

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



GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

Magistrado Ponente

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicado:	66001310500420230001201
Demandante:	Elvia Constanza Rojas Hermida
Demandado:	Colpensiones y Porvenir S.A.
Asunto:	Apelación y consulta sentencia 28-08-2023
Juzgado:	Cuarto Laboral del Circuito
Tema:	Ineficacia

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

Hoy, trece (13) 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 Goez Vinasco, procede a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **ELVIA CONSTANZA ROJAS HERMINDA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Radicado: **66001310500420230001201**.

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. 209

ANTECEDENTES

ELVIA CONSTANZA ROJAS HERMINDA solicita que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM con PD) administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) a través de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** En consecuencia, aspira a que se declare vigente su afiliación a Colpensiones y se ordene a PORVENIR S.A, y a COLPENSIONES, a realizar todas las gestiones administrativas necesarias para retornarla al RPM con PD., disponiendo que Porvenir S.A. remita a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, cuotas de

administración, rendimientos, frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C. Además, se condene en costas a la parte demandada.

En sustento de tales pretensiones, se relata que la actora estuvo vinculada al RPM con PD, antes administrado por el ISS desde el 26 de mayo de 1987 hasta el 26 de mayo de 2007, fecha en que suscribió formulario de afiliación de traslado de régimen con Porvenir S.A. En suma, se queja de que, al momento del traslado, el asesor de la AFP del fondo privado no le brindó información cierta, suficiente, clara y oportuna y, resalta que tampoco le comunicó sobre la imposibilidad legal de regresar al RPM con PD, al cumplir los 47 años.

La demanda fue radicada en Cali el 17 de agosto de 2022, siendo remitida por Competencia a este Distrito Judicial. El Juzgado Cuarto Laboral Del Circuito de Pereira, admitió la demanda por auto del 28 de febrero de 2023.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** se opuso a las pretensiones al considerar que no existen medios de pruebas que acrediten las circunstancias expuestas en la demanda, sin que fuera posible concluir la existencia de un vicio del consentimiento al momento de realizar el traslado derivado de una indebida asesoría, además, la afiliación al RAIS se realizó conforme a derecho, y se hizo de manera libre, voluntaria y sin presiones, por lo que no era procedente la declaratoria de ineficacia, sin que tampoco fuera beneficiaria del régimen de transición. Como excepciones formuló: **Improcedencia de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, improcedencia de admisibilidad de la afiliación en el RPM con PD, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en ineficacia de traslado de régimen, Buena fe, excepta de culpa, improcedencia de condena en costas y agencias en derecho y prescripción** (archivo 11).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a lo pretendido al considerar que no se presentó ninguna causal legal de ineficacia del acto jurídico de traslado porque las AFPS del RAIS no tenían la obligación legal de realizar proyecciones financieras de las mesadas pensionales de los potenciales afiliados, ni mucho menos, mantener constancia escrita de las asesorías suministradas, la actora no era beneficiaria del régimen de transición y considera que la afiliación era válida, legal y se encontraba vigente, sin que pudiera accederse a autorizar el traslado por estar a menos de 10 años de cumplir con la edad requerida para pensionarse en el RPM. Como excepciones formula: **validez y eficacia de la afiliación e inexistencia de vicios en el consentimiento, aplicación del artículo 1746 del código civil en relación con los rendimientos financieros, gastos de comisión y primas de seguro, prescripción, Buena Fe y las genéricas** (archivo 13).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, mediante sentencia del 28 de agosto de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora ELVIA CONSTANZA ROJAS HERMINDA efectuó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. el 26 de marzo del año 2007 con efectividad a partir del 01 de mayo de 2007, debiéndose retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, dadas las consideraciones precedentes. **SEGUNDO:** A. ORDENAR al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual correspondiente a todo el tiempo en que la actora ha permanecido en el RAIS, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión. B. CONDENAR al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. para que, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, proceda a restituir los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Al momento de darse cumplimiento a lo ordenado en el numeral segundo, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **TERCERO:** ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que, proceda aceptar sin dilaciones, el traslado de la señora ELVIA CONSTANZA ROJAS HERMINDA del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, desde el momento en que se afilió a este último régimen. **CUARTO:** DESESTIMAR las excepciones propuestas por las accionadas. **QUINTO:** CONDENAR en costas procesales a cargo de PORVENIR S.A. en un 100%, en favor de la demandante”.

