

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:	66001310500420230004201
Demandante:	Marina Duarte Valbuena
Demandado:	Porvenir S.A. y Colpensiones
Asunto:	Apelación y consulta sentencia 28 de agosto de 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 **MARINA DUARTE VALBUENA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Radicado: **66001310500420230004201**.

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. 213

ANTECEDENTES

MARINA DUARTE VALBUENA aspira a que se declare la ineficacia del traslado de régimen que hizo desde el régimen de prima media con prestación definida ahora administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** hacia la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y, en consecuencia, se le declare como afiliada de Colpensiones, entidad a la que solicita, Porvenir S.A. le traslade sus cotizaciones. Además, solicita se condene en costas a Porvenir S.A.

En síntesis, sustenta sus pedidos en que nació el 2 de junio de 1965; que siendo afiliada del ISS (RPM con PD), el 9 de junio de 1994 suscribió formulario de afiliación hacia Porvenir – antes Horizonte S.A. -, produciéndose con ello el traslado de régimen pensional. Se duele que, durante su afiliación, la AFP del RAIS incumplió con su deber de información al restringir su asesoría en decirle que su mesada sería más alta y que el ISS desaparecería, sin hacer referencia a las ventajas, desventajas, riesgos y características de cada régimen.

La demanda fue radicada el 2 de julio de 2023 y fue admitida por auto del 28 de febrero de 2023.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** (archivo 10) se opuso a las pretensiones indicando que la actora suscribió el formulario de afiliación el 9 de junio de 1994 conforme a la libre escogencia, además de haber sido un acto libre, voluntario y sin presiones, previa información otorgada por la AFP. Como excepciones formula **prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y genéricas.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** (archivo 09) se opuso a las pretensiones bajo el argumento que no existían medios de prueba de las que se concluyera la configuración de vicios en el consentimiento al momento de producirse el traslado de régimen, sin que la actora fuera beneficiaria del régimen de transición, aunado a que la afiliación fue realizada de manera legal, esto es, de manera libre, voluntaria y sin presiones. Como excepciones formuló **Improcedencia de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, Improcedencia de admisibilidad de la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en ineficacia de traslado de régimen, Buena fe, excepta de culpa, prescripción.**

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 MARINA DUARTE VALBUENA efectuó al RAIS a través de la AFP HORIZONTE HOY PORVENIR S.A. el 09 de junio del año 1994 con efectividad a partir del 01 de julio de idéntica calenda, 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 cumplirse estas órdenes, 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:** COMUNICAR a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que, en un trámite interno y aplicando lo previsto en las normas que regulan la materia, tal como se expuso en la parte motiva, proceda a ejecutar todas las acciones necesarias, para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se generó a favor de la señora MARINA DUARTE VALBUENA. **CUARTO:** ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., para que, en caso de haber recibido

el pago del bono pensional en favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, proceda a restituir la suma pagada por ese concepto a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, suma que deberá estar debidamente indexada, precisándose que esa actualización del valor del bono pensional debe ser cancelada con su propio patrimonio. **QUINTO:** ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que proceda aceptar sin dilaciones, el traslado de la señora MARINA DUARTE VALBUENA 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. **SEXTO:** DESESTIMAR las excepciones propuestas por las accionadas. **SÉPTIMO:** CONDENAR en costas procesales a cargo de PORVENIR S.A. en un 80%, 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, refirió que Porvenir S.A. a efectos de cumplir con la carga de la prueba impuesta, debía demostrar el cumplimiento del deber de información y desvirtuar la falta de información pregonada por la accionante, para lo cual aportó el formulario de vinculación a horizonte del 9 de junio del 94, prueba que no acredita cuál fue la información que se le brindó a la actora al momento del traslado de régimen.

Agrega, que del interrogatorio a la demandante no se logró obtener una confesión que permitiera concluir que el fondo cumplió con su deber de información, por lo que no se avizoraba que la AFP hubiere proporcionado a la actora la información suficiente al momento de la afiliación, por lo que al incumplirse la carga de la prueba no quedaba otro camino que declarar la ineficacia del traslado realizado por la actora el 9 de junio del 94, con las consecuencias que aparejaban dicha determinación.

