

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL



GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado Ponente

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicado:	66001310500220220011301
Demandante:	Edgar Espitia Pulido
Demandado:	Porvenir S.A. y Colpensiones
Asunto:	Apelación y consulta sentencia 4 de septiembre de 2023
Juzgado:	Segundo Laboral del Circuito
Tema:	Ineficacia

APROBADO POR ACTA No. 202 DEL 12 DE DICIEMBRE DE 2023

Hoy, trece (12) de diciembre 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 los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **EDGAR ESPITIA PULIDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Radicado: **66001310500220220011301**.

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. 208

ANTECEDENTES

EDGAR ESPITIA PULIDO demandó a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con la finalidad de que se declare la ineficacia de su traslado de régimen pensional y por ello, se le condene a trasladar sus cotizaciones hacia la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, respecto de quien solicita se le ordene recibirlo como su afiliado. Además, solicita el pago de las costas procesales.

Sustenta lo pretendido en que nació el 8 de noviembre de 1956, afiliándose desde enero de 1977 al régimen de prima media con prestación definida con el empleador Departamento de Vaupés; que el 25 de enero de 2000 suscribió formulario de afiliación con la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., trasladándose de régimen sin haber recibido información suficiente por parte del asesor que lo atendió.

La demanda fue radicada el 29 de marzo de 2022 (archivo 06), admitida por auto del 19 de mayo de 2022 (archivo 07)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** se opuso a las pretensiones al considerar que el traslado de régimen se hizo de manera legal. Como excepciones formuló **Validez de la afiliación al RAIS, invalidez del retorno al RPM con PD, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones –art. 48 de la Constitución política, adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005, no procede la declaratoria de ineficacia o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante se trate de una persona que ya se encuentre pensionada en el RAIS en cualquiera de sus modalidades, aceptación implícita de la voluntad del afiliado, saneamiento de una presunta nulidad, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas, genéricas** (archivo 08).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones bajo el argumento de haber suministrado toda la información necesaria al actor, al momento de su vinculación al RAIS, afiliación que se hizo de manera libre, voluntaria y sin presiones. Como excepciones, propuso: **Validez y eficacia de la afiliación al RAIS, 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 ineficacia de la afiliación al RAIS, Prescripción, Buena Fe, Genéricas** (archivo 09).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, mediante sentencia del 4 de septiembre de 2023, dispuso:

Primero: DECLARAR ineficaz el traslado que el Sr. **EDGAR ESPITIA PULIDO**, efectuó del RPMPD administrado por CAJANAL hoy Colpensiones-, al RAIS a través de la AFP COLPATRIA -hoy PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva. **Segundo: CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los aportes acumulados en la cuenta individual de EDGAR ESPITIA PULIDO con sus respectivos rendimientos financieros, los aportes destinados para garantía de pensión mínima, las cuotas de administración, comisiones, la prima de reaseguros de FOGAFIN y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes – estos últimos cuatro con cargo a los recursos propios - y con destino a Colpensiones. **Tercero: ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. que entregue a COLPENSIONES debidamente indexadas las sumas referidas en el ordinal anterior. **Cuarto: DECLARAR** que el actor siempre ha pertenecido al RPMPD administrado actualmente por Colpensiones. **Quinto: DECLARAR** no probadas las excepciones de mérito planteadas por las entidades codemandadas, por lo dicho en precedencia. **Sexto: CONDENAR** en costas a las accionadas y a favor de la parte actora. Las que serán liquidadas en el momento procesal oportuno por la secretaria del Juzgado [...].”

