

Proceso: Ordinario Laboral
Radicado: 66001310500220210002301
Demandante: Dora Ruby Bolaños Alvarez
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A.
Asunto: Apelación y consulta Sentencia del **22 de agosto de 2023**
Juzgado: Segundo Laboral Del Circuito
Tema: Ineficacia

**TRIBUNAL SUPERIOR – SALA DE DECISIÓN LABORAL
DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**



Magistrado Ponente
GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

Pereira, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Aprobado por Acta No. 03 del (16/01/2024)

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral, procede a resolver los recursos de apelación formulados y el grado jurisdiccional de consulta a favor del ente público, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **DORA RUBY BOLAÑOS ALVAREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, cuya radicación corresponde al **66001310500220210002301**.

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 la siguiente,

SENTENCIA No. 02

ANTECEDENTES

1.- Pretensiones.

DORA RUBY BOLAÑOS ALVAREZ pretende que se declare ineficaz el traslado que hizo desde el régimen de prima media con prestación definida (RPM con PD) administrado hoy por la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones hacia el régimen de ahorro individual con

solidaridad (RAIS) a través de la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantias Porvenir S.A. En consecuencia, se le ordene a esta última a girar el total del monto de la cuenta de ahorro individual a favor de Colpensiones, solicitando que se ordene a esta última a recibirlo nuevamente como su afiliado. Adicionalmente, solicita la condena en costas.

2.- Hechos.

En síntesis, se relata que Dora Ruby Bolaños Alvarez nació el 9 de septiembre de 1966; que realizó aportes al RPM con PD hasta que se trasladó al RAIS en 1994, sin haber recibido por parte de Porvenir S.A, el soporte informativo necesario para conocer los riesgos a los que se sometía por trasladarse de régimen, tales como la conveniencia, diferencias entre regímenes y riesgos de su decisión.

La demanda fue radicada el 28 de enero de 2021 y admitida por auto del 12 de febrero de 2021.

3.- Posición de las demandadas.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que no se evidenciaba engaño en el traslado de régimen de la demandante que motive la ineficacia o la nulidad de la afiliación. Excepciona: *validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dinero de administracion, prescripción, imposibilidad juridica para reconocer derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas* (archivo 10).

Colfondos S.A., se opuso a lo pretendido al considerar incumplidos los requisitos para atender lo solicitado por validez de la afiliación al RAIS, al haber medido la voluntad de la accionante. Excepciona: *Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe e innominadas* (archivo 21).

Porvenir S.A., se opuso a lo pretendido bajo el argumento que no existió causal legal de ineficacia del acto de traslado, por lo que produjo sus efectos, alegando haber suministrado a la parte actora toda la información completa y necesaria al momento de traslado de régimen. Excepciona: *Validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS,*

inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguros previsional cuando se declara la ineficacia de la afiliación al RAIS, prescripción, buena fe y genéricas (archivo 8).

Protección S.A., no se opuso a lo pretendido al estar dirigida la demanda en contra de otra AFP, sin embargo excepcionó: *Las genéricas, prescripción, buena fe, compensación, exoneración de condena en costas, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva, inexistencia de la fuente de la obligación, inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de dicha AFP, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado, excepción de mérito seguro previsional, excepción de mérito cuotas de administración (archivo 22).*

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante decisión del 22 de agosto de 2023, la Jueza Segunda Laboral Del Circuito de Pereira dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado que la señora DORA RUBY BOLAÑOS ÁLVAREZ, efectuó del RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones-, al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., por lo expuesto en la parte motiva. **SEGUNDO:** CONDENAR a la AFP Colfondos 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 Dora Ruby Bolaños Álvarez 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:** 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 Dora Ruby Bolaños Álvarez 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. **CUARTO:** CONDENAR a la AFP Protección 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 Dora Ruby Bolaños Álvarez 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, en caso de no haberlo hecho directamente a la AFP Horizonte –hoy Porvenir S.A.-, cuando la actora decidió trasladarse a esta. **QUINTO.** ORDENAR a las AFP COLFONDOS, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. que entreguen a COLPENSIONES debidamente indexadas las sumas referidas en los ordinales segundo, tercero y cuarto. **SEXTO:** DECLARAR que la actora pertenece al RPMPD administrado

*actualmente por Colpensiones desde el 14-08-1985. **SÉPTIMO:** DECLARAR no probadas las excepciones de mérito planteadas por las entidades codemandadas y/o vinculadas, por lo dicho en precedencia. **OCTAVO:** CONDENAR en costas a las accionadas y/o vinculadas y a favor de la parte actora. Las que serán liquidadas en el momento procesal oportuno por la secretaria del Despacho.”.*

