

Proceso: Ordinario Laboral
Radicado: 66001310500520220003701
Demandante: Teresa Giraldo Orozco
Demandado: Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto: Apelación y consulta Sentencia del **18 de septiembre de 2023**
Juzgado: Quinto Laboral del Circuito
Tema: Ineficacia

TRIBUNAL SUPERIOR – SALA DE DECISIÓN LABORAL
DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA



Magistrado Ponente
GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

Pereira, veintiséis (26) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Aprobado por Acta No. 26 del 20-02-2024

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 Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **TERESA GIRALDO OROZCO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** como vinculado, cuya radicación corresponde al **66001310500520220003701**.

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. 30

ANTECEDENTES

1.- Pretensiones.

TERESA GIRALDO OROZCO pretende que se declare ineficaz el traslado que hizo desde el régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad realizado a través de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** antes **HORIZONTE**. En consecuencia, aspira a que se le ordene a esta última, a

que gire el total del monto de su cuenta de ahorro individual a favor de Colpensiones, así como la devolución de las cuotas de administración y rentabilidad generada por las cotizaciones realizadas por la parte actora. Además, solicita que se ordene a Colpensiones que la tenga como su afiliada y se condene en costas a los demandados.

2.- **Hechos.**

En síntesis, relata la accionante que desde el 02 de junio de 1989 comenzó a realizar aportes en CAJANAL y que el 31 de enero de 2001 firmó el formulario de afiliación al RAIS administrado por HORIZONTE. No obstante, el asesor de fondo no le brindó la asesoría legal que se requería para tomar esa decisión, omitió dar información plena, clara, seria y oportuna sobre las ventajas y desventajas del traslado. Posteriormente, el 05 de octubre de 2016 diligenció el formulario para retornar a COLPENSIONES, sin embargo, el mismo fue negado debido a su edad.

3.- **Posición de las demandadas.**

Colpensiones, se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que el traslado de la actora es válido por ser producto de una decisión libre, voluntaria, espontánea y sin presiones, encontrándose ajustado a derecho, ya que no se trasgredió el derecho de escogencia. Aunado a ello, la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal para retornar al RPM. Excepciona: *falta de causa para demandar, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineeficacia de traslado de régimen, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción y la innominada o genérica.* (archivo 11).

Porvenir S.A., se opuso a lo pretendido arguyendo que cumplió con el deber de informar al dotar a la demandante de la información necesaria para trasladarse de régimen. Agregó que no se demostró un vicio en el consentimiento y en el caso hipotético de existir, ya se encuentra subsanado por el paso del tiempo. Excepciona: *validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la eventual nulidad relativa, aplicación del artículo 1746 del código civil en relación con los rendimientos financieros, gastos de comisión y primas de seguro, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.* (archivo 12).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante decisión del 18 de septiembre de 2023, la Jueza Quinta Laboral Del Circuito de Pereira dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR la ineeficacia del traslado de régimen que TERESA GIRALDO OROZCO efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante solicitud del 31 de enero de 2001 efectivo a partir del 1 de marzo del mismo año, a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., que proceda a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la señora TERESA GIRALDO OROZCO, de igual forma, deberá restituir a COLPENSIONES, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los 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 en el RAIS.

TERCERO: COMUNICAR a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y/o entidad que hubiese efectuado el pago, la presente decisión, para que, si es del caso, mediante trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 28 de febrero de 2001 día anterior a la efectividad del traslado, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se hubiese generado en favor de la señora TERESA GIRALDO OROZCO y que tuvo como fecha de redención normal el 13 de abril de 2023, aplicando con ello lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016.

CUARTO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., que, en caso de haberse efectuado la redención del bono, proceda a restituir la suma pagada por ese concepto a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y/o a la entidad que hubiese efectuado el pago, monto que deberá ser indexado con cargo a sus propios recursos

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, que acepte el retorno de TERESA GIRALDO OROZCO, sin solución de continuidad, desde el momento en que se afilió al régimen que administra.