Al decidir, tuvo en cuenta que el promotor de la litis no se encuentra pensionado y que a pesar de que el traslado de régimen se hizo ante el fondo de pensiones Colpatria, la demandante pasó a ser afiliada de Porvenir S.A. por

la cesión por fusión que se hizo entre dichas AFP. Al analizar el caso concreto, se respaldó en la posición pacífica de la Sala de Casación Laboral frente al deber de información que le asistía a la AFP a la cual se trasladó de régimen el afiliado, así como la carga de la prueba que en ellos recae en demostrar que cumplió con sus obligaciones de información para con el afiliado al momento en que este se trasladó de régimen, sin encontrar acreditado en el presente asunto que Porvenir S.A. hubiere dado al actor información clara, completa, comprensible y oportuna, sin que fuera suficiente la prueba de la firma del contrato de afiliación, el cual no se daba por satisfecho el requisito de la debida información, además de no haberse producido confesión alguna por la parte actora al momento de rendir interrogatorio. Finaliza, indicando, que los efectos de la omisión en el deber de información era retrotraer las cosas al estado inicial si no hubiera existido el acto declarado ineficaz, por lo que se debía restituir lo recibido con ocasión del negocio jurídico declarado, sin que además se pudiera afirmar que existieron actos de relacionamiento que pudieran subsanar los aspectos que generaron la ineficacia del acto primigenio.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Porvenir S.A. En síntesis, manifestó su desacuerdo frente a la sentencia bajo el argumento de haber cumplido a cabalidad con el deber de información, conforme a la normatividad vigente al momento del traslado y según la carga de la prueba que le asistía, en tanto que arrimó el contrato de afiliación el cual no fue tachado por la contraparte procesal. Agrega que el actor ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, conforme a los traslados horizontales realizados y los aportes que hizo durante varios años. De otro lado, recriminó que deba restituir a Colpensiones las sumas indexadas de los gastos de administración al considerar que bastaba con el traslado de los rendimientos financieros, los cuales no hubiere obtenido en Colpensiones y a su juicio, era una carga excesiva a la AFP dichas órdenes.

Colpensiones. Recurrió la decisión bajo el argumento de que la afiliación realizada por la parte actora fue válida al considerar que lo fue en cumplimiento de la normatividad vigente al momento del traslado; refiere que Colpensiones no participó en maniobras que afectaran el acto de afiliación, el cual fue ejecutado por Colpatria hoy Porvenir S.A., por lo que Colpensiones era un tercero afectado porque se le ordenó recibir como afiliado a una persona que firmó el formulario de manera libre, voluntaria y sin presiones, además de no ser beneficiario del régimen de transición, aunado a que se encontraba a menos de diez años para acreditar la edad mínima pensional, siendo improcedente que ahora alegue que fue engañosa la información solo por el hecho de que pueda observar sus expectativas fallidas, por tanto, la acción debió ser la de resarcimiento de perjuicios y no la ineficacia. No obstante, solicitó que en caso de confirmarse la ineficacia que, a título de sanción a Porvenir S.A., se le ordene el pago de un cálculo actuarial proporcional equivalente al valor de la mesada que tendría que cancelar Colpensiones, bajo el régimen de prima media.

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.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Como la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídica sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se atienden los alegatos que guarden relación directa con los temas debatidos. Para tal efecto, mediante fijación en lista, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, los cuales obran en el expediente digital. De la presentación de alegaciones en término, se remite a la constancia de la Secretaría de la Sala.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con los recursos y alegatos presentados por las partes, los problemas jurídicos a ser abordados consisten en: *Establecer si había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional; si había lugar a ordenar a la AFP demandada, el traslado, con cargo a sus propios recursos, del valor de las los aportes destinados para garantía de pensión mínima, las cuotas de administración, comisiones, la prima de reaseguros de FOGAFIN y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, indexados y se deberán analizar las órdenes impartidas en la sentencia y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en aquellos aspectos en que no fue recurrida.*

Para resolver, es de tener en cuenta que los siguientes hechos no presentan discusión: **(i)** El Sr. **Edgar Espitia Pulido** nació el 8 de noviembre de 1956 (pág. 1, archivo 04, C01Principal); **(ii)** El actor suscribió formulación de afiliación y traslado de régimen desde Cajanal hacia la AFP Colpatria el **25 de enero de 2000**, hoy Porvenir S.A. (pág. 18-20, archivo 04, C01Principal); **iii)** El actor cotizó al régimen de prima media con prestación definida un total de 468.2 semanas (Pág. 6, archivo 04, C01Principal) y, **iv)** El actor cuenta con bono pensional con fecha normal de redención el **8 de noviembre de 2018** (pág. 15, archivo 04, C01Principal).

