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:	66001310500220210024701
Demandante:	LUIS FERNANDO BOADA GARCÍA
Demandado:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia (23 de mayo de 2023)
Juzgado:	Segundo Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 129 DEL 15 DE AGOSTO DE 2023

Hoy, dieciocho (18) 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 Segundo Laboral Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS FERNANDO BOADA GARCÍA** contra la **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** radicado **66001310500220210024701**.

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. 140

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

LUIS FERNANDO BOADA GARCÍA, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que hizo a la AFP PORVENIR S.A. de la cual se produjo el traslado de régimen desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, solicita que se condene a COLPENSIONES a recibirlo nuevamente como afiliado cotizante y a la AFP a liberarlo de sus bases de datos haciendo el respectivo traslado de sus cotizaciones y rendimientos. Además, solicita se condene en costas y lo ultra y extra petita.

2. Hechos

En sustento de lo pretendido, relata que estuvo afiliado al Seguro Social entre el 06 de junio de 1979 hasta agosto de 2000 alcanzando a cotizar 829 semanas. Luego, a finales de julio de 2000 un asesor del fondo COLPATRIA hoy PORVENIR, le ofreció trasladarse a dicho fondo porque sería más conveniente a sus intereses y obtendría una mesada pensional más alta que de seguir afiliado al ISS, motivos por los cuales decidió cambiarse a dicho fondo el 28 de julio de 2000. Sin embargo, considera el asesor no le brindó una asesoría completa indicando las características de cada régimen, no se efectuaron proyecciones pensionales, ni se informó de las consecuencias del traslado. El 23 de octubre de 2020 solicitó la ineficacia del traslado ante COLPNSIONES, pero le fue negada la petición.

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 las pretensiones carecen de fundamento fáctico y jurídico, toda vez que no hay prueba que permita demostrar los elementos júridicos para que se invalide el acto de traslado efectuado por el actor. Como excepciones propuso: **Validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones.** (Anexo09)

PORVENIR S.A. se oposu a las pretensiones y señaló que el traslado fue realizado por la AFP COLPATRIA que para esa calenda era una persona jurídica totalmente distinta de PORVENIR, en todo caso, se le informó sobre las características propias del RAIS, sus diferencias frente al RPM y las consecuencias derivadas del traslado. Con base en dicha información, el demandante suscribió formulario de solicitud de vinculación al fondo. Agregó que para la fecha del traslado inicial las AFP no tenían la obligación legal de llevar a cabo proyecciones financieras de la mesada pensional de sus potenciales afiliados, por tanto, no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado. Como excepciones de fondo propuso: **validez y eficiacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declarare 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 y la innominada o genérica.** (Anexo10)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Segundo Laboral Circuito de Pereira, resolvió:

*"**PRIMERO. DECLARAR INEFICAZ** el traslado realizado por el demandante Luis Fernando Boada García, el 1/09/2000* –sic-*, del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de Colpatria, hoy Porvenir S.A., por las consideraciones expuestas en esta providencia.*

***SEGUNDO. ORDENAR a Porvenir S.A.** que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a normalizar la*

afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP, trasladar las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, comisiones, gastos de administración, valores utilizados en los seguros previsionales, los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y entregar el archivo del detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS. Acudiendo incluso a sus propios recursos conforme se señaló en la parte considerativa.

TERCERO. ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES *que una vez Porvenir S.A. dé cumplimiento a lo ordenado en el numeral anterior, proceda a aceptar el traslado del demandante, del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, convalidando la información en su historia laboral.*

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS *las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.*

QUINTO. CONDENAR *en costas a la parte demandada Porvenir S.A. y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. No se imponen costas a cargo de COLPENSIONES."*

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

En suma, no encontró que la AFP hubiese acreditado que informó debidamente al afiliado al momento del traslado; que solo arrimó el formulario e historiales 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 la afiliación del actor al RAIS administrado por PORVENIR es válida, ya que, cumple con los requisitos dispuestos en la norma que se encontraba vigente y el demandante firmó de forma libre y voluntaria el formulario de afiliación. Agregó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, por tanto, no está facultado para regresar al RPM debido a que está próximo a tener la edad pensional. Teniendo en cuenta las pretensiones, el demandante debió adelantar un proceso de resarcimiento de perjuicios y no una ineficacia de afiliación, más cuando COLPENSIONES es una tercera ajena al proceso de traslado realizado por el actor. En ese sentido, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

