**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:** | 66001310500220210035401 |
| **Demandante:** | CLARA ESPERANZA SERRANO ESPINEL |
| **Demandado:** | COLPENSIONES y PORVENIR S.A. |
| **Asunto:** | Apelación y Consulta Sentencia (05 de mayo de 2023) |
| **Juzgado:** | Segundo Laboral del Circuito de Pereira |
| **Tema:** | Ineficacia de traslado |

**APROBADO POR ACTA No. 145 DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2023**

Hoy, veinticinco (25) de septiembre 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. en 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 **CLARA ESPERANZA SERRANO ESPINEL** contra la **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.,** radicado **66001310500220210035401**.

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. 154**

## I. ANTECEDENTES

### 1. Pretensiones

**CLARA ESPERANZA SERRANO ESPINEL,** pretende se declare la ineficacia de la afiliación que hizo al RAIS efectuado a PORVENIR S.A. En consecuencia, solicita que se condene a COLPENSIONES a recibirla nuevamente como afiliada cotizante y a la AFP a liberar de sus bases de datos a la parte actora haciendo el respectivo traslado de sus cotizaciones y rendimientos. Además, solicita se condene en costas y lo ultra y extra petita.

### 2. Hechos

En sustento de lo pretendido, relata que nació el 13 de julio de 1959, se afilió al RPM el 05 de abril de 1984 con el empleador Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y siguió afiliada hasta el mes de diciembre de 1999. Luego, se trasladó a PORVENIR el 18 de noviembre de 1999; sin embargo, considera que el fondo no cumplió con su deber de información, teniendo en cuenta que al momento del traslado no le brindaron la asesoría completa y veráz sobre las ventajas y desventajas de cambiarse de régimen. En virtud de ello, solicitó el retorno al RPM administrado por COLPENSIONES, pero la solicitud le fue negada el 19 de agosto de 2021 argumentando que se encontraba a menos de 10 años de cumplir la edad pensional.

**3. Posición de las demandadas.**

**COLPENSIONES**, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones aduciendo que no le constan los hechos de la demanda por ser ajenos al conocimiento de la entidad. Señaló que no se evidencia que la existiere por parte de PORVENIR engaño alguno o acto que evidencie motivo para que se declare el traslado ineficaz o nulo, puesto que, la actora en virtud de su libertad de escogencia de régimen pensional decidió cambiarse de régimen pensional. Además, la actora se encuentra dentro de la imposibilidad legal para efectuar el retorno al régimen de prima media. Como excepciones propuso: **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, buen fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones.** (Anexo07)

**PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones e indicó que a la actora se le brindó una asesoría verbal en la cual se le informó que su mesada pensional partiría de los aportes realizados a su cuenta de ahorro individual más los rendimientos causados, de ello, necesitaría un capital que por lo menos le permitiera disfrutar una mesada sobre el 110% del salario mínimo legal mensual vigente. Así mismo se le comunicó cómo se constituiría el monto de la pensión, dependiente éste de las circunstancias y condicione particulares de cada afiliado: edad, beneficiarios, expectativa de vida según la tabla de mortabilidad, saldo de la cuenta individual, factor actuarial, aportes voluntarios, regulación del Ministerio de Hacienda para liquidar la mesada y las demás variables del mercado. Por lo anterior, el fondo cumplió con el deber de información que le correspondía y no hay lugar a declarar la ineficacia de traslado. Como excepciones de fondo propuso: **validez y eficacia 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, innominada o genérica.** (Anexo8)

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Segundo Laboral Circuito de Pereira, resolvió en la audiencia:

*"**PRIMERO. DECLARAR INEFICAZ** el traslado realizado por la demandante Clara Esperanza Serrano Espinel, el 1/1/2000, del régimen de prima media con prestación*

*definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de 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 de la 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 a la afiliada al momento del traslado; que solo arrimó el formulario e historiales que resultaron ser insuficientes para acreditar que cumplió con el deber de información. En consecuencia, declaró la ineficiacia y ordenó a COLPENSIONES a recibir a la actora en el RPM.

