

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:	66001310500120200003401
Demandante:	NESTOR JAIME GUAYACÁN REINA
Demandado:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia (02 de marzo de 2023)
Juzgado:	Primero Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 120 DEL 04 DE AGOSTO DE 2023

Hoy, cuatro (04) de agosto 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 COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia de primera instancia, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de COLPENSIONES en la misma providencia, proferida por el Juzgado Primero Laboral Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **NESTOR JAIME GUAYACÁN REINA** contra la **COLPENSIONES, COLFONDOS y PORVENIR S.A.** radicado **66001310500120200003401**.

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. 134

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

NESTOR JAIME GUAYACÁN REINA, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que hizo a la AFP COLFONDOS y luego a PORVENIR 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 afiliado cotizante y a las 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. Como pretensión subsidiaria, solicitó que se condene a PORVENIR a pagar a título de indemnización, el cálculo actuarial

para pagarle la misma mesada pensional que hubiese recibido de haber permanecido en el RPM.

2. Hechos

En sustento de lo pretendido, relata que nació el 01 de febrero de 1957 y que se afilió al RPM el 15 de abril de 1985 para la época en que laboraba en la Empresa Social del Estado Hospital San José de Guacheta, cotizando para CAJANAL hasta el 28-02-1997, luego se trasladó a COLFONDOS el 17-02-1997, luego a COLPATRIA desde el 01-03-2000 y pasó de HORIZONTE a PORVENIR desde el 01-08-2004, última AFP donde continua afiliado. Manifestó que Jorge Mario Gonzales asesor de COLFONDOS para la fecha del traslado del RPM al RAIS, le indicó de forma verbal la información respecto a que el ISS iba a desaparecer y su pensión quedaría en riesgo, y aunque le mencionaron algunas ventajas del RAIS, no le brindaron una información de forma clara, comprensible y oportuna sobre las diferencias entre los regímenes, las ventajas y desventajas del traslado y las consecuencias reales de la afiliación al RAIS. Indicó que el 01-11-2018 solicitó ante PORVENIR la simulación pensional que tenía una marcada diferencia con la mesada que recibiría en COLPENSIONES de estar afiliado al RPM, posteriormente, presentó solicitud de traslado, pero le fue negado por su edad.

3. Posición de las demandadas.

COLPENSIONES, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones al considerar que no le constan los hechos de la demanda, pues resultan ser hechos ajenos al conocimiento de la Administradora. Agregó que el demandante no arrimó pruebas que demuestren los elementos jurídicos para que se invalide el acto jurídico de traslado o que dieran lugar a concluir que los fondos privados la indujeron al error al momento del traslado, motivo por el cual, no es posible declarar la ineficacia o nulidad del traslado de régimen. Como excepciones propuso: **Inexistencia de la obligación demandada, excepción de buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, excepción de innominada, prescripción.** (Anexo12)

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones, indicando que el actor no pudo ser víctima de la omisión en la información en el momento de su decisión de trasladarse de régimen, pues no era sujeto susceptible de beneficiarse del régimen de transición por no haber cotizado al sistema los 23 años de prestación de servicios que exige la ley. Sostuvo que para el momento del cambio de régimen brindó una asesoría completa y verídica sobre las ventajas y desventajas del traslado, lo cual, resultó en la firma del formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, entendiendo el demandante las implicaciones de dicha decisión. Como excepciones propuso: **validez y eficacia de la afiliación a Colpatria e inexistencia de vicios en el consentimiento, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la 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.** (Anexo16)

COLFONDOS S.A. señaló que le explicó al Demandante la imposibilidad de determinar a priori el monto de la mesada pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debido a que el mismo depende de una serie de variables, a saber: Monto efectivamente ahorrado, valor del bono pensional (en caso de haber lugar al mismo), composición del núcleo familiar del afiliado y expectativas de vida de cada uno, modalidad de pensión seleccionada (retiro programado, renta vitalicia, etc.), comportamiento de la economía, que incide en las tasas de rentabilidad de los Fondos. Asimismo, le informó sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, por lo que, la firma del formulario se efectuó de forma libre y voluntaria. Como excepciones propuso: **validez y eficacia de la afiliación del demandante al RAIS e inexistencia de vicios en el 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, pago, compensación, prescripción, buena fe.** (anexo15)