PORVENIR S.A. señaló que no es procedente declarar la ineficacia de traslado cuando no se ordenó el pago de restituciones mutuas, ya que, gracias a las actuaciones del fondo el actor obtuvo altas tasas en sus rendimientos y las cuotas de administración son precisamente para cubrir esas labores tan eficientes. Advirtió que la sanción de devolver los gastos de administración y demás emolumentos con cargo a los propios recursos y debidamente indexados, son emolumentos que fueron descontados por orden legal, por tanto, la sentencia estaría castigando doblemente al fondo. Asimismo, respecto a las primas de seguros y aportes de garantía de pensión mínima no se encuentran en manos de la entidad, pues fueron pagados a la compañía aseguradora y el Ministerio, respectivamente. Finalmente, en cuanto a la condena en costas, adviritó que debe ser revocada por cuanto el fondo actuó de buena fe y conforme a las normas vigentes para la época del traslado.

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 cuentan los alegatos que guardan relación directa con los temas debatidos.

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

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con los recursos y alegatos presentados por las partes, los (el) problema(s) jurídico(s) a ser abordado(s) consiste(n) en:

(i) Establecer si había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

(ii) Había lugar a ordenar a la AFP demandada el trasladar con cargo a sus propios recursos, el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobraron, así como las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales hacia Colpensiones.

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

Para iniciar, es de tener en cuenta que los siguientes hechos no presentan discusión: **i)** El demandante nació el 31-03-1961 (fl.3 anexo4). **ii)** El 28-07-2000 se trasladó de COLPENSIONES a COLPATRIA hoy PORVENIR, según el formulario de afiliación. (fl.63, anexo10). **Iii)** La fecha de redención del bono pensional es el 27-10-2021 (fl.65, anexo10)

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN.

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

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

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

Es de anotar que la jurisprudencia antes citada corresponde a traslados respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, sin embargo, en sendos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL1452-2019, SL1017-2022, señala que, ni la jurisprudencia desarrollada por esa Corporación y, mucho menos el ordenamiento jurídico laboral y de la seguridad social prevén como requisito para que resulten aplicables las reglas sobre ineficacia del traslado y en especial la relativa a la inversión de la carga de la prueba que en ella opera, que el afiliado al momento del cambio de régimen pensional fuese beneficiario del régimen de transición, tuviese un derecho consolidado o una expectativa legítima, por el contrario se ha estimado que para que resulte viable la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado, así como, la inversión de la carga de la prueba que en estos asuntos se configura, lo que se exige es que la administradora de pensiones hubiese faltado a su deber de información ya que «*el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar*

acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ3719-2021), todo ello por cuanto *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4025-2021).

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

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

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

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

Aplicando los anteriores criterios al caso que nos ocupa, debe decirse que de la documental adosada por las AFP 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, 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 careció del conocimiento necesario acerca de las características, ventajas, desventajas, condiciones económicas y del mercado, del funcionamiento diferenciado de los sistemas pensionales y de las consecuencias que podría acarrear su decisión, bajo la perspectiva de

sus derechos pensionales, teniendo en cuenta que, era deber de las AFP realizar un proyecto pensional, en donde se informaran 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 abogado, empleado público que actualmente se desempeña como profesional en la oficina de Instrumentos Públicos, que para la época del traslado se encontraba en sus oficinas y una asesora de PORVENIR S.A. le ofreció los servicios para afiliarse al RAIS. Le explicó que en el RPM todavía le faltaban muchos años para pensionarse y las cotizaciones se perderían, por lo que, sería mejor que se cambiara al fondo privado donde obtendría una mesada pensional más alta, podría pensionarse antes y en caso de fallecer su pensión pasaría a sus herederos. Sin embargo, asegura que no le informaron sobre aportes voluntarios ni de la garantía de pensión mínima. Aclaró que aunque es abogado nunca ha trabajado con temas de la seguridad social, ya que tiene posgrados en derecho comercial y tributario y en la oficina de instrumentos públicos comenzó como archivador, luego pasó a ser registrador profesional.

Pues bien, 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 cumplieron con el deber que les 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 durante el traslado de la parte actora la AFP hubiere cumplido con el deber de información que le correspondía, máxime cuando **no tuvo ninguna reasesoría por parte de los asesores del fondo con posterioridad al traslado de régimen y antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad pensional**. Así pues, resulta notorio que la demandad faltó 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 debía probar la AFP, pero no lo hizo, situación que se acompasa con lo lineado en las sentencias SL12136-2014 y SL4373-2020, entre otras.