SEXTO: DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por las codemandadas, conforme las consideraciones esbozadas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A., en un 100% a favor de la parte actora. Por secretaría liquídense. Sin costas respecto de COLPENSIONES”.

Para arribar a tal decisión, la A quo trajo a colación la línea jurisprudencial relativa a la ineeficacia, la calidad de la información que debía ser suministrada al momento del traslado y lo relativo a la carga de la prueba que le competía asumir a la AFP demandada. Frente al caso concreto, concluyó que la AFP no aportó los medios probatorios suficientes para acreditar que cumplió con el deber de información, según lo lineado por la jurisprudencia, sin que fuera suficiente el formulario de afiliación, las certificaciones de afiliación y de los aportes que hizo porque ninguno de esos documentos demostraban el tipo de información que le fue dada a la parte demandante al momento del traslado, como tampoco se había logrado obtener confesión de la actora al momento de rendir su interrogatorio. De esa manera coligió que había de declararse la ineeficacia del acto jurídico de traslado a falta del deber de información, aspecto que no quedó desmeritado

por situaciones de las que se pudieran desprender los actos de relacionamiento a los que hicieron mención las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Porvenir S.A. y Colpensiones, presentaron recurso de apelación, siendo los argumentos de la alzada los siguientes:

Colpensiones manifestó que difiere con la declaración de ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la actora persigue un interés económico, no hizo uso del derecho al retracto ni se preocupó por obtener reasesoría para evaluar si le convenía o no continuar afiliada al RAIS. Agregó que la orden obliga a Colpensiones a resarcir un daño que no causó en detrimento del principio de sostenibilidad financiera. Por último, advirtió que la permanencia de la afiliada por tanto años al RAIS configuró actos de relacionamiento y ratificó su deseo de seguir aportando a Porvenir.

Porvenir S.A. señaló que la demandante firmó el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones, por ende el traslado es válido y no adolece de vicios en el consentimiento. Agregó que no es posible retornar los gastos de administración y demás emolumentos en las condenas impuestas en la sentencia porque desconoce los postulados de la Corte Constitucional y el principio de las restituciones mutuas, máxime cuando son descuentos autorizados por ley que surgen como una retribución a la buena administración del fondo. Finalmente, solicitó que se revoque la condena en costas argumentando que Porvenir actuó conforme a la norma vigente y 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 se enmarca en establecer si la jueza de primer orden, se equivocó al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional. De acuerdo a ello, se deberá determinar qué emolumentos se debieron ordenar a la AFP demandada, su traslado hacia Colpensiones y si había lugar a disponer la indexación. 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)** *Teresa Giraldo Orozco nació el 13-04-1971 (archivo 04, pág. 1); ii) Desde el 02-06-1989 hasta el 29-05-1997 realizó aportes a CAJANAL (archivo 4, pág. 25) iii) El 31-01-2001 se trasladó desde el ISS hacia Horizonte hoy Porvenir S.A. (Archivo 20, pág. 2); iv) Reporta la historia laboral de la accionante la existencia de un bono pensional, por las 417 semanas cotizadas con fecha de redención del 11-11-2022. (archivo 12, pág. 58).*

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

Afiliaciones a la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL

Por disposición normativa el Instituto de Seguros Sociales era el que administraba el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero también, era administrado por las diferentes cajas de previsión de orden nacional, departamental o municipal, generando un sistema pensional difuso y desorganizado, lo cual se terminó con la creación de la Ley 100 de 1993, que unificó la administración del sistema.

Considerando lo anterior, previo a la expedición de la Ley 100 de 1993, CAJANAL tenía la facultad de administrar el régimen de prima media, lo

implica que cuando un afiliado había efectuado cotizaciones a esa Caja se considera que la vigencia de su afiliación lo fue al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, por ende, la migración al Régimen de Ahorro Individual se traduce en un verdadero traslado de régimen pensional.