Advierte que al haber realizado la demandante al 9 de junio de 1994 un total de 171,28 semanas, esto es, más de 150 en el régimen de prima media, por ello se había generado bono pensional el cual se redimiría normalmente el **2 de junio del 2025**, fecha en que la actora cumple los 60 años al haber nacido en la misma calenda del año 1965. Por ello, dispuso ordenar el comunicar la decisión a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Porvenir S.A. Recurrió la decisión en cuanto a la orden de retornar los gastos de administración, las sumas de seguro previsional, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima de forma indexada, lo cual sustentó en que ello no había sido una petición de la demandante, lo cual iba en contra del principio de congruencia. De otro lado, refiere que la indexación no

fue un tema que llegase a ser discutido ni ventilado en el transcurso del proceso, por lo que no se cumplían con los requisitos para aplicar fallos ultra y extra petita. Además, refiere que, si bien la indexación buscaba contrarrestar la devaluación de la moneda en el tiempo, para el caso no era aplicable porque se había mantenido la rentabilidad mínima en la cuenta de ahorro individual y por ello mismo, no se había dado una depreciación de la moneda por los rendimientos que se generaron, lo cual compensaba cualquier depreciación y eran una doble sanción.

Colpensiones. Recurrió la decisión de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional que suscribió la Sra. Marina Duarte Valbuena el 9 de junio de 1994 al régimen de ahorro individual a la AFP horizonte, Hoy Porvenir S.A., al considerar que según las afirmaciones de la demandante, tanto en el texto de su demanda como en el interrogatorio, se podía evidenciar que la acción judicial que debió encaminar era la de resarcimiento de perjuicios por persigue un interés económico, en razón al valor de la mesada que obtendría en prima media; refiere que la declaración de la ineficacia atenta en contra de la sostenibilidad del régimen de prima media, a quien se le impone la carga de resarcir un daño que no causó y se dio en consecuencia de la decisión de una afiliada que no se interesó en retornar al régimen, sino hasta el momento en que evidenció un perjuicio económico. Agrega que la actora perfeccionó actos de relacionamiento consistente en las comunicaciones que se obtuvo de la AFP Porvenir S.A., el conocimiento de los extractos de sus aportes y las solicitudes que encausó y advierte que tampoco era posible acceder a lo pretendido por la limitación del traslado cuando faltan 10 años para arribar a la edad de pensión.

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: **(i)** *Establecer si había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional;* **(ii)** *Había lugar a ordenar a la AFP 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;* **(iii)** *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: (1) Marina Duarte Valbuena nació el 2 de junio de 1965 (archivo 2, pág. 1) y, (2) La actora suscribió formulario de afiliación para el cambio de régimen pensional desde el régimen de prima media con prestación definida (Administrado Hospital Militar Central) hacia el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A (antes Horizonte) el **9 de junio de 1994** (archivo 10, pág. 73 y 77).

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 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 la afiliada se iba va a trasladar.

Para auscultar si se cumplió con el propósito de la alzada, se escuchó en **interrogatorio** a **Marina Duarte**. Nacida el 2 de junio de 1965. Profesional en Economía y técnica en auxiliar de enfermería y en la actualidad no se encuentra pensionada. Frente a las circunstancias en que realizó el traslado de régimen dijo que el 9 de junio de 1994 se certificó como auxiliar de enfermería; que al hospital militar fueron asesores para afiliar al personal y por ello optó por horizonte para poderse posesionar. Agrega que al vincularse con horizonte no estaba afiliada al ISS pero que con anterioridad si lo estuvo. Refiere que los asesores lo que indicaron consistió en que no era bueno que se afiliaran al ISS porque era mejor el fondo privado ya que la pensión iba a ser mejor; que se jubilarían a una edad más temprana; que le devolverían los saldos en caso de no quererse pensionar y que el ISS se quebraría. Niega haber recibido información sobre requisitos y demás características. Explica que en 2013 se trasladó a Colpensiones y luego cuando en septiembre de 2022 solicitó la pensión, Colpensiones la devolvió a Porvenir S.A. por la corrección que se hizo del registro de nacimiento.

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.

En este punto es de mencionar para efectos de otorgar mayor claridad al caso, la Sala al observar el expediente administrativo aportado por Colpensiones (archivo 9), observa que la demandante el 24-04-2013 (pág. 44) solicitó a Colpensiones el traslado de régimen desde Porvenir S.A., oportunidad en que registraba como fecha de natalicio el **05-01-1969** (pág. 69), es decir, observándose que a dicha calenda registraba 44 años. Por ello, el 27 de mayo de 2013 (pág. 34) Colpensiones aceptó el retorno o traslado de régimen de la demandante al de prima media.