A lo anterior se suma que, la obligación que debía observar el fondo de pensiones durante el traslado de la parte accionante era la contenida en las normas del sistema vigentes a esa época. De modo que, al ser la solicitud del año 2000, es factible pregonar sin vacilación que 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, no son aspectos que derruyan las conclusiones a las que arribó el *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 obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.*
>
> *Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*

[1] M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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

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

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

Además, es de recalcar, que la Sala de Casación Laboral ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia[2]. 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 y sigue laborando.

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 del afiliado al momento de realizar su traslado a la AFP, situación que permite su retorno al RPM, independientemente que se encuentre a menos de 10 años de cumplir la edad pensional, pues ello no impide el retorno al RPMPD porque no se está frente a un nuevo traslado sino frente a una declaratoria de ineficacia del primigenio que retrotrae las cosas al estado original.

---

[2] CSJ Sentencia SL1688-2019

Con todo, se deberá confirmar la ineficacia declarada por el *a quo* al no tener vocación de prosperidad los argumentos esbozados por COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Sin embargo, la Sala se percata de que en el numeral Primero del fallo de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de la afiliación efectuada el "*1/09/2000"* cuando lo cierto es que según el formulario de afiliación al RAIS (fl.63 anexo10), el traslado se efectuó el **28 de julio de 2000**, pues fue la calenda en que el actor solicitó el cambio de régimen y firmó el formulario. Por lo tanto, se modificará la sentencia en este aspecto porque lo que se declara ineficaz es el acto de afiliación en sí mismo y no la fecha de su efectividad.

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 PORVENIR S.A., 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 la AFP tiene el deber de trasladar todos los dineros que por concepto de aportes y rendimientos se hubieren producido y que hacen parte de la cuenta de ahorro individual 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 27/10/2021 (fl.65, anexo10); por lo tanto, se deberá ADICIONAR 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.

Por otro lado, al revisar la sentencia, específicamente el ordinal Segundo se dispuso:

> *"**SEGUNDO. ORDENAR a Porvenir S.A.** que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP, trasladar las cotizaciones, rendimientos financieros, **bonos pensionales**, comisiones, gastos de administración, valores utilizados Acta audiencia 66001-31-05-002-2021-00247-00 Página 3 de 3 en los seguros previsionales, los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y entregar el archivo del detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS. Acudiendo incluso a sus propios recursos conforme se señaló en la parte considerativa.".* (Negrilla fuera de texto)

Como se observa, dicho ordinal deberá MODIFICAR porque se hizo alusión a la devolución del bono pensional que, como se indicó con antelación, dicha orden debía ser comunicada a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Pública que es la encargada de emitir y liquidar los bonos.

De la imposición de costas.

Finalmente, frente al reproche sobre la imposición de costas procesales en primera instancia a cargo de PORVENIR S.A., debe advertirse que son consecuencia de las resultas del proceso donde la parte que resulta vencida procede la imposición de costas, al tenor del artículo 365 del C.G.P. Ello implica, que no tienen asidero los argumentos esbozados por la AFP consistentes en que cumplieron con la ley y que actuaron de buena fe, lo cual no se constituye como una excepción para exoneración de la condena impuesta. Por ende, no hay lugar a revocar la impuesta en primera instancia.

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: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que el traslado se efectuó el **28 de julio de 2000**.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral Segundo de la sentencia de primera instancia, que quedará así:

*"**SEGUNDO. ORDENAR a Porvenir S.A.** que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP, trasladar las cotizaciones, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración, valores utilizados Acta audiencia 66001-31-05-002-2021-00247-00 Página 3 de 3 en los seguros previsionales, los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y entregar el archivo del detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS. Acudiendo incluso a sus propios recursos conforme se señaló en la parte considerativa."*

TERCERO: ADICIONAR a la sentencia apelada, en el sentido de, **ORDENAR** a **PORVENIR S.A**. que proceda a **COMUNICAR** a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda Crédito Público la decisión aquí adoptada, para que, en un trámite interno y aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016, proceda a ejecutar todas las acciones necesarias que le corresponden para retrotraer

las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que el demandante se trasladó de régimen pensional.

Ahora, se deberá advertir que, en el evento de haberse redimido y pagado el bono a favor de la cuenta de ahorro individual, la **AFP PORVENIR S.A**. deberá restituir la suma que hubiese sido pagada por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente actualizada a valor presente, debiendo cancelarse dicha indexación, con los recursos propios de dicha AFP.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Aclaración de Voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
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: **9069569eb21d1a2a7819b29dad4021007d777409bd9ca6930be53ab5a0d99739**

Documento generado en 16/08/2023 03:34:53 PM

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