Así se lo explicó la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL4334-2021, SL4175-2021 y, recientemente, en la SL3031-2022. En esta última puntualizó:

“Pues bien, inicialmente debe destacarse que las Leyes 6^a de 1945 y 90 de 1946 crearon la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal- y el Instituto de Seguros Sociales, respectivamente. La primera normativa propició además la creación de un centenar de cajas de previsión a nivel territorial en los distintos departamentos, intendencias y municipios del país que no tuvieran organizadas instituciones de ese tipo (artículo 23).

Ello ocasionó que el sistema pensional fuera difuso, diverso y desorganizado, aunado a la gobernanza de distintos regímenes pensionales en los sectores de trabajo. En todo caso, las reglas pensionales, en términos generales, seguían el sistema de seguro social, característico de un esquema de prestación definida en proporción a la contribución del afiliado -prima media-, por lo que podía advertirse un sistema difuso administrado por el ISS y las diversas cajas o entes de previsión social.

La Ley 100 de 1993 pretendió unificar la administración del sistema y por ello dispuso que la cobertura progresiva de las contingencias de la seguridad social se administraría, por regla general, a través de dos regímenes pensionales, el de prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad.

Ahora, si bien el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 consagró que la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida recaía en el ISS, lo cierto es que con el fin de resguardar las expectativas pensionales de las personas vinculadas a las múltiples cajas, fondos o entidades de previsión, se les autorizó para continuar con la administración de dicho régimen «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley».

Así las cosas, no cabe duda de que se trata de un traslado de régimen pensional aquél efectuado por la demandante del RPM administrado por CAJANAL al RAIS administrado por Porvenir, por consiguiente, cabe analizar el caso bajo la figura de la ineficacia de traslado de régimen pensional con las implicaciones que ello acarrea.

Ineficacia del traslado de Régimen

Para iniciar, es de advertir que, cuando se pretende por vía judicial la ineeficacia 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 firmó ningún formulario de traslado 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 Teresa Giraldo Orozco** quien refirió que es psicóloga en la Comisaría de Familia y que inicialmente laboraba en Bienestar Familiar y realizaba aportes a CAJANAL hasta el año de 1998. Luego, para la época del traslado en 2001, trabajaba en la Alcaldía de Cartago donde el jefe de Talento Humano citó a varios trabajadores en la oficina y les informaron que debía cambiar de régimen pensional para afiliarse a un fondo privado aduciendo mayores y mejores beneficios. Posteriormente, todos firmaron el formulario de afiliación sin recibir más asesoría. Agregó que no acudió al fondo privado para solicitar la reasesoría porque siempre pensó que el RAIS era lo mejor para sus intereses. Finalmente, afirmó que desea retornar a COLPENSIONES porque la mesada es más alta y cercana a lo que devenga en la actualidad.

De dicho instrumento de prueba se advierte que no se encontraron manifestaciones que, conjunta o individualmente, puedan calificarse como

una confesión de haber recibido la información a que estaba obligada la AFP en la antesala del traslado de régimen pensional, lo que implica que, el fondo solo demostró que el formulario se suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones, pero no que cumplió con el deber de información.

Y es que, al analizar el caudal probatorio bajo los parámetros ya traídos a colación, se tiene que no existen elementos que permitan concluir que, durante el traslado de la parte actora, Porvenir S.A. 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 debió observar la AFP durante el traslado de la parte accionante eran las contenidas en las normas del sistema vigente a esa época. De modo que, al ser la solicitud del año **2001**, 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

En este caso, no se puede pretender que se tenga como ratificación el tiempo en que la parte 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 RPM con PD, antes de encontrarse inmersa en la prohibición de cambiarse de régimen, es decir cuando faltaren menos de 10 años para acceder a la edad pensional, pues lo que se evidencia aquí es la falta de acompañamiento, y aún, ante el supuesto que esta tuviera presente dicha disposición, debe tenerse en cuenta que la falta de asesoramiento de la que fue objeto, no le permitía distinguir 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 de la afiliada 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 ineeficacia 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. A propósito, es del caso traer a colación la sentencia SL1055-2022 (2-03-2022)¹, que en lo pertinente recalcó:

“... si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.

