinadas para garantizar las primas de los seguros previsionales, por las pensiones de sobrevivientes e invalidez y la cuota que se determina para la constitución de la garantía de pensión mínima debidamente indexados ante Colpensiones, debiendo cancelarse la afiliación que el actor ostenta en esa entidad y Colpensiones deberá habilitar dicha afiliación. Que Porvenir goza de las acciones legales para que cobre o reclame de Protección cualquier clase de situación derivada de la orden emitida para que pueda cumplir con esa responsabilidad de devolución ante Colpensiones.

Colpensiones, sustentó su recurso al considerar que, de acuerdo a los hechos de la demanda y lo indicado por la demandante al rendir interrogatorio, la acción que debió emprender la demandante no era la apropiada porque sus razones eran netamente económicas. Refiere que Colpensiones no estaba obligado a resarcir un daño que no causó y la decisión afectaba la sostenibilidad financiera del sistema. De otro lado, sostuvo que la accionante estaba a menos de diez años de la edad mínima pensional, lo cual era una prohibición y, adicionalmente, el actor había mostrado su preferencia por el RAIS, entre ellos por el traslado horizontal que hizo.

Finalmente, solicita que, en caso de mantenerse la decisión, se disponga la orden hacia las codemandadas de remitir ante Colpensiones el saldo de la cuenta individual, sus rendimientos, intereses y los valores cobrados 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, debidamente indexadas.

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 23-03-2023 se dispuso el traslado para la presentación de alegatos. La parte actora y Porvenir S.A. presentaron escrito. El Ministerio Público no rindió concepto y los demás guardaron silencio.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con los recursos y alegatos presentados por las partes, los problemas jurídicos a ser abordados consisten en: (I) Establecer si fue acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS; (II) De ser afirmativa la respuesta, se deberá determinar, si hay lugar a ordenar a la AFP demandada, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de régimen pensional, que además de los rendimientos, se trasladen a Colpensiones la proporción que en su momento descontaron por concepto de gastos y/o comisiones por administración, las sumas adicionales de la aseguradora y lo correspondiente a las cuotas de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.

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

De otro lado, es de resaltar los aspectos acreditados documentalmente: **1.-** El demandante nació el **22-09-1963** [archivo 05, página 1]; **2.-** La afiliación del actor al ISS hoy Colpensiones data del 21-06-1996, acreditando 38.29 semanas al momento del traslado [archivo 13, pág. 35]; **3.-** En cuanto al bono pensional tipo A, modalidad 1, indica el documento de la OBP que el actor no cuenta con el mínimo de semanas requeridas (150), pues no acredita las 150 requeridas [archivo 05, página 16 y archivo 12, pág. 77], **4.-** El traslado de régimen se produjo el **05-agosto-1994** desde el ISS hacia Davivir hoy Protección S.A. [archivo 05, página 18 y archivo 21, pág. 95] y, **5.-** El traslado entre AFP Protección S.A. hacia Horizonte hoy Porvenir S.A. se hizo el **29-junio-2005** [archivo 05, página 18 y archivo 21, pág. 95]

5.1. 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 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).

5.2. Del deber de información de los Fondos de Pensiones

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.

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, quien informó que es médico y aún se encuentra vinculado laboralmente. Al ser interrogado sobre las circunstancias que se dieron cuando hizo el cambio de régimen pensional, relató que el asesor de Davivir reunió a varias personas en la oficina administrativa de su sitio de trabajo; que la información dada consistió en que los fondos públicos desaparecerían y solo quedarían los privados, siendo Davivir el mejor del mercado por su solidez; que les prometieron una mejor mesada y de manera anticipada; niega que hubiesen realizado explicaciones sobre los requisitos de cada régimen o comparativa entre ellos; que no hubo asesoría individual y que básicamente les infundieron temor para que se trasladaran. En cuanto al traslado horizontal hacia Porvenir S.A., dijo que el asesor solo hizo mención a que su portafolio era mejor por los intereses y que por ello, tuvo el errado

