

Proceso: Ordinario Laboral
Radicado: 66001310500220220004601
Demandante: Luis Alfonso Arcila Vargas
Demandado: AFP Porvenir - Colpensiones.
Asunto: Apelación y consulta Sentencia del 16-01-2024
Juzgado: Segundo Laboral del Circuito
Tema: Ineficacia

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



Magistrado Ponente
GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

Pereira, ocho (08) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Aprobado por acta No. 47 del (02/04/2024)

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 **LUIS ALFONSO ARCILA VARGAS** en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**, cuya radicación corresponde al **66001310500220220004601.**

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. 49

ANTECEDENTES

1.- Pretensiones.

LUIS ALFONSO ARCILA VARGAS solicita que se declare la ineficacia del traslado de régimen y afiliación al RAIS, ante la omisión del deber de información por parte de Porvenir S.A. En consecuencia, peticiona que se ordene su retorno al RPM con PD administrado por Colpensiones, y se ordene a Porvenir S.A. la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y bonos

pensionales, rendimientos, gastos de administración o cualquier otro emolumento que deba asumir dicha AFP con su propio patrimonio. Además, solicita las costas del proceso.

2.- Hechos.

En síntesis, relata la accionante que nació el 7 de noviembre de 1963; se afilió por primera vez al RPM con PD administrada por el ISS hoy Colpensiones. Que el 24 de agosto de 1996, como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por las AFP Privadas, el actor se trasladó del régimen hacia el RAIS a través de Porvenir S.A., última de la que se queja, faltó al deber de información, por la asesoría limitada que le hizo al no haberle suministrado información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS y quien omitió informarle sobre los beneficios y consecuencias negativas de abandonar el RPM con PD.

La demanda fue radicada el 15-02-2022 y admitida por auto del 10-03-2022.

3.- Posición de las demandadas.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones al considerar que la afiliación al RAIS goza de plena validez y se hizo en cumplimiento del derecho a la libertad de escogencia. Como excepciones formula: 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 regimen, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones –art. 48 de la constitucion politica, adicionado por el articulo 1 del acto legislativo 01 de 2005, no procede la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de regimen pensional, en los casos en que la parte demandante se trate de una persona que ya se encuentre pensionada en el regimen de ahorro individual en cualquiera de sus modalidades, aceptacion implicita de la voluntad del afiliado, saneamiento de una presunta nulidad, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas y genericas (archivo 12).

Porvenir S.A., se opuso a las aspiraciones del actor al considerar que no se presentó ninguna causal legal de ineficacia del acto jurídico de afiliación del demandante, 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 declarare 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 e innominadas (archivo 13).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante decisión del 16 de enero de 2024, la Jueza Segunda Laboral Del Circuito de Pereira dispuso:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado que el señor LUIS ALFONSO ARCILA VARGAS, efectuó del RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones-, al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. el día 24/08/1996, por lo expuesto en la parte motiva. **SEGUNDO:** CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión y debidamente **indexados**, la totalidad de los aportes acumulados en la cuenta individual del señor LUIS ALFONSO ARCILA VARGAS, junto con sus respectivos rendimientos financieros, los cuales deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, ciclos, IBC y demás información relevante que los justifique; así como 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:** DECLARAR que el actor pertenece al RPMPD administrado actualmente por Colpensiones desde el 25/08/1983. **CUARTO:** DECLARAR no probadas las excepciones de mérito planteadas por las entidades codemandadas por lo dicho en precedencia. **QUINTO:** CONDENAR en costas a la accionadas y a favor de la parte actora. Las que serán liquidadas en el momento procesal oportuno. **SEXTO:** **ORDENAR** que por secretaría se comuniquen a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la presente decisión, con el objeto de que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en que se encontraban para el 24/08/1996, procediendo, entre otras y del ser el caso, a anular o dejar sin vigencia, el bono pensional que se generó a favor del señor LUIS ALFONSO ARCILA VARGAS.

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 no aportó los medios probatorios suficientes para demostrar que para el año 1996, estando en la primera etapa del deber de información de que habla la jurisprudencia, cumplió con el deber de informar a la demandante al momento de su traslado de régimen, pues solo trajo como prueba el formulario de la afiliación, certificados de afiliación e historiales de aportes, sin arrimar medios probatorios que dieran cuenta de la información suministrada a la parte actora al momento de materializarse el traslado de régimen, sin que

tampoco se hubiere logrado confesión de la accionante a favor de su contraparte procesal, concluyendo que la información dada fue parcializada porque solo se le dieron a conocer aspectos negativos de continuar vinculado al RPM con PD y las bondades del RAIS, por lo que debía declararse la ineficacia del traslado de régimen con las consecuencias que ello acarrearía.

RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

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

Colpensiones, recurrió la decisión al considerar que la afiliación al RAIS fue válida porque cumplió con los requisitos de la normatividad vigente al ser realizada de manera libre, voluntaria y sin presiones, aunado a que el sr. Arcila no era beneficiario del régimen de transición, está a menos de 10 años de la edad mínima pensional y que es forzoso concluir que fue engañado cuando han pasado varios años de permanecer en el RAIS y por el solo hecho de ver sus expectativas fallidas, considerando que por ello mismo, la acción a incoar era la de resarcimiento de perjuicios y no la ineficacia.

Indica que Colpensiones al no haber participado en el traslado que hizo el demandante, ni de las maniobras en las que supuestamente incurrió la AFP, generaban que Colpensiones fuera un tercero afectado por hechos atribuibles a la AFP del RAIS al tener que asumir la prestación de un nuevo afiliado. Atendiendo tal circunstancia, solicita que de mantenerse la decisión, se dispusiera a título de sanción que Porvenir S.A. hiciera el pago de un cálculo actuarial equivalente al monto total de las mesadas pensionales a pagar, bajo los parámetros de prima media y según la expectativa de vida del afiliado y beneficiarios.

Porvenir S.A., recurre la decisión de declarar la ineficacia del traslado al considerar que para la época en que se produjo el traslado no había obligación de contar con documentación soporte de la información suministrada. Asegura que la sentencia no tuvo en cuenta que el demandante durante su interrogatorio confesó sobre la información recibida por la AFP y el hecho de haber suscrito de manera libre, voluntaria y sin presiones el formulario de afiliación, sin que el interés económico que le asistía al demandante de querer retornar a prima media viciara el consentimiento, sin que tampoco pudiese tenerse en cuenta los dichos del

demandante durante su interrogatorio porque nadie podía constituir su propia prueba.

De otro lado, recriminó la orden de trasladar los gastos de administración y seguros previsionales, al responder a un mandato legal y afirma que en dichas ordenes, había un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Además, alega que no había lugar a la indexación cuando se habían generado rendimientos, aspecto que conllevaba a que se impusiera una doble sanción.

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 qué órdenes se le debía impartir a la AFP demandada. Además, se deberá 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)** *El demandante nació el 07-11-1963 (archivo 04, pag. 1);* **ii)** *El accionante se*

*afilió al régimen de prima media desde el 25-08-1983, cotizando un total de 575 semanas hasta el 31-08-1996 (archivo 4, pág. 1); La solicitud de traslado de régimen data del 24-08-1996 (archivo 04, pag. 14); **iii)** El actor, cuenta con un bono pensional tipo A, modalidad 2 a su favor (archivo 4, pág. 15).*

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 el 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 a trasladar.

Para auscultar si se cumplió con el propósito de la alzