

Proceso: Ordinario Laboral
Radicado: 66001310500520220017501
Demandante: Orlando Londoño Marín
Demandado: Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.
Asunto: Apelación y consulta Sentencia del **16 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, dieciocho (18) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Aprobado por Acta No. 39 (12/03/2024)

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 **ORLANDO LONDOÑO MARÍN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**, cuya radicación corresponde al **66001310500520220017501**.

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. 40

ANTECEDENTES

1.- Pretensiones.

ORLANDO LONDOÑO MARÍN 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 AFP PORVENIR S.A. y posteriormente a COLFONDOS S.A. 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 lo tenga como su afiliada y se condene en costas a los demandados.

2.- Hechos.

En síntesis, relata el accionante que nació el 07 de septiembre de 1964, que desde el 21 de noviembre de 1987 se afilió al Régimen de Prima Media donde alcanzó a cotizar un total de 552,14 semanas hasta la fecha en que comenzó a laborar con la empresa AJOVER S.A.S. y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir S.A. en el mes de septiembre de 1995, junto con otros compañeros de trabajo. Comenta que posteriormente se cambió a Colfondos S.A. desde el mes de octubre de 1999; sin embargo, ninguno de los asesores de los fondos le explicaron con suficiencia las desventajas de trasladarse de régimen. Finalmente, en el mes de agosto de 2002 regresó como afiliado a Porvenir S.A. sin que mediara asesoría completa y comparativa entre los fondos del RAIS y el RPM. Aseguró que debido al incumplimiento al deber de información solicitó el retorno al RPM administrado por Colpensiones, pero el 08 de septiembre de 2021 la Administradora negó la solicitud argumentando que estaba próximo a cumplir la edad pensional.

3.- Posición de las demandadas.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que la vinculación efectuada por el actor al Régimen de Ahorro Individual goza de plena validez y se realizó en cumplimiento del derecho que le asiste a los afiliados de libertad de escogencia. Excepciona: *validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, invalidez del retorno al régimen de prima media con prestación definida, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones -art. 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, no procede la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante se trate de una persona que ya se encuentre pensionada en el régimen de ahorro individual en cualquiera de sus modalidades, aceptación implícita de la voluntad del afiliado, saneamiento de una presunta nulidad, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas, genérica y declaratoria de otras excepciones.* (archivo 11).

Colfondos S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que el actor solicitó y realizó el traslado de régimen de forma libre por medio del formulario de afiliación, en el cual dejó claro su consentimiento y aceptación de ser vinculado del fondo privado. Adicionalmente, aseguró que para el momento del cambio de régimen, se brindó una asesoría de manera integral y completa sobre el régimen general de pensiones, explicando las ventajas y desventajas del traslado. Como excepciones propuso: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de la afiliación, compensación y pago.* (archivo 12)

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que el demandante suscribió formulario de solicitud de vinculación al fondo, luego de recibir una información amplia y suficiente acerca de las características propias del RAIS, sus diferencias frente al RPM y las consecuencias derivadas del traslado. Advirtió que para la época del traslado las AFP no tenían obligación legal de llevar a cabo proyecciones financieras de la mesada pensional de sus potenciales afiliados. Como excepciones propuso: *validez y eficacia de la afiliación a Porvenir y a Horizonte e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la eventual nulidad relativa, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.* (archivo13)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante decisión del 16 de noviembre de 2023, la Jueza Quinta Laboral Del Circuito de Pereira dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen que ORLANDO LONDOÑO MARÍN efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante solicitud del 29 de septiembre de 1995, efectivo a partir del 1 de octubre del mismo año, a través de la AFP PORVENIR S.A., y con ello los traslados entre administradoras efectuados a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 16/09/1998, con efectividad 01/11/1998, a COLFONDOS S.A. el 18/08/1999, con efectividad 01/10/1999 y PORVENIR S.A. el 28/06/2002 con efectividad 01/08/2002, 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, los aportes depositados juntos con los rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual de ORLANDO LONDOÑO MARÍN, valores que deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., que procedan a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES el valor de las comisiones, gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales que descontó, debidamente indexados y con cargo a su patrimonio, valores que deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, por el período en que el señor ORLANDO LONDOÑO MARÍN estuvo afiliado a dichos fondos, así: 1. Porvenir S.A. del 1 de octubre de 1995 al 31 de octubre de 1998 2. Colpatria hoy Porvenir S.A. del 1 de noviembre de 1998 al 30 de septiembre de 1999 3. Colfondos S.A. del 1 de octubre de 1999 al 31 de julio de 2002 4. Porvenir S.A. del 1 de agosto de 2002 a la fecha CUARTO: COMUNICAR a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, 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 30 de septiembre 1995, 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 del señor ORLANDO LONDOÑO MARÍN y que tiene como fecha de redención normal el 7 de septiembre de 2026, 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. QUINTO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A, que, en caso de haberse efectuado la redención anticipada del bono pensional, 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. SEXTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, que acepte el retorno de ORLANDO LONDOÑO MARÍN, sin solución de continuidad, desde el momento en que se afilió al régimen que administra. SÉPTIMO: DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por las codemandadas, conforme las consideraciones esbozadas. OCTAVO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A, en un 100% a favor de la parte actora. Por secretaría líquídense. Sin costas respecto de COLPENSIONES.”