Para arribar a tal decisión, trajo a colación la línea jurisprudencial relativa a la ineficacia, la calidad de la información que debía ser suministrada al momento del traslado, la carga de la prueba y las consecuencias de la ineficacia. Frente al caso concreto, concluyó que la AFP Colfondos S.A. no aportó los medios probatorios suficientes para demostrar que cumplió con el deber de informar a la demandante al momento de su traslado de régimen. Al analizar el caso concreto, trajo a colación el traslado de régimen con Colfondos S.A. y los traslados horizontales que hizo la accionante dentro del RAIS, concluyendo que Colfondos solo trajo como prueba un pantallazo que daba cuenta de la afiliación que tuvo la actora, sin arrimar medios probatorios que dieran cuenta de la información suministrada a la actora al momento de materializarse el traslado de régimen, sin que tampoco se hubiere logrado confesión de la accionante a favor de su contraparte, por lo que debía declararse la ineficacia del traslado de régimen, sin que se pudiera afirmar que por los traslados horizontales que hizo la actora, se hubiere convalidado la afiliación primigenia.

RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

El recurso fue interpuesto por Colpensiones, Colfondos S.A., y Porvenir S.A., siendo los argumentos de la alzada los siguientes:

Colpensiones, recurrió la decisión al considerar que la afiliación realizada por la actora cumplió con los requisitos de validez porque fue realizada de manera libre, voluntaria y sin presiones, según la normatividad vigente. Agrega que Colpensiones no participó en dicho traslado por lo que era un tercero afectado por hechos atribuibles a la AFP del RAIS. Asegura que en este caso, no se cumplía con los requisitos para autorizar el traslado de la accionante al no ser beneficiaria del régimen de transición y estaba a menos de 10 años de la edad mínima pensional y refiere que la demandante tenía un interés económico al ver sus expectativas fallidas lo que implicaba que la acción a incoar era la de resarcimiento de perjuicios y no la ineficacia.

De otro lado, consideró que Colpensiones al tener que asumir la prestación de un nuevo afiliado, se debía de disponer a título de sanción, que Colfondos S.A. hiciera el pago de un cálculo actuarial equivalente al

monto total de las mesadas pensionales a pagar, bajo los parametros de prima media y segun la expectativa de vida del afiliado y beneficiarios.

Colfondos S.A. Recurrió la decisión frente a la orden de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, arguyendo que estos habían sido descontados por orden legal y no por capricho; que dada la destinación de estos recursos no era posible su devolución y que, en el caso de los seguros previsionales estos habían amparado a la actora durante todo el tiempo de los riesgos de invalidez y muerte y que los gastos de administración habían sido necesarios para la realización de inversiones que fueron los que generaron rendimientos en la cuenta individual del actor y respondía a la buena gestión de la AFP, siendo suficiente la remisión de los rendimientos por lo que consideraba que con lo ordenado se generaba un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, sin que fuera apropiado ordenar la indexación de dichos recursos porque los compensaban los rendimientos obtenidos. Finalmente, advierte que durante el proceso no se había establecido la posibilidad de retornar esos emolumentos porque esos pagos se hicieron a terceros que no estaban vinculados al proceso y ordenar su reintegro, era violar el derecho de defensa.

Porvenir S.A., recurre la decisión de declarar la ineficacia del traslado al considerar que se había acreditado el cumplimiento del deber de información por esa AFP, para la época en que ocurrieron los hechos, pues la obligación gravitaba en la suscripción del formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones, sin que los requisitos ahora impuestos puedan tener efecto retroactivo. Agrega, que con los traslados horizontales realizados acreditaban la suficiente asesoría a la actora, sin que pudiera esta alegar su propia culpa porque debió hacer lectura de los formularios. Señala, que la demandante realizó actos de relacionamiento que daban cuenta de la intención inequívoca que esta tenía en querer pertenecer al RAIS, siendo ellos el querer recibir mejores rendimientos y beneficios, por lo que además, su motivación fue por razones económicas.

De otro lado, recriminó la orden de trasladar los gastos de administración y demás, al responder a un mandato legal y afirma que con ello, se generaron rendimientos por la buena gestión de la AFP, por lo que considera un enriquecimiento sin causa el trasladar dichos dineros a Colpensiones.