## III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión el apoderado de COLPENSIONES recurrió la sentencia, así:

**COLPENSIONES** Indicó que el traslado de la actora se efectuó conforme a la ley vigente para la época, pues fue resultado de la declaración de voluntad y el derecho a elegir que tienen los afiliados. De ahí que la demandante haya firmado el formulario de afiliación como un acto de voluntad, libre y sin presiones de cambiarse de régimen pensional. En caso de que no fuese así, la actora debía demostrar vicios en el consentimiento o el supuesto engaño del que fue víctima, pero no lo hizo. Agregó que el hecho de no estar conforme con la futura mesada pensional que recibiría en el RAIS, no es razón suficiente para declarar la ineficacia y ordenar a COLPENSIONES a

recibirla, a pesar de que esté inmersa dentro de la prohibición legal por su edad, teniendo en cuenta, que la Adminitradora no es quien debe asumir una responsabilidad que nace de un acto jurídico del que no hizo parte.

**PORVENIR S.A.** señaló que la sentencia debe ser revocada en su totalidad, teniendo en cuenta que contrario a lo que se dijo en la audiencia, el fondo sí cumplió con el deber de información brindando la asesoría completa sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional, lo cual, queda demostrado con el formulario de afiliación allegado al expediente. Agregó que la actora efectuó actos de relacionamiento que demostraron la intención clara de permanecer en el régimen de ahorro individual. Manifestó que no es viable efectuar la devolución de los gastos de administración, pues dichos descuentos son autorizados por la norma y dan cuenta de la buena administración de la entidad en generar rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Asimismo, la orden de retornar las primas de seguros previsionales resulta contraria a las normas de la seguridad social, pues son porcentajes que se descuentan del aporte con destino a las aseguradoras para cubrir los riesgos de invalidez y sobreviviencia; por ende, devolver estas sumas de dinero de forma indexada genera un detrimento en contra del fondo y a favor de COLPENSIONES. Finalmente, respecto de la condena en costas, advirtió que no son procedentes por cuanto el fondo actuó de buena fe.

## IV. ALEGATOS

Teniendo en cuenta 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 las AFP demandada el trasladar con cargo a sus propios recursos, el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobraron, así como las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales hacia Colpensiones.

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

Para iniciar, es de tener en cuenta que los siguientes hechos no presentan discusión: **i)** La demandante nació 13 de julio de 1959 (fl.1, anexo4). **ii)** El 18 de noviembre de 1999 se trasladó de COLPENSIONES a PORVENIR S.A. (fl.7, anexo4) **iii)** La fecha de redención normal del bono data del 29-09-2021 (fl.66, anexo8)

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 la AFP que estuvo a cargo del traslado de régimen de la demandante, ninguna prueba idónea presentaron para demostrar que en la antesala de la decisión que tuvo la afiliada para migrar del RPM con PD, la AFP cumplió con su deber de información, esto es, dotando a la reclamante de todo el conocimiento que requería para adoptar una decisión consciente, racional y ajustada a sus expectativas pensionales.

Ahora, aunque la demandante hubiese firmado el formulario de afiliación a la AFP demandada, no es posible señalar que aceptó haberlo realizado de manera "*libre, voluntaria y sin presiones"* y 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, refirió que es ingeniera química, labora en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desde 1984 y realizaba los aportes a CAJANAL hasta 1999, cuando se trasladó a PORVENIR S.A. Manifestó que luego de una reunión grupal, un asesor de PORVENIR fue hasta su oficina en Bienestar Familiar y le brindó una asesoría individual, en la cual le indicó que se debía trasladar al fondo privado porque tendría una mesada pensional más alta, que podría pensionarse a cualquier edad y que se podría heredar la pensión a sus beneficiarios; pero no le explicó los requisitos para obtener la pensión en el RAIS, no le hizo proyecciones pensionales ni le indicó un monto aproximado de la pensión que tendría en uno u otro régimen, no le indicó las diferencias entre los regímenes, ni las modalidades de pensión en el RAIS, ni sobre los aportes voluntarios y que los fondos públicos iban a desaparecer y sus aportes corrían riesgo de perderse. Agregó que en el fondo privado se podría obtener la devolución de los dineros ahorrados, que no tuvo ninguna otra asesoría luego del traslado de régimen.

Pues bien, se advierte que para la Sala no se encontraron manifestaciones que, conjunta o individualmente, puedan calificarse como una confesión de haber recibido la información a que estaba obligada la AFP en la antesala del traslado de régimen pensional, lo que implica que PORVENIR S.A. no cumplió el deber de asesoría, aun cuando allegó el formulario que se suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones, ello no basta para concluir que asesoró en debida forma a la actora.