Para arribar a tal decisión, la A quo trajo a colación la línea jurisprudencial relativa a la ineficacia, 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 ineficacia 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

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

Colpensiones manifestó que el demandante persigue un interés meramente económico porque permaneció por más de 20 años en el RAIS y lo procedente era adelantar un proceso de resarcimiento de perjuicios y que la declaratoria de ineficacia atenta contra la sostenibilidad financiera del régimen, pues se le impone a Colpensiones la carga de resarcir un daño que no causó y se dio en consecuencia de la decisión de un afiliado que no se preocupó por retornar al Régimen de Prima Media cuando tenía la posibilidad. Indicó que el actor perfeccionó actos de relacionamiento y que debe ser revocada la sentencia de primera instancia.

Porvenir S.A. advirtió que en el plenario quedó acreditado el cumplimiento del deber de asesoría básico y necesario por parte del fondo en el año 1995, teniendo en cuenta que para la fecha la exigencia era la asesoría y diligenciamiento del formulario de afiliación, sin que existiera obligación de dejar constancia escrita de las asesorías o realizar proyecciones de las futuras mesadas pensionales. Agregó que el formulario de afiliación es la prueba de que el actor se cambió de régimen de forma libre, voluntaria y sin presiones, que el cambio horizontal y la permanencia del demandante en el RAIS constituye un acto de relacionamiento que demuestra su intención de permanecer en el Régimen de Ahorro. Advirtió que el motivo real del actor es beneficiarse de su propia culpa y por obtener una mesada pensional más alta en el RPM. Finalmente, insistió que en caso de confirmar la ineficacia, debe ser revocada las órdenes de devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás emolumentos diferentes al capital que se encuentra en la cuenta de ahorro del actor, puesto que, dichas deducciones se efectuaron por expresa autorización legal.

Colfondos S.A. comentó que el fondo siempre ha salvaguardado el derecho a la información de los afiliados brindando una asesoría de fondo, clara y pertinente sobre las características de ambos regímenes pensionales conforme a las disposiciones de la Ley. Además, garantizó el derecho al

retracto del actor, sin que hiciera uso de ello; por ende, se entiende que el actor realizó el cambio de fondo de forma libre y voluntaria. Agregó que la norma expresamente indicó que en caso de nulidad del traslado, solo es viable trasladar el capital ahorrado y cualquier otra suma diferentes no es procedente devolverla a Colpensiones; por lo que, debe revocarse la orden de la juez sobre retornar los gastos de administración, las primas provisionales y de seguro.

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)** *Orlando Londoño Marín nació el 07-09-1964 (archivo 03, pág. 1); ii) El 29-*

09-1995 se trasladó desde Colpensiones hacia Porvenir S.A., luego se cambió a Colpatria hoy Porvenir el **16-09-1998**, posteriormente se afilió a Colfondos el **18-08-1999** y finalmente, retornó a Porvenir el **28-06-2002** (archivo13, pág. 94). **Iii)** Reporta la historia laboral del accionante la existencia de un bono pensional, por las 552,42 semanas cotizadas con fecha de redención del **07-09-2026**. (archivo 13, pág. 91).