Finalmente, manifestó su desacuerdo con la condena en costas al considerar que las resultas lo son en virtud a una línea jurisprudencial y dicha demandada siempre actuó de buena fe

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

Conforme al anterior panorama, la Sala se ceñirá a los fundamentos del recurso de apelación, según lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, por lo que el problema jurídico a resolver se enmarca en establecer si la jueza a quo, se equivocó al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional. De acuerdo a ello, determinar si había lugar a ordenar a las AFP's demandadas, el traslado, con cargo a sus propios recursos, del valor de 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. Además, se deberán analizar las demás órdenes impartidas en la sentencia y revisar la sentencia en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en aquellos aspectos en que no fue recurrida.

Como aspectos por fuera de debate se encuentran los siguientes: **i)** *Dora Ruby Bolaños Alvarez nació el 09-09-1966 (archivo 04, pág. 1); ii) El 19 de mayo de 1995 la actora se trasladó de régimen desde el ISS hacia Colfondos S.A (archivo 21, pag. 25); iii) El 31 de enero de 1997 se trasladó*

*desde Colfondos hacia Colmena Hoy Protección S.A (archivo 22, pág. 42); **iv**) el **6 de julio de 2006** se trasladó desde Santander hacia Horizonte hoy Porvenir S.A (Archivo 8, pág. 52); **v**) El **29 de septiembre de 2008** se trasladó desde Horizonte hacia Porvenir S.A.; **vi**) El **7 de marzo de 2012** se trasladó desde Porvenir hacia Horizonte hoy Porvenir; **vii**) El **26 de noviembre de 2012** se trasladó desde Horizonte a Porvenir S.A (archivo 8, pág. 53); **viii**) El **28 de mayo de 2013** suscribió formulario de vinculación a Horizonte hoy Porvenir S.A (archivo 8, pág. 56); **ix**) De la historia laboral expedida por Colpensiones se advierte que la actora se afilió allí el 29 de febrero de 1996, realizando cotizaciones hasta mayo de 1995, con un total de 76,8 semanas (archivo 10, pág. 101)*

Para resolver el problema jurídico planteado, resulta oportuno traer a colación los fundamentos normativos y jurisprudenciales aplicables.

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 con la que la parte demandante hizo traslado de régimen, 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 actora se iba va a trasladar.

Para auscultar si se cumplió con el propósito de la alzada, se escuchó en interrogatorio a Dory Ruby Bolaños Alvarez, quien informó encontrarse actualmente vinculada con la Fiscalía General de la Nación, sin estar pensionada. En su intervención, aseguró que se sintió engañada por los Fondos privados porque le hicieron promesas no cumplidas; relató que de manera grupal el asesor de Colfondos solo indicó sobre los beneficios que tendría si se trasladaba tales como el poderse retirar en cualquier tiempo negociando el bono pensional; que sus hijos heredarían dicho bono sin importar la edad en caso de ella fallecer; que el ISS se acabaría y con el fondo privado tendría alta rentabilidad y por tanto alta mesada. De otro lado, negó haber recibido información adicional sobre características, riesgos y demás. Frente a los traslados horizontales dijo que lo fueron por la rentabilidad sin recibir información diferente; que el formulario lo firmó de manera libre y voluntaria y que no hizo uso del derecho de retracto por el desconocimiento que tenía de ello.

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, Colfondos 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 **1995**, es factible pregonar sin vacilación que a la

AFP con que se hizo el traslado de régimen 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 la parte demandante permaneció en el RAIS, los traslados horizontales que hizo entre las AFP del 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 de pertenecer al RAIS* por el hecho de permanecer allí por varios años o por los traslados horizontales que hizo al interior del 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,

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 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 como servidora pública a la Fiscalía 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.

Con todo, se deberá confirmar la ineficacia declarada por la *a quo* al no tener vocación de prosperidad los argumentos planteados por los recurrentes. Sin embargo, se adicionará la decisión en el ordinal primero para dejar sin efectos los traslados horizontales realizados por la parte actora.

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen

Frente al reproche de las AFP recurrentes 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

² CSJ Sentencia SL1688-2019

propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.»

Lo anterior implica que además de ser trasladado a Colpensiones los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual de la actora, esto es, por concepto de aportes y rendimientos se hubieren producido, también se deben retornar todos los valores cobrados por cada AFP donde estuvo afiliado(a) la accionante, que fueron 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.

Además, es de precisar 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 tales 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)".

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, sin bien los argumentos expuestos por las AFP recurrentes no tienen vocación de prosperidad frente a los emolumentos a trasladar a Colpensiones, para otorgar mayor claridad, se modificará la decisión para indicar respecto de qué interregnos deben hacer las devoluciones dada AFP en particular, en virtud de los traslados horizontales que se presentaron y la fusión o cesión que se dio respecto de varios fondos de pensiones.