convencimiento que se le estaba garantizando una mejor situación pensional. Comenta que ante las advertencias que escuchó de algunos colegas frente a los fondos privados, acudió a Porvenir S.A. pero a ese momento ya contaba con más de 52 años y no podía retornar a Colpensiones. Comenta que desconocía de aportes voluntarios, posibilidades de retracto o de los periodos de gracia; que al momento en que acudió a Porvenir S.A. para que lo ilustraran o reasesoraran, ninguna información adicional se le dio pues solo le indicaron que su pensión a lo sumo sería sobre el mínimo legal, lo que implica que adoleció de cualquier orientación o asesorías posterior a la inicial y previo al cumplimiento de los 52 años.

De dicho instrumento de prueba debe decirse que se evidencia una omisión en la información completa al momento de la afiliación y no se encontraron manifestaciones que, conjunta o individualmente, puedan calificarse como una confesión de haber recibido la información a que estaban obligadas las AFP en la antesala del traslado de régimen pensional, lo que implica que Protección S.A., a lo sumo 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, siendo notorio que las AFPs demandadas faltaron a su deber de «*información y buen consejo*», pues tanto al traslado de régimen como de AFP, ambas omitieron 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 especialmente la AFP Protección, 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 **1994**, es factible pregonar sin vacilación que, a la AFP Protección S.A., le correspondía cumplir con el deber de información que deviene de las disposiciones constitucionales, de la Ley 100 de 1993, artículos 13, literal b), 271 y 272 y del Decreto 663 de 1993, artículo 97, según los cuales, como mínimo, debió ilustrarse al potencial afiliado sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

5.3. De la ratificación de la voluntad y/o actos de relacionamiento

Frente al tema, no se puede pretender que se tenga como ratificación el tiempo en que el demandante permaneció en el RAIS, el hecho que no se hubiese retractado de su decisión o que no hubiese manifestado la intención de regresar al régimen de prima media, antes de encontrarse inmerso en la prohibición de cambiarse de régimen, es decir cuando faltaren menos de 10 años para acceder a la edad pensional, lo que en esas circunstancias se evidencia es justamente la falta de acompañamiento y asesoría, pues aquí debe tenerse en cuenta que la **falta de asesoramiento** y de **acompañamiento** de la que fue objeto no solo al momento en que se trasladó de régimen pensional sino también, cuando se acercó al fondo de pensiones Porvenir S.A. a buscar información adicional sin lograrlo, fueron aspectos que, ante la falta de asesorías claras, suficientes, completas y oportunas, le impidieron a la accionante distinguir cual régimen era el que más le convenía y cuáles eran las decisiones más apropiadas a sus intereses, amén que si bien al momento del traslado se le hizo mención de algunas de las características del RAIS, lo cierto es que nunca 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 o el traslado horizontal que hizo 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 el actor 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)², 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.

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

² M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 ineficacia³. 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. Dicha situación aquí no ocurre, por cuanto la demandante al rendir interrogatorio dio claridad que en la actualidad continúa laborando y por tanto cotizando al sistema pensional.

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 la AFP Protección S.A antes Davivir., 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 en la apelación incoada por las demandadas, pero el ordinal primero de la sentencia deberá se adicionada para dejar sin efectos el traslado horizontal que hizo el afiliado hacia Porvenir S.A. el 29-06-2005.

5.4. De las consecuencias de la ineficacia

Al respecto, se ha de indicar que la consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado es que la afiliación se retrotrae al estado en que se encontraba, lo que implica que las AFP del RAIS deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación con todos sus frutos e intereses, como los dispone el artículo 1746 del C.C, incluidos los gastos de administración, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre otras, en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de 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 **PORVENIR S.A.** 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 y, adicionalmente, tanto **Porvenir S.A.** como **Protección S.A.** tienen obligación de devolver los valores que cobraron 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

³ CSJ Sentencia SL1688-2019

y sobrevivencia, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el demandante fue su afiliado, pues todos estos deberán ser abonados en el fondo común que administra **COLPENSIONES** y utilizados para la financiación de la pensión de vejez de la parte demandante (SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4141-2021, SL3611-2021, entre otras más).