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, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, 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 el señor NESTOR JAIME GUAYACAN REINA, el 17 de febrero de 1997, a través de COLFONDOS S.A. así como las realizadas el 10 de febrero del 2000 a COLPATRIA S.A. y el 28 de julio de 2004 a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. al cual se encuentra actualmente afiliado, 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 rendimientos financieros y además restituir con cargo a sus propios recursos, el valor que durante todo el tiempo de vinculación a dicho fondo del 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: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS restituir a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos, el valor que durante todo el tiempo de vinculación a dichos fondos 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

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

SEXTO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que en el evento de haber redimido y pagado el bono pensional a que tiene derecho el demandante, restituya la suma que hubiese recibido a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente actualizada a valor presente, debiendo cancelarse dicha indexación con los recursos propios de la AFP

SÉPTIMO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES proceder sin dilaciones a aceptar el traslado del Señor NESTOR JAIME GUAYACAN REINA.

OCTAVO: DECLARAR que el señor NÉSTOR JAIME GUAYACAN REINA, conserva válida y vigente su a la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, dada la declaratoria de ineficacia de su traslado al RAIS.

NOVENO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a pagar al demandante las costas procesales generadas en esta instancia a su favor las que se liquidarán en la oportunidad procesal pertinente.

DÉCIMO: ABSTENERSE de imponer condena al pago de costas procesales a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. conforme a lo dicho en la parte motiva.”

En síntesis, la jueza de instancia dedujo con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que el caso debía de abordarse desde la ineficacia en sentido estricto al ser la razón la 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 arrimó el formulario e históricos que resultaron ser insuficientes para acreditar que cumplió con el deber de información.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. recurrieron la sentencia, así:

COLPENSIONES Indicó que el traslado que solicita el actor es por un motivo meramente económico y por eso no aceptó la proyección efectuada por PORVENIR, por tanto, no es procedente declarar la ineficacia de traslado. Agregó que a la entidad se le impone la carga de resarcir un daño que no causó, máxime cuando se evidencia que efectuó varios traslados horizontales que evidencian su intención de permanecer en el RAIS. Por último, advirtió que la sentencia afecta la sostenibilidad financiera del sistema y no aplica el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional.

PORVENIR S.A. señaló que se trata de una vinculación inicial y no un traslado común puesto que CAJANAL era una entidad totalmente distinta a COLPENSIONES, por lo que no se debía tramitar como una ineficacia de traslado. Agregó que el actor efectuó aportes voluntarios que demuestran un conocimiento más allá de un afiliado común, que estuvo bien asesorado en cada traslado y que al momento de solicitar la pensión ante el RAIS aceptó de forma implícita su deseo de permanecer en el régimen individual. Advirtió que en 1997 el deber de información era básico, el soporte físico no era necesario y no se debía realizar proyecciones, que el demandante confesó haber recibido asesorías y firmó el formulario de afiliación de forma libre y

voluntaria y que el interés de retornar a COLPENSIONES es meramente económico, lo cual no avala la falta de información que alega el actor.

Repecto de las condenas de gastos de administración, cuota de garantía de pensión mínima y demás emolumentos ordenados en la sentencia, resultan improcedentes por cuanto son descuentos que la AFP realizó por autorización legal. Asimismo, ordenar la devolución de rendimientos y la indexación es una doble condena por el mismo hecho.

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.

Surrido 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 las AFP demandadas 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)** El demandante nació el 01-02-1957 (fl.2 anexo4). **ii)** El 17-02-1997 se trasladó de COLPENSIONES a COLFONDOS, luego el 09-02-2000 se cambió a COLPATRIA, luego por cesión por fusión se afilió al 29-09-2000 y finalmente a PORVENIR S.A. el 01-01-2014. (fl.33, anexo16). **III)** La fecha de redención del bono pensional es el 01-02-2019 (fl.32, anexo16)

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 ineeficacia 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 ineeficacia 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).