Consulta de la sentencia en los aspectos no recurridos

Con relación al bono pensional, comoquiera que obra en el proceso que la actora estaba vinculada al ISS hoy Colpensiones al momento de traslado, momento para el cual contaba con 76.86 semanas (archivo 1, pág. 101), se entiende que, al no contar con el mínimo de las 150 semanas, en tal sentido no se generaría bono pensional, razón por la cual no se dispondrán órdenes en este aspecto.

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. Sin embargo, al no haber sido Porvenir S.A. quien dio lugar a la acción, pues la omisión de información solo fue atribuible a Colfondos S.A., ello implica que sea procedente relevar de la imposición de costas a Porvenir S.A., por lo que se modificará parcialmente lo dispuesto en el ordinal octavo de la sentencia, excluyendo a Porvenir S.A. de dicha condena. En lo demás, se mantendrá incólume lo allí dispuesto.

Conclusión

Del análisis integral de los medios de prueba, se puede afirmar que la sentencia de primera instancia deberá ser modificada y adicionada en los ordinales primero al quinto de una parte, para adicionar la decisión dejando sin efectos los traslados realizados por el actor al interior del RAIS como se anunció antedadamente. Y, de otro lado, se modificarán las órdenes impartidas a los diferentes fondos de pensiones para otorgar mayor claridad a lo dispuesto frente a cada uno de ellos y frente a qué tiempos.

De otro lado, al no prosperar en su integridad los recursos invocados por las demandadas Colfondos y Colpensiones, en esta sede, se les condenará en costas a favor de la parte accionante. En cuanto a Porvenir S.A. al haber prosperado parcialmente el recurso, 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 y ADICIONAR los ordinales primero, segundo, tercero, cuarto y quinto de la parte resolutive de la sentencia proferida el 22 de agosto de 2023, por el juzgado segundo laboral del circuito de Pereira, los cuales quedarán así:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la Sra. **DORA RUBY BOLAÑOS ÁLVAREZ** desde el RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones hacia el RAIS realizado el **19 de mayo de 1995** a través de la AFP Colfondos S.A. Así mismo, se dejan sin efectos todos los traslados horizontales realizados por la Sra. Bolaños Álvarez al interior del RAIS, así: El **31 de enero de 1997** a través de Colmena (antes ING hoy Protección S.A); el **6 de julio de 2006** a través de Horizonte (hoy Porvenir S.A); el **29 de septiembre de 2008** a través de Porvenir S.A.; el **7 de marzo de 2012** a través de Horizonte (hoy Porvenir S.A); el **26 de noviembre de 2012** a través de Porvenir S.A y el **28 de mayo de 2013** a través de Horizonte hoy Porvenir S.A.

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 **Dora Ruby Bolaños Álvarez** con sus respectivos rendimientos financieros con destino a Colpensiones.

Así mismo, deberá restituir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, con cargo a sus propios recursos, lo efectivamente descontado por gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas de dinero que corresponden al tiempo en que la demandante ha permanecido vinculada afiliada a Porvenir S.A., incluido el tiempo en que estuvo afiliada a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.

TERCERO: CONDENAR a la **AFP COLFONDOS S.A.**, a restituir a **COLPENSIONES**, con cargo a sus propios recursos, lo efectivamente descontado por gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas de dinero que corresponden al tiempo en que la demandante estuvo allí vinculada.

CUARTO: CONDENAR a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, a restituir a **COLPENSIONES**, con cargo a sus propios recursos, lo efectivamente descontado por gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas de dinero que corresponden al tiempo en que la demandante permaneció vinculada a dicha AFP a través de Colmena e ING.

QUINTO. ORDENAR a las AFP COLFONDOS, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. que entreguen a COLPENSIONES debidamente **indexadas** las sumas a restituir por gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, referidas en los ordinales segundo, tercero y cuarto.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal octavo de la parte resolutive de la sentencia para excluir a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** de la condena en costas de primera instancia, por lo expuesto en la parte motiva. Frente a los demás demandados, la decisión se mantiene incólume.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida y consultada en todo lo demás.

CUARTO. COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.** a favor de la parte demandante. Sin costas respecto de los demás.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Quienes conforman la Sala,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada
Aclaro voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Aclaro voto
Magistrado

Firmado Por:

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

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Aclaración De Voto

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Aclaración De Voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6c6b9f30aa319dd580336e6b42d1811a858d9d5a64e3acc514a3dafba38aa63f**

Documento generado en 18/01/2024 01:53:50 PM

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