Luego, como la demandante corrigió su registro civil de nacimiento, según sentencia del 01-03-2022 del juzgado promiscuo municipal de Chiscas Boyacá en la que se modificó que la fecha real de nacimiento era el **02-06-1965** (pág. 72-77), Colpensiones ante la solicitud pensional que se le hizo por reclamación del 19-07-2022 (pág. 86) mediante comunicación del 22-11-2022 (pág. 90) le informó a la demandante que el traslado al Régimen que había realizado en 2013 hacia el régimen de prima media no era válido, por cuanto no cumplía los requisitos establecidos de ley al haber estado en la prohibición de estar al 01-

06-2013 a menos de 10 años de la edad mínima pensional, por lo que le fueron retornadas las cotizaciones a Porvenir S.A.

Aclarado lo anterior, al analizar la Sala 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 hacia Porvenir S.A. en el año **1994**, la AFP hubiere cumplido con el deber de información que le correspondía.

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 de **1994**, 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, aspectos anteriores que no fueron observados.

Actos de relacionamiento – Acción a emprender

De cara al recurso formulado por Colpensiones, no se puede pretender que se tenga como ratificación el hecho de que la demandante no se hubiese retractado de su decisión al momento del traslado o que hubiere recibido del RAIS los extractos de sus aportes no son aspectos que derruyan 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.

Ahora, tampoco puede argüirse como convalidación el hecho de que la actora no se hubiere regresado 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, con independencia del yerro que existía en su fecha de natalicio, porque 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 asesoreamiento 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.

De manera que, no puede afirmarse que la actora hizo actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad de pertenecer al 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.

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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 la demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionada, en tanto que aún se encuentra vinculada laboralmente.

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 de la alzada.

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen

Frente a 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.** tiene 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. De igual forma, **debe retornar los valores que efectivamente 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 no se puede obviar que en este caso en particular, si bien la demandante se encontraba afiliada a Porvenir S.A. desde el 09-06-1994, no es menos cierto que desde el año 2013 y hasta el año 2022, por un yerro en la fecha de natalicio, Colpensiones la recibió nuevamente como si fuera su afiliada, lo que de suyo descarta que Porvenir S.A., en ese lapso de tiempo hubiere cobrado los citados conceptos, razón por la cual, se modificará el literal b) del numeral

² CSJ Sentencia SL1688-2019

segundo de la sentencia para disponer que lo que debe retornar a Colpensiones debe corresponder a lo que efectivamente cobró a título de cuotas de administración y demás.

A lo anterior, se precisa que los emolumentos cobrados 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 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, siendo por tanto un valor independiente de lo consignado en la cuenta de ahorro individual y de los rendimientos que se generaron por tal concepto.

Además, cuenta aclarar que las órdenes impartidas a la AFP encaminada a que Colpensiones perciba los conceptos que se acaban de enunciar, no son condenas a título de sanción o de indemnización de perjuicios, como parece ser asumido por la demandada, sino que son la consecuencia que se deriva del acto jurídico declarado ineficaz, motivo por el cual, no se desconoce el principio de congruencia.

De otro lado, 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.

Con todo, habrá de modificarse parcialmente la sentencia de primera instancia en el aspecto que se indicó, prosperando el recurso de Porvenir de manera parcial en lo atinente a lo que debe ser retornado hacia Colpensiones.

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 contaba con aportes al régimen de prima media con prestación definida, pero se carece de certeza la existencia o no de bono pensional, conlleva a que las ordenes impartidas por la Jueza deban ser mantenidas.

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 el recurso de apelación formulado por Colpensiones, se le impondrá costas en esta instancia a favor de la parte actora. En cuanto a Porvenir S.A, comoquiera que prosperó de manera parcial, en esta instancia no se le impondrán costas.

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: MODIFICAR el numeral segundo, literal b) de la parte resolutive de la sentencia, el cual quedará así:

“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 que **efectivamente cobró**, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**”.

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

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

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: **2cea28a84ac732ab8998854b2cac9b389f29d445fbf81db9deb2e4df534bc95d**

Documento generado en 12/12/2023 03:59:55 PM

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