SOBRE LA CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL

Por disposición normativa el Instituto de Seguros Sociales era el que administraba el régimen de prima media, pero también, era administrado por las diferentes cajas de previsión de orden nacional, departamental o municipal, generando un sistema pensional difuso y desorganizado, lo cual se terminó con la creación de la Ley 100 de 1993, que unificó la administración del sistema.

Considerando lo anterior, se concluye que antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, CAJANAL también tenía la facultad de administrar el régimen de prima media, ello implica que cuando un afiliado había efectuado cotizaciones a CAJANAL se considera que la vigencia de su afiliación lo fue al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, por ende, la migración al Régimen de Ahorro Individual se traduce en un verdadero traslado de régimen pensional.

Así se lo explicó la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL4334-2021, SL4175-2021 y, recientemente, en la SL3031-2022. En esta última puntuó:

“Pues bien, inicialmente debe destacarse que las Leyes 6^a de 1945 y 90 de 1946 crearon la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal- y el Instituto de Seguros Sociales, respectivamente. La primera normativa propició además la creación de un centenar de cajas de previsión a nivel territorial en los distintos departamentos, intendencias y municipios del

país que no tuvieran organizadas instituciones de ese tipo (artículo 23).

Ello ocasionó que el sistema pensional fuera difuso, diverso y desorganizado, aunado a la gobernanza de distintos regímenes pensionales en los sectores de trabajo. En todo caso, las reglas pensionales, en términos generales, seguían el sistema de seguro social, característico de un esquema de prestación definida en proporción a la contribución del afiliado -prima media-, por lo que podía advertirse un sistema difuso administrado por el ISS y las diversas cajas o entes de previsión social.

La Ley 100 de 1993 pretendió unificar la administración del sistema y por ello dispuso que la cobertura progresiva de las contingencias de la seguridad social se administraría, por regla general, a través de dos regímenes pensionales, el de prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad.

Ahora, si bien el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 consagró que la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida recaía en el ISS, lo cierto es que con el fin de resguardar las expectativas pensionales de las personas vinculadas a las múltiples cajas, fondos o entidades de previsión, se les autorizó para continuar con la administración de dicho régimen «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley».

Así las cosas, no cabe duda de que se trata de un traslado de régimen pensional aquél efectuado por el demandante del RPM administrado por CAJANAL al RAIS administrado por COLFONDOS el 17-02-1997, por consiguiente, cabe analizar el caso bajo la figura de la ineficacia de traslado de régimen pensional con las implicaciones que ello acarrea. De manera que, resultan desacertado lo expuesto en el recurso de apelación de PORVENIR cuando asegura que se trató de una vinculación inicial al fondo privado y no de un traslado, pues se reitera CAJANAL hacia parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

¿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 las AFP a cargo del traslado de régimen del demandante, ninguna prueba idónea presentaron para demostrar que en la antesala de la decisión que tuvo el afiliado para migrar del RPM con PD, que 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, si bien el actor suscribió el formulario 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 carecía 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 es médico general y no labora en la actualidad porque renunció hace tres años, que solicitó la liquidación de la pensión de vejez ante PORVENIR a los 61 años, pero no aceptó recibir la prestación porque le indicaron que sería de \$900.000 aproximadamente y a la fecha no recibe ninguna mesada pensional. Agregó que en el año 1997 trabajaba con CAJANAL y pagaba los aportes a la misma CAJANAL, luego comenzaron a llegar los asesores del fondo privado e insistieron en que se acabaría CAJANAL y también el ISS, que la pensión en el RAIS la podría heredar a sus familiares en caso de muerte, que podría pensionarse antes y solicitar la devolución de saldos. Que decidió trasladarse porque le aseguraron que en el fondo privado sí podría pensionarse, que el traslado a COLPATRIA involuntariamente, sino que simplemente le informaron que era parte de otro fondo por fusión y que cuando intentó retornar a COLPENSIONES le informaron que por la edad no podría. Finalmente, indicó que realizó aportes voluntarios como un modo de aumentar su mesada pensional, pero no le explicaron respecto de la pensión anticipada, que no le brindaron una reasesoría, no le hicieron proyecciones,

