

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	66001310500520190050201
Demandante	GLORIA TERESA VILLABONA GARCÍA
Demandado	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Asunto	APELACIÓN Y CONSULTA 10 de noviembre de 2021
Juzgado	QUINTO 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 **10 de noviembre de 2021**, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta Ciudad dentro del proceso ordinario promovido **GLORIA TERESA VILLABONA GARCÍA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Radicado **66001310500520190050201**.

Reconocer personería a la abogada Angélica Margoth Cohen Mendoza, con cédula 32.709.957 y T.P. 102.786 del C. S. de la J., representante legal de la UNIÓN TEMPORAL ABACO PANIAGUA & COHEN, conforme al poder general otorgado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a través de la escritura Pública 1955 del 18 de abril de 2022 otorgada ante la Notaria 72 del círculo de Bogotá. Así mismo, se reconoce personería a la abogada Camila Andrea Diaz Pacheco, C.C. 1.040.375.647 y T.P. 339091, conforme a la sustitución conferida por la representante legal de la firma que representa los intereses de Colpensiones.

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. 56

I. ANTECEDENTES

Pretensiones.

GLORIA TERESA VILLABONA GARCÍA adelanta esta acción con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado de régimen que hizo al RAIS a través

de PORVENIR S.A. En consecuencia, reclama que se le deje en libertad de afiliarse al RPM con PD administrada hoy por COLPENSIONES, respecto de quien solicita se le ordene recibirlo nuevamente como su afiliada. Además, solicita que la AFP Porvenir S.A. disponga el traslado de sus cotizaciones hacia Colpensiones. Adicionalmente, solicita se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso.

Hechos

En síntesis, relata la accionante que nació el 15 de octubre de 1959; se afilió al RPM con P.D desde el 4 de diciembre de 1978; que el 20 de octubre 1999 suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A.

Recrimina que para la época en que suscribió el formulario de afiliación, el asesor de Porvenir S.A. le aseguró que de trasladarse al RAIS su mesada pensional sería más alta allí; que si no quería recibir su pensión podía optar por reclamar la devolución de saldos, incluido su bono pensional; que debía trasladarse porque el ISS se acabaría y perdería sus aportes. Recalca que dicho promotor no le informó sobre las desventajas que permanecer en el RAIS, arguyendo que dicha a AFP faltó al deber de información.

La demanda fue radicada el 30 de octubre de 2019 y fue admitida por auto del 6 de diciembre de 2019.

Posición de las demandadas.

Colpensiones, se opuso a lo pretendido al considerar que no había evidencia de engaño o vicio alguno hacia la demandante de manera que ameritara la nulidad de la afiliación al RAIS. Excepciona **validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las genéricas** [archivo 1, página 122].

Porvenir S.A., al contestar se opuso a lo pretendido al considerar que obró conforme al ordenamiento legal, suministrando a la afiliada toda la información exigida para la época del traslado. Excepciona **validez y eficacia de la afiliación de la demandante a Porvenir S.A. 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 4].

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

“1.- DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen que GLORIA TERESA VILLABONA GARCÍA efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante solicitud del 20 de octubre de 1999 efectivo a partir del 01 de diciembre de 1999, a través de PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

2.- ORDENAR a PORVENIR S.A., que proceda a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de GLORIA TERESA VILLABONA GARCÍA por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la

afiliación, sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses.

3.- ORDENAR a PORVENIR S.A. que proceda a devolver a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobró, así como las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales que descontó durante el período que GLORIA TERESA VILLABONA GARCÍA estuvo afiliada a ese fondo, debidamente indexados, desde el 1 de diciembre de 1999 a la fecha.

4.- ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, que acepte el retorno de GLORIA TERESA VILLABONA GARCÍA sin solución de continuidad, desde el momento en que se afilió al régimen que administra.

5.- COMUNICAR a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y al MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, la presente decisión, con el fin de que, en un trámite interno y a través de canales institucionales ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 30 de noviembre de 1999, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó en favor de GLORIA TERESA VILLABONA GARCÍA y que tuvo como fecha de redención normal el 15 de octubre de 2019, aplicando con ello lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016, así como, ejercer las acciones pertinentes para obtener la efectividad de la restitución.

6.- ORDENAR a PORVENIR S.A. que, proceda a restituir la suma pagada por concepto de redención de bono pensional, a favor de Colpensiones y que fuere reconocido y redimido conforme a las resoluciones No. 552 del 27 de octubre de 2017 y la No. 740 del 1 de noviembre de 2019, debidamente indexada. Así mismo, que restituya a favor del Municipio de Bucaramanga como emisor del bono pensional, la suma que este hubiere pagado por concepto del mismo a Porvenir S.A., debidamente indexada. Precisándose que la actualización del valor de los bonos pensionales debe ser canceladas con los recursos propios del fondo privado de pensiones.

7.- DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por las codemandadas, conforme las consideraciones esbozadas.