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 el actor signó el formulario del traslado que aceptó haberlo realizado de manera “*libre, voluntaria y sin presiones*”, de ello no se puede deducir que hubo un consentimiento o una decisión de cambio de régimen debida y suficientemente informada cuando justamente a ese momento se careció del conocimiento necesario acerca de las características, ventajas, desventajas, condiciones económicas y del mercado, del funcionamiento diferenciado de los sistemas pensionales y de las consecuencias que podría acarrear su decisión. Se debe tener en cuenta que era deber de la AFP realizar un proyecto pensional en donde se informara sobre las posibilidades de contar con un *quantum* ajustado a las expectativas en el régimen al cual el actor se iba va a trasladar.

Para auscultar si se cumplió con el propósito de la alzada, se escuchó en **interrogatorio a Orlando Londoño Marín** quien refirió ser tecnólogo eléctrico, actualmente labora como gerente general de una compañía y no se ha pensionado. Explicó que para la época del traslado de régimen laboraba para AJOVER S.A., reunieron a un grupo de trabajadores y una

representante de Porvenir S.A. llamada "Lacely", les informó que los fondos privados eran una mejor opción para realizar los aportes porque se podían pensionar anticipadamente, podrían tener préstamos, adquirir otros beneficios para vivienda y firmaron unos documentos para transferir el bono pensional. Agregó que no le informaron sobre los requisitos para pensionarse en el RAIS o el RPM, pues solo hablaron de los beneficios en la declaración de renta deducibles de impuestos y sobre los créditos. Respecto de la afiliación a Colfondos mencionó que no le explicaron que se trataba de una cuenta de ahorro individual donde se hacían aportes, sino que era una inversión para generar rendimientos aumentando el capital y así entendía los extractos que le llegaban mes a mes. Finalmente, aceptó que su intención es retornar a Colpensiones porque es más favorable por el valor de la mesada y porque las inversiones realizadas por el fondo privado han generado disminución en el bono pensional.

En el testimonio de **Bernanrd Ledermann** señaló que conoció al demandante cuando ambos laboraban en la empresa AJOVER S.A. en julio o junio de 1995, que estuvo presente en la reunión que hizo el fondo privado para la época del traslado de régimen y recuerda que un asesor de Porvenir se presentó, repartió formularios para cambio de régimen y no hicieron ninguna especificación especial, pues lo único que informaron que era mejor un fondo privado porque el ISS se iba a acabar. Posteriormente, varios trabajadores firmaron los formularios y se cambiaron al fondo privado.

De dichos instrumentos 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 a **Colfondos S.A. y a Porvenir S.A.**, hubieren cumplido con el deber de información que les 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 acompaña 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 **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

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 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 el 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 el actor 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 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”.

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

En cuanto a la acción a emprender, es de recalcar, que la Sala de Casación Laboral ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia². Sin embargo, dicho criterio es aplicable solo para el caso de afiliados, pues, tratándose de pensionados, la alta Corporación ha definido, en sentencia (SL 373/2021), que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer. Dicha situación aquí no ocurre, por cuanto el demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionado, según lo advirtió al momento de rendir interrogatorio.

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 administradoras demandadas.

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen

Frente al reproche de las 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 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

² CSJ Sentencia SL1688-2019

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 el 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 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.

Con todo, suficiente lo anterior para confirmar la sentencia de primera instancia, en torno a la declaratoria de la ineficacia 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 el demandante reporta en su historia laboral la existencia de este instrumento, por las 552,42 semanas cotizadas en el régimen de prima media con prestación definida (archivo 13, pág. 91), de suyo se entiende que la fecha estimada de redención normal de dicho instrumento sería el **07-09-2026**, lo que implica que las órdenes dispuestas en la sentencia relativas a comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la concerniente a que de haberse pagado dicho instrumento a favor de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, la AFP Porvenir S.A. debía restituir la suma que hubiese sido pagada por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente actualizada a valor presente, ésta última con los recursos propios de dicha AFP, deberán ser confirmadas por esta instancia.

Conclusión

Del análisis integral de los medios de prueba, se puede afirmar que la sentencia de primera instancia deberá ser 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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira del 16 de noviembre de 2023.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones, Colfondos S.A. 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
Aclaro voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado
Aclaro 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: **7a2a6ab9c7075be392004d425a6619fe13a0ac346fb8fddc0d709c51709575c7**

Documento generado en 15/03/2024 01:12:33 p. m.

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>