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.

Al referirse al caso concreto, concluyó que Porvenir no cumplió con la carga de la prueba impuesta, al no demostrar el cumplimiento del deber de información ni desvirtuar la falta de esta, porque solo había aportado el formulario de vinculación de la cual no se desprendía cual fue esa información que se le brindó a la actora al momento de suscribir el formulario.

Refiere que del interrogatorio no se logró tener una confesión que permitiera concluir que el fondo cumplió con su deber de información, por lo que no se cumplieron con los requisitos normativos y jurisprudenciales porque que la decisión de traslado no estuvo precedida de la comprensión suficiente y menos del real consentimiento, por lo que procedía la declaratoria de la ineficacia, debiéndose entonces retrotraer las cosas al

estado que se encontraban antes de ocurrir el traslado, con las consecuencias de que Porvenir S.A debía trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes con sus rendimientos financieros de todo el tiempo en que la actora ha permanecido en el RAIS y además, restituir los gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

En cuanto al bono pensional concluyó que no se había generado porque al momento del traslado contaba con 4,57 semanas, el cual era insuficiente para dar aplicación a lo previsto en el artículo 115 de la Ley 100 del 93, razón por la cual no se emitirían ordenes al respecto.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Porvenir S.A., recurrió la decisión en lo que tiene que ver a la condena de trasladar los seguros previsionales con cargo en sus propias utilidades al considerar que los gastos de administración eran una contraprestación por la gestión desplegada por la AFP, tendiente a hacer rentar los dineros de la cuenta de ahorro individual del afiliado, aspecto del cual carecía el RPM con PD.

Agrega que los dineros pagados a las aseguradoras estaban destinadas a cubrir las sumas adicionales por invalidez o muerte y que dichos dineros ya habían sido cancelados y por tanto no era posible reintegrarlos, en tanto consideraba que sería una doble condena que afectaba de manera directa las arcas de Porvenir, era un enriquecimiento sin causa y que no se debían generar dada la naturaleza de la ineficacia.

De otro lado, recurrió la condena en costas procesales al considerar que, si bien era de rigor para la parte vencida en juicio, en este caso, la durabilidad y la complejidad del proceso donde la jurisprudencia era pacífica no daba lugar a ellas.

Colpensiones. Recurrió la decisión con la finalidad de que fuera revocada en su integridad bajo el argumento que la afiliación del demandante fue válida, al considerar que la misma cumple con los requisitos normativos; que se verificó que la demandante firmó el formulario de manera libre y voluntaria y sin presiones y que, aplicando la normatividad vigente al caso, la actora no había acreditado el lleno de los requisitos para obtener la ineficacia, puesto que la misma no era beneficiaria del régimen de transición y ya por su edad al momento de elevar la solicitud de regreso al RPM con PD, se encontraba a menos de 10 años para acceder a su a su derecho, siendo improcedente que después de tanto tiempo argüir que fue engañada solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas, por lo que no podía alegar la ineficacia sino un resarcimiento de perjuicios, por lo que la acción que impetro era incorrecta.

No obstante, refiere que de confirmarse la decisión y ante el evidente perjuicio al RMP con PD, por su descapitalización al recibir un nuevo afiliado por vía judicial, solicitaba que, a título de sanción, se condenara a Porvenir S.A. a pagar a Colpensiones un cálculo actual proporcional equivalente al valor total de las mesadas pensionales a pagar, liquidadas bajo los parámetros del régimen de Prima media, teniendo en cuenta para ello la

expectativa de vida del demandante y la de sus beneficiarios, porque Colpensiones era un tercero afectado que no tuvo ninguna participación en el engaño u omisión de la información entregada por los asesores de Porvenir.