8.- CONDENAR en costas a PORVENIR S.A. en un 100% a favor de la parte actora. Por secretaría liquídense. Sin costas respecto de COLPENSIONES [...].”

Con apoyo en la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la jueza al revisar el material probatorio agregado al expediente determinó que la AFP demandada no cumplió con la carga de la prueba que le incumbía, consistente en acreditar que le otorgó al demandante la asesoría suficiente que este requería para adoptar una decisión debidamente informada en la antesala del traslado de régimen realizado el 20-10-1999. Que, del interrogatorio escuchado a la actora, ésta no hizo manifestaciones que constituyeran prueba de confesión a favor de su contraparte; de sus dichos, lo que se desprendía era que la afiliada adoleció de una debida asesoría por parte del representante del RAIS, con las características y requisitos exigibles para la época en que se produjo el traslado, en tanto que lo observado, era que el fondo de pensiones la

información que suministró fue generalizada, parcializada e insuficiente, por tanto desprovisto de las condiciones necesarias para que la accionante tomara una decisión de tal importancia, razón por la cual el acto de traslado de régimen se tornó ineficaz, con las consecuencias que ello acarrea.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Porvenir S.A., recurrió la decisión frente a las órdenes que le fueron impartidas, específicamente, frente a los emolumentos que debía trasladar hacia Colpensiones. Al respecto, sostuvo que no era viable devolver los rendimientos financieros a la parte de los gastos de administración y la prima de seguros previsionales hacia Colpensiones, justifica ello en que los rendimientos no eran una característica del régimen de prima media y, de otro lado, dichas ordenes constituían una doble sanción porque los rendimientos y los seguros previsionales emergían de los gastos de administración. Así mismo, discrepa de la orden de pagar la indexación por los bonos pensionales pagados a la demandante porque los mismos fueron redimidos cuando la accionante solicitó la pensión, aunque luego hubiere declinado la solicitud para emprender la acción judicial.

De igual forma, sustenta que no era posible acceder a la ineficacia porque había brindado la información necesaria para el año 1999, se encontraba en la prohibición de estar a menos de 10 años de la edad mínima pensional y la accionante estuvo 20 años beneficiándose del RAIS, aspecto que, a su juicio, desconocía los efectos de los traslados, aunado a que una decisión de ineficacia afectaba los recursos de ambos fondos de pensiones (privados y públicos).

Finalmente, solicitó revocar la condena en costas al considerar que el actuar del fondo de pensiones fue conforme al ordenamiento legal y, las razones para declarar la ineficacia respondían más a un cambio jurisprudencial desde el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción.

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 de ineficacia porque sus razones eran netamente económicas. De otro lado, asegura que Colpensiones no estaba obligado a resarcir un daño que no causó y la decisión afectaba la sostenibilidad financiera del sistema.

Reclama que la accionante estaba a menos de diez años de la edad mínima pensional, lo cual era una prohibición y, adicionalmente, había mostrado la afiliada su preferencia por el RAIS a través de diversos actos de relacionamiento.

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 21-02-2023 se dispuso el traslado para la presentación de alegatos. Las partes presentaron escrito. El Ministerio Público no rindió concepto.

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

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con los recursos y alegatos presentados por las partes, los 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.- De la copia de la cédula, se extrae que la señora Villabona García nació el 15 de octubre de 1959 [archivo 01, pág. 29].

2.- De la historia laboral consolidada de Porvenir S.A., se extrae que la accionante cotizó al RPM con PD administrada por Colpensiones un total de 812 semanas al momento de su traslado, contando con bono pensional tipo A, modalidad 2 a su favor cuya fecha probable de redención estaba estimada para el 15- de octubre de 2019 [archivo 01, pág. 37 y 156].

3.- El formulario con el que la accionante se trasladó de régimen pensional – desde el ISS hacia Porvenir S.A. -, tuvo ocurrencia el 20 de octubre de 1999 [archivo 01, pág. 42].

4.- La demandante el 29-11-2017 reclamó la pensión ante la AFP Porvenir S.A. Sin embargo, dicha solicitud fue retirada por la accionante el 01-10-2019, razón por la cual fue archivada por el fondo de pensiones [Archivo 11]

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 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).

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, la accionante informó que es arquitecta; que en la actualidad se encuentra desempleada y que cuenta con 61 años. Al ser interrogada sobre las circunstancias que se dieron cuando hizo el cambio de régimen pensional, relató que el asesor de **Porvenir S.A.** le aseguró que el ISS se iba a acabar y se quedaría sin pensión, además que su mesada sería más favorable al momento de pensionarse; que su decisión fue motivada por el miedo infundido por el asesor, negando que aquél le hubiere realizado explicaciones comparativas entre los regímenes o que le hubiere explicado las características o riesgos de ambos sistemas. Asegura que en el 2017 – *cuando ya contaba con 58 años* - se acercó al fondo de pensiones para solicitar la pensión y, sin contar con asesoría, advertencia o proyección alguna realizada por el fondo de pensiones, firmó la solicitud pensional con la promesa de la AFP de que redimirían los bonos pensionales a su favor, lo cual nunca ocurrió y, ante la falta de claridad o asesoría, consideró que era mejor seguir trabajando y por ello retiró la solicitud pensional.