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

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 estas, 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 solo 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 el afiliado acredite

tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la calidad de la asesoría brindada.

Además de lo expuesto, la Corte ha reiterado (SL1017/2022) que, la transgresión al deber de información 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).

Del deber de información

Aplicando los anteriores criterios al caso que nos ocupa, debe decirse que de la documental adosada por la AFP ninguna es idónea para demostrar que en la antesala de la decisión que tuvo el afiliado para migrar del RPM con PD, la AFP cumplió con su deber de información, esto es, dotando a la reclamante de todo el conocimiento que requería para adoptar una decisión consciente, racional y ajustada a sus expectativas pensionales.

Ahora, a pesar de que la actora signó el formulario del traslado que aceptó haberlo realizado de manera “*libre, voluntaria y sin presiones*”, de ello no se puede deducir que hubo un consentimiento o una 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. Se debe tener en cuenta que era deber de la AFP realizar un proyecto pensional en donde se informara sobre las posibilidades de contar con un *quántum* ajustado a las expectativas en el régimen al cual el actor se iba va a trasladar.

Para auscultar si se cumplió con el propósito de la alzada, se escuchó en **interrogatorio a Edgar Espitia Pulido**, quien informó estar vinculado actualmente al Ministerio Público. Refiere que ante la liquidación de Cajanal, se afilió de manera libre, voluntaria y sin presiones hacia Colpatria pasando todo sus productos allí; que únicamente le hablaron de rentabilidad; que se podía retirar cuando quisiera sin tener que esperar a la pensión, le ofrecieron beneficios en cuanto a la compra de otros productos financieros, negando haber recibido información adicional o explicativa relativa al derecho de retracto, ni al régimen pensional o las condiciones pensionales, como tampoco recibió advertencia u orientación alguna antes de que le faltaran los diez años previos a la edad mínima. De dicho instrumento de prueba se advierte que 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, el fondo solo demostró que el formulario se suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones, pero no que cumplió con el deber de información.

Y es que, al analizar el caudal probatorio bajo los parámetros ya traídos a colación, se tiene que no existen elementos que permitan concluir que, durante el traslado de la parte actora, Porvenir S.A. antes Colpatria, hubiere

cumplido con el deber de información que le correspondía, máxime cuando la única asesoría que se hizo, esto es, al traslado de régimen, lo fue con las falencias ya denotadas. En todo caso, resulta notorio que faltó a su deber de «*información y buen consejo*», omitiendo informar sobre las ventajas, desventajas, características, riesgos, posibilidades de pensión en cada régimen y demás aspectos que le permitiese comprender claramente la conveniencia o inconveniencia de su decisión, condiciones que debía probar la AFP, pero no lo hizo. Esta situación se acompasa 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 **2000**, es factible pregonar sin vacilación que a **Porvenir S.A.** le correspondía cumplir con el deber de información que deviene de las disposiciones constitucionales, de la Ley 100 de 1993, artículos 13, literal b), 271 y 272 y del Decreto 663 de 1993, artículo 97, según los cuales, como mínimo, debió ilustrarse al potencial afiliado sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Actos de relacionamiento – Acción a emprender

En este caso, 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 la que fue objeto, no le permitía distinguir cuál régimen era el que más le convenía, pues nunca le mencionaron las características del RAIS, no le expusieron las diferencias con el RPM con PD y menos aún de los riesgos, consecuencias, requisitos de las diferentes modalidades de pensión y demás características que finalmente la demandante desconocía para adoptar una decisión debida y completamente informada.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia del afiliado por varios años al RAIS no es un aspecto que derruya 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. Es más, tampoco se puede afirmar que hubo ratificación de la voluntad permanecer en el RAIS por las razones argüidas por Porvenir S.A., porque si bien afirma que se hicieron traslados horizontales de Colpatria a Horizonte y luego a Porvenir S.A., lo cierto es que además de no convalidar la afiliación primigenia, es de recordar que los afiliados de Colpatria S.A. pasaron a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. y de allí hacia Porvenir S.A., por las fusiones y cesiones que se dieron entre ellas, de manera que, los denominados “traslados horizontales” que se afirman, fueron producto de los traslados automáticos que se generaron por dichas fusiones o cesiones entre AFP.