Pues bien, en primer lugar, se aclara que el actor no solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez ante el fondo PORVENIR, sino una mera proyección pensional, lo cual, se constata al revisar las pruebas allegadas al expediente donde no se aportó ninguna certificación, formulario o constancia que indicara que el actor actualmente disfruta de una pensión. En segundo lugar, se advierte que 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 las AFP no cumplieron con el deber de asesoría, aun cuando allegaron los formularios que se suscribieron de manera libre, voluntaria y sin presiones, ello no basta para concluir que acreditaron el deber que le correspondía.

Y es que, al analizar la totalidad del caudal probatorio bajo los parámetros ya traídos a colación, se tiene que no existen elementos que permitan concluir que las AFP brindaron la adecuada asesoría en la forma en que les correspondía, máxime cuando no se allegó al expediente documentación sobre las **reasesorías que debían efectuar los fondos, posterior al traslado inicial y antes de que al actor le faltaran 10 años para cumplir la edad pensional**. Así pues, resulta notorio que las demandadas faltaron a su deber de «*información y buen consejo*», pues omitió informar al actor 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 debían probar las AFP, pero no lo hicieron, situación que se acompaña con lo lineado en las sentencias SL12136-2014 y SL4373-2020, entre otras.

A lo anterior se suma, que las obligaciones que debían observar los fondos de pensiones durante el traslado de la parte accionante eran las contenidas

en las normas del sistema vigentes a esa época. De modo que, al ser la solicitud del año 1997, es factible pregonar sin vacilación que les 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.

¿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 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, 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 el que fue objeto, no le permitía distinguir cual régimen era el que más le convenía.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia del afiliado por varios años o el traslado horizontal en varios fondos privados, no son aspectos que derruyen 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 dicho régimen o por el hecho de haberse trasladado en varias ocasiones a diferentes fondos.

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 retorna 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.

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 trasladados 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 el demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionado, pues se reitera a los 61 años solicitó únicamente la proyección del monto de la pensión que recibiría en PORVENIR S.A.

Conforme a lo expuesto, la ineficacia del traslado que fue decretada por la *a-quo* se generó por falta de información en el acto jurídico y falta de asesoría

² CSJ Sentencia SL1688-2019

del afiliado al momento de realizar su traslado a la AFP, situación que permite su retorno al RPM, independientemente que se encuentre en 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, al no tener vocación de prosperidad los argumentos esbozados por COLPENSIONES y PORVENIR, se deberá confirmar la ineficacia declarada por la *a quo*.

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

Respecto a la orden de devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, por parte de COLFONDOS y PORVENIR, 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 implica que las AFP tienen el deber de trasladar todos los dineros que por concepto de aportes y rendimientos se hubieren producido y que hacen parte de la cuenta de ahorro individual del accionante, además de los valores que cobró 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, 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**, se evidencia que la redención normal de dicho instrumento data del 01-02-2019 (fl.32, anexo16); por lo tanto, se confirmará la orden de comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí adoptada, para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que el demandante se cambió de régimen y en el evento de haberse pagado el bono, la AFP PORVENIR S.A. deberá restituir dicha suma por la OBP debidamente indexada y con cargo a sus propios recursos.

De la imposición de costas.

Como quiera que se resolvió de forma desfavorable la apelación interpuesta por la demandada **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** se les impondrá costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Aclaración de Voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
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

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: **f6671bcd0d6a5b6596bba1ac3c47ee6878fc9e063677395039e3c6571c9c21aa**

Documento generado en 04/08/2023 07:02:10 AM

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