Acorde con lo dicho es 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)”.

Ahora, de cara a los cuestionamientos frente a las órdenes que les fueron impartidas a las AFP, 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 a favor del 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.

De otro lado, es menester advertir que las ordenes impartidas no son a título de sanción, sino que son la consecuencia que se deriva del acto jurídico declarado ineficaz, máxime cuando de esa proporción del aporte es que emerge el derecho a la futura pensión del afiliado.

Respecto de los bonos pensionales basta con indicar que, atendiendo el documento de la OBP el cual da cuenta que el actor no acredita el mínimo de semanas requeridas (150) para generar bono pensional a su favor [archivo 05, página 16 y archivo 12, pág. 77], por tal razón, ninguna orden se dará al respecto.

Así las cosas, es de concluir que no tiene vocación de prosperidad ninguno de los argumentos planteados por los recurrentes, lo cual amerita confirmar las órdenes impartidas en la sentencia, con las adiciones y modificaciones que a continuación se enunciaran.

5.5. Revisión de las condenas - grado de consulta

Teniendo en cuenta que las órdenes impartidas a la AFP Porvenir S.A. encaminada a que Colpensiones perciba los conceptos que se enunciaron en líneas anteriores, se observa la necesidad de modificar el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia al no reflejar de manera concreta, las ordenes que deberá cumplir la AFP Porvenir S.A.

Por ello, se dispondrá a ordenar a Porvenir S.A. a que traslade a Colpensiones la totalidad de los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro pensional del señor Francisco Javier Osorio Valencia, debiendo discriminar los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, expediente administrativo y demás información relevante.

De otro lado, si bien en la parte considerativa se hizo referencia al traslado de las cuotas de administración y seguros previsionales que debe trasladar Porvenir S.A. hacia Colpensiones, lo cierto es que no lo limita al tiempo en que el demandante ha estado afiliado a esa AFP. Dicha orden, a juicio de la Sala, es inconveniente porque el disponer que Porvenir S.A. sea quien responda por los emolumentos por todo el tiempo de permanencia del actor en el RAIS, incluido el tiempo en que estuvo afiliado a Protección S.A, no resulta equitativa, ni efectiva.

Por lo anterior, se adicionará la orden en lo no dispuesto por la a-quo, ordenando que ambos fondos trasladen a Colpensiones lo correspondiente a los gastos de administración incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas que deberán devolverse debidamente indexadas, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que el demandante ha permanecido vinculado a cada AFP. Dichas disposiciones, se incluyen conforme al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada que declaró la ineficacia del traslado de régimen y como se resolvió de forma desfavorable la apelación interpuesta por las demandadas Porvenir S.A y Colpensiones, 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.

VI. RESUELVE:

PRIMERO. ADICIONAR el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia dejando sin efectos el traslado horizontal realizado por el demandante el **29-06-2005** hacia la AFP Porvenir S.A.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia, el cual quedará así.

“**TERCERO: CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a que traslade a Colpensiones **la totalidad de los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro pensional** del señor Francisco Javier Osorio Valencia. Al momento de cumplir dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, expediente administrativo y demás información relevante.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia para **CONDENAR** a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** a que **RESTITUYAN** a **COLPENSIONES**, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, lo que descontaron por gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas de dinero que corresponden al tiempo en que el demandante ha permanecido vinculado a cada fondo.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Ponente

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada
(Ausencia Justificada)

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado
Aclaración de voto

Firmado Por:

German Darío Goez Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 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: **2e3f0f1e498c130c7a15513aff00273d014c0bf9f3d8771aee035aa33d16e3e4**

Documento generado en 12/04/2023 10:24:59 AM

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