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

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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 ineffectuado, 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 ineffectuado, 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 ineffectuado 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 ineffectuado². 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, según lo advirtió al momento de rendir interrogatorio.

Conforme a lo expuesto, la ineffectuado 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 ineffectuado del primigenio que retrotrae las cosas al estado original.

Con todo, se deberá confirmar la ineffectuado declarada por la *a quo* al no tener vocación de prosperidad los argumentos planteados por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

² CSJ Sentencia SL1688-2019

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen

Frente al reproche de la AFP recurrente 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 lo dispone el artículo 1746 del C.C., incluidos los gastos de administración, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre otras, en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora, 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 además de ser trasladado a Colpensiones los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, 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 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)".

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 dirige 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.

Con todo, suficiente lo anterior para confirmar la sentencia de primera instancia, en torno a la declaratoria de la ineeficacia y los emolumentos a transferir a Colpensiones como consecuencia directa de declaratoria, pues los argumentos expuestos por los recurrentes no tienen vocación de prosperidad.

Consulta de la sentencia en los aspectos no recurridos

Con relación al bono pensional, comoquiera que la actora realizó cotizaciones a CAJANAL y reporta en su historia laboral la existencia de este instrumento, por las 417 semanas (archivo 12, pág. 58), de suyo se entiende que tiene a su favor el derecho al bono pensional que pudo haberse emitido, liquidado y pagado a la cuenta de ahorro individual, lo que implica que las órdenes dispuestas en el numeral Tercero y Cuarto de la sentencia de primera instancia relativas a comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y/o a las entidades que hubiese efectuado el pago, debe ser modificada para ordenar comunicar a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP y/o a la entidad correspondiente, para que en un trámite interno proceda a ejecutar todas las acciones necesarias para dejar

las cosas en el estado en el que se encontraban antes del traslado, en virtud de lo dispuesto en el literal b) del artículo 115 de la Ley 100 de 1993 y las demás que sean aplicables.

En caso de haberse efectuado la redención del bono, Porvenir S.A. deberá restituir la suma pagada por ese concepto a favor de la UGPP y/o a la entidad que hubiese efectuado el pago, monto que deberá ser indexado con cargo a sus propios recursos.

Condena en costas

Finalmente, frente al reproche sobre la imposición de costas procesales en primera instancia a cargo de PORVENIR S.A., debe advertirse que son consecuencia de las resultas del proceso donde la parte que resulta vencida procede la imposición de costas, al tenor del artículo 365 del C.G.P. Ello implica, que no tienen asidero los argumentos esbozados por la AFP consistentes en que cumplieron con la ley y que actuaron de buena fe, lo cual no se constituye como una excepción para exoneración de la condena impuesta. Por ende, no hay lugar a revocar la impuesta en primera instancia.

Conclusión

Del análisis integral de los medios de prueba, se puede afirmar que la sentencia de primera instancia será confirmada en su integridad al no prosperar los recursos invocados por las demandadas, razón por la cual, en esta sede, se les condenará en costas a favor de la parte accionante.

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 Tercero y Cuarto la sentencia en el sentido de indicar que la orden de comunicar la decisión debe ser destinada a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP y/o a la entidad correspondiente.

SEGUNDO: CONFIRMAR en su integridad, la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira del 18 de septiembre de 2023.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Quienes integran la Sala,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada
Aclaró voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado
Aclaró voto

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **be9af289b22078f7dabec8903c59b6ae1b8063f1f44da13fd966989d91c0f279**

Documento generado en 26/02/2024 11:35:57 AM

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