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 comisiones, cuotas de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales hacia Colpensiones, indexados y se deberán analizar las órdenes impartidas en la sentencia y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Para resolver, es de tener en cuenta que los siguientes hechos no presentan discusión: **i) Elvia Constanza Rojas Hermida** nació el 22 de febrero de 1969 (archivo 02, pág. 39); **ii) La actora se trasladó del ISS hoy Colpensiones hacia Porvenir S.A. el 26-03-2007** (archivo 02, pág. 63); **iii) La demandante al momento de traslado de régimen reportó con 4.5 semanas aportadas al ISS** (archivo 02, pág. 79); **iv) De acuerdo con el reporte de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no cuenta con tiempos válidos para bonos pensional, contando con 4.7 semanas al momento del traslado** (archivo 13, pág. 64-67).

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 *quantum* 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 **Elvia Constanza Rojas Hermida**, quien indicó ser de profesión bacterióloga, laborando actualmente en una agencia de seguros.

Relató que su traslado lo hizo con un asesor que la visitó para firmar el formulario; que entendió que era algo mejor por el respaldo que tenían los fondos privados; creyó que iba a estar más segura y necesitaba afiliarse en ese momento. Refiere que le dijeron que podía pensionarse más joven si quería; que si llegaba a faltar su hijo con discapacidad cognitiva iba a recibir como una herencia; que estaría más segura porque en el Estado siempre los robaban; que ahora quiere retornar porque entendió que la información que recibió no era correcta, ni cierta, sin conocer finalmente que era lo más beneficioso.

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 estaban obligadas 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 hizo** –con las falencias ya denotadas- **fue cuando se efectuó el traslado de régimen**. 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 **2007**, 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

Para el 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.

De otro lado, tampoco puede afirmarse que la actora hizo actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad 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 obediencia 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.

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 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 pensionada.

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.

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

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.»

² CSJ Sentencia SL1688-2019

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, frente a las órdenes impartidas a la AFP, para mayor ilustración, hay que partir del hecho que la cotización es una obligación que se deriva de la afiliación al sistema y de allí, es que las pensiones se consolidan a partir de esos aportes realizados por o a favor de afiliado.

En el RPM con PD, es sabido que esos aportes constituyen un fondo común de naturaleza pública destinada al pago de las pensiones, los gastos de administración y a la eventual capitalización de las reservas. En este régimen, del total del aporte, el 3% se destina a financiar los gastos de administración, las pensiones de invalidez y sobrevivientes y lo restante, ingresa al fondo común para financiar las pensiones de vejez y la capitalización de las reservas.

En contraste, en el RAIS del total del aporte, el 11.5% del IBC se direcciona a la cuenta de ahorro individual del afiliado, el 1.5% del aporte se destina al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS y el 3% restante se destina a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin y las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes.

De allí, es que las sumas que fueron cobradas para financiar los gastos de administración, incluidos los destinados para el fondo de garantía de pensión mínima y los utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, al ser parte integrante de la cotización, pues fueron descontados de ella, corresponden a los valores que deben ser restituidos a Colpensiones porque fue allí donde debieron ingresar y, deben ser indexados, porque dichos valores están afectados por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Además, con lo explicado es suficiente para afirmar que la orden impartida no afecta a las aseguradoras con quienes, en su momento, las AFP contrataron el seguro previsional porque la orden no está dirigida a restituir el pago de la prima, sino, se itera, a devolver lo descontado de la cotización que estaba destinada para financiar, entre otros, los seguros previsionales, lo cual es diferente.

Así mismo, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que se deben reintegrar a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

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 demandante al momento de trasladarse de régimen pensional apenas contaba con 4.7 semanas, de suyo implica que no se generó dicho instrumento, por lo que no resultó equívoca la decisión adoptada por la primera instancia.

De la imposición de costas de primera instancia.

Frente al reproche sobre la imposición de costas procesales, debe advertirse que éstas son consecuencia de las resultas del proceso, donde la AFP al resultar vencida procede su imposición, al tenor del artículo 365 del C.G.P. Ello implica, que no hay lugar a relevar de dicha imposición a Porvenir S.A.

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 le impondrá costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A.

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: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 28 de agosto de 2023, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

SEGUNDO: 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 Goetz 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: **57ee2be47405d239ac6ef45df2e750f4be5c67c237703f4ac9c83437f54efc**

Documento generado en 12/12/2023 03:59:25 PM

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