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 Porvenir 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. Es que es notorio que la AFP demandada faltó a su deber de «información y buen consejo», pues omitió informar a la parte demandante sobre las ventajas, desventajas, características, riesgos, posibilidades de pensión en cada régimen y demás aspectos que le permitiesen comprender claramente la conveniencia o inconveniencia de su decisión, condiciones que debió probar 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 **1999**, es factible pregonar sin vacilación que, a la AFP Porvenir 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 o que hubiere intentado solicitar la pensión – de la cual desistió -, pues 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 a buscar la posibilidad de obtener la pensión ya cumplidos los 58 años, fueron aspectos que, ante la falta de asesorías claras, suficientes, completas y oportunas, le impidieron a la accionante distinguir cual régimen 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. Ello, aunado a que el fondo de pensiones jamás convocó a la demandante a realizarle ilustraciones o asesorías adicionales antes de que cumpliera los 47 años para advertirle por lo menos, como se encontraban sus posibilidades pensionales.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia del afiliado por varios años o el hecho que hubiere querido tramitar su pensión, 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)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 obediencia de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS”.

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 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 si bien hizo la solicitud pensional, fue la falta de trámite y de un acompañamiento adecuado por parte de la AFP la razón que la hizo desistir de su propósito, bajo una equivocada convicción que a lo mejor ello sería lo mejor, pues como lo expuso en su interrogatorio, solo después de solicitar la prestación entendió que la mesada sería la mínima y entonces decidió trabajar sin que en la AFP le hubieran explicado si tenía posibilidad o no de aumentar su quantum.

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 Porvenir S.A., situación que permite su retorno al RPM,

² CSJ Sentencia SL1688-2019

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.

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

Acorde con lo dicho 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 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.

Con todo, puede decirse que las órdenes impartidas a la AFP encaminada a que Colpensiones perciba los conceptos que se acaban de enunciar, no son condenas 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 a favor de la demandante, del movimiento de la cuenta de ahorro individual se observa con fechas 28 de noviembre 2019 pagos por \$145.482.000 y \$11.001.000 procedentes del Municipio de Bucaramanga y Colpensiones, respectivamente [archivo 01, página 153]. Ahora, como quiera que la fecha estimada de redención normal de dicho instrumento data del 15 de octubre de 2019, razón tuvo la jueza en ordenar la orden de comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Municipio de Bucaramanga de la decisión aquí adoptada, además, de la orden que frente a lo pagado a favor de la cuenta de ahorro individual, la AFP PORVENIR S.A. deberá Restituir la suma que hubiese recibido por las entidades emisoras, debidamente actualizada a valor presente, debiendo cancelarse dicha indexación, con los recursos propios de dicha AFP. Por lo anterior, se confirmará la sentencia en este aspecto.

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.

5.5. Revisión de las condenas - grado de consulta

A propósito de ello, al revisar la sentencia respecto del grado de consulta en favor de Colpensiones, específicamente el ordinal segundo se dispuso a ordenar a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones “la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de Gloria Teresa Villabona García por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación, sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses”. Al respecto, encuentra la Sala la necesidad de modificar el citado ordinal, para excluir la orden de trasladar aspectos como sumas adicionales, frutos e intereses en tanto que la orden resulta difusa. De manera que se ha debido ordenar es el traslado de “**la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual**” porque los frutos e intereses corresponden a un mismo concepto.

5.6. De la imposición de costas

Frente a las costas de primera instancia, no resulta de recibo la solicitud de Porvenir S.A., encaminada a que fuera relevado de su imposición al considerar que se trata de un cambio de línea jurisprudencial y que cumplió con el deber de información. Al respecto, obsérvese que lo aquí debatido fue justamente el incumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen del demandante aspecto que, como se concluyó, no pudo ser desmeritada por la demandada y por ello, resultó vencido en juicio y, como quiera que las costas son consecuencia de las resultas del proceso, claro es que la AFP al ser vencida en juicio procede su imposición, al tenor del artículo 365 del C.G.P. Ello implica, que no hay lugar a relevar de dicha imposición a dicha AFP.

Con todo, 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, se lea 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: MODIFICAR el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido excluir la orden de trasladar “sumas adicionales”, así como “los intereses” y para otorgar mayor claridad de la orden impartida, el cual quedará así:

“2.- ORDENAR a PORVENIR S.A., que proceda a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la señora GLORIA TERESA VILLABONA GARCÍA.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

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

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 Dario 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: **baa547f02bd7b6ac38573e85d4a96e53bccba0d9fcf2e5c38b76d505452fc5d5**

Documento generado en 12/04/2023 10:25:08 AM

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