De otro lado, tampoco puede afirmarse que la actora hizo *actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad de pertenecer al RAIS* por el hecho de permanecer por varios años en el RAIS. 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.

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

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

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

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

En cuanto a la acción a emprender, 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, tratándose de pensionados, la alta Corporación ha definido, en

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

² CSJ Sentencia SL1688-2019

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, en tanto que aún se encuentra vinculado como servidor público a la Procuraduría General de la Nación.

Conforme a lo expuesto, la ineficacia del traslado que fue decretada por la *a-quo* se generó por la falta de asesoría al momento de realizar el traslado a la AFP del RAIS, 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.

En este punto, es de mencionar que el hecho que el afiliado hubiere estado vinculado a Cajanal implica que su retorno debe hacerlo a Colpensiones. Ello es así, porque dicha entidad administró en su momento el RPM con PD y, a raíz de su supresión y liquidación, se ordenó el traslado de sus afiliados al ISS, hoy Colpensiones, conforme al Decreto 2196 de 12 de junio de 2009. Por tanto, la vuelta al statu quo implica que el afiliado demandante sea redirigido al único ente que hoy administra las afiliaciones en dicho régimen, esto es, Colpensiones, quien asumió esta obligación en virtud de lo dispuesto en la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011 (SL2932/2022).

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

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen

Frente al reproche del apoderado del fondo privado sobre la orden de devolver los gastos de administración, comisiones y cuotas de garantía de pensión mínima indexadas, ello resulta procedente, dado 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 los fondos privados deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como los dispone el artículo 1746 del C.C., incluidos los gastos de administración, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre otras, en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora, esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.»

Lo anterior implica que **Porvenir S.A.** además del 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 de la accionante, también debe retornar 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, por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, tal y como lo dispuso la jueza de primer orden. Lo anterior, precisando que dichos emolumentos deben ser abonados en el fondo común que administra **Colpensiones**, ya que son 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 a lo dicho, la orden de devolver dichos emolumentos en sentencia SL1017-2022, M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, se expuso:

“... 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)”.

De otro lado, se torna improcedente la solicitud de Colpensiones de imponer a título de sanción el pago de un cálculo actuarial equivalente al valor total de las mesadas pensionales, liquidadas bajo el régimen de prima media, teniendo en cuenta para ello la expectativa de vida del demandante y la de sus beneficiarios, porque la jurisprudencia ya ha denotado las consecuencias de la ineficacia, por lo que cualquier otro aspecto de carácter resarcitorio que no hubiese sido debatido no puede ser considerado y tampoco es viable imponer consecuencia diferente a las ya señaladas.

Con todo, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, pues los argumentos expuestos por Colpensiones y Porvenir S.A. no tienen vocación de prosperidad.

Consulta de la sentencia en los aspectos no recurridos

Con relación al **bono pensional**, comoquiera que la fecha estimada de redención normal de dicho instrumento data es del 8 de noviembre de 2018, se dispondrá la orden de 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 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.

Con todo, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada que declaró la ineficacia del traslado de régimen y como se resolvió de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos, se impondrán costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. a favor de la parte actora.

DECISIÓN DE SEGUNDA 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: ADICIONAR la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2023, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, en el sentido de **DISPONER** que se comuniqué lo decidido a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se **ORDENA** a la **AFP PORVENIR S.A.** que en el evento de haberse pagado el bono a favor de la cuenta de ahorro individual, la AFP proceda a devolver la suma que hubiese sido pagada por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a favor de la cuenta de ahorro individual del demandante y, en tal caso, PORVENIR S.A. deberá cancelar con sus propios recursos, la indexación del valor a devolver.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en lo demás.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Quienes conforman la Sala,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada
Aclara voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado
Con Ausencia Justificada

Firmado Por:

German Dario Goez Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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: **8a9a2edec2b69d5c33f36920dc2b5191cf68ee2787173940f3930c336f1857a1**

Documento generado en 12/12/2023 03:59:20 PM

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