Y es que, al analizar la totalidad del caudal probatorio bajo los parámetros ya traídos a colación, 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 de los fondos con posterioridad al traslado de régimen y antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad pensional;** en todo caso, resulta notorio que la demandada faltó a su deber de «*información y buen consejo*», pues omitió informar a la actora sobre las ventajas, desventajas, características, riesgos, posibilidades de pensión en cada régimen y demás aspectos que le permitiesen comprender claramente la conveniencia o inconveniencia de su decisión, condiciones que debía probar la AFP pero no lo hizo, situación que se acompasa con lo lineado en las sentencias SL12136-2014 y SL4373-2020, entre otras.

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

del año 1999, es factible pregonar sin vacilación que a la AFP demandada, le correspondía cumplir con el deber de información que deviene de las disposiciones constitucionales, de la Ley 100 de 1993, artículos 13, literal b), 271 y 272 y del Decreto 663 de 1993, artículo 97, según los cuales, como mínimo, debió ilustrarse a la potencial afiliada sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

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

Aquí, se ha de precisar que la permanencia de la afiliada por varios años, no son aspectos que derruyan las conclusiones a las que arribó 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 la actora hizo ***actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad de pertenecer al RAIS*** por permanecer por más de 20 años en dicha AFP. A propósito de ello, es del caso traer a colación la sentencia SL1055-2022 (2-03-2022)[1], que en lo pertinente recalcó:

> *"… si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.*
>
> *Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a*

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

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

Conforme a lo expuesto, la ineficacia del traslado que fue decretada por el *a-quo* se generó por ineficacia en el acto jurídico y falta de asesoría de la afiliada al momento de realizar su traslado a la AFP, situación que permite su retorno al RPM, independientemente que se encuentre a menos de 10 años de cumplir la edad pensional, pues ello no impide el retorno al RPMPD porque no se está frente a un nuevo traslado sino frente a una declaratoria de ineficacia del primigenio que retrotrae las cosas al estado original.

[2] CSJ Sentencia SL1688-2019

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

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 "*1/1/2000*" cuando lo cierto es que según el historial de afiliaciones de Asofondos (fl.7, anexo4) el traslado se efectuó el **18 de noviembre de 1999**. Por lo tanto, se modificará la sentencia en este aspecto.

**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 la AFP demandada, se ha de indicar que la consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado es que la afiliación se retrotrae al estado en que se encontraba, lo que implica que la AFP PORVENIR S.A. 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, obliga a la AFP a trasladar todos los dineros que por concepto de aportes y rendimientos se hubieren producido y que hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la accionante, además de los valores que cobró a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes destinados para el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, pues todos estos deberán ser abonados en el fondo común que administra COLPENSIONES y utilizados para la financiación de la pensión de vejez de la parte demandante (SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4141-2021, SL3611-2021, entre otras más).

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, es de concluir que no tiene vocación de prosperidad los argumentos planteados por las recurrentes, lo cual amerita confirmar las órdenes impartidas en la sentencia.

**Del bono pensional**

Respecto del bono, como quiera que la fecha estimada de redención normal de dicho instrumento data del 29-09-2021 (fl.66, anexo8), se deberá **ADICIONAR** la providencia, a fin de ordenar comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí adoptada, además, la orden que en el evento de haberse 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.

Ahora, 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 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.".* (Negrilla fuera de texto)

Como se observa, dicho ordinal se deberá MODIFICAR porque se hizo alusión a la devolución del bono pensional que, pues 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, pues no se constituye como una excepción para exoneración de la condena impuesta. Por ende, no hay lugar a revocar la impuesta en primera instancia.

Comoquiera que se resolvió de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por **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 **18 de noviembre de 1999**.

**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 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".*

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia apelada y consultada, para **ORDENAR** que se comunique a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí adoptada, a fin de retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la demandante se cambió de régimen y en el evento de haberse pagado anticipadamente el bono, la **PORVENIR S.A.** deberá restituir la suma pagada por la OBP, debidamente indexada y con cargo a sus propios recursos.

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

**CUARTO**: **COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** 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: 182a6854b4863e54b23943c851ccc31816f99ecf46017ee568cb06cc2eb6fd2e
Documento generado en 22/09/2023 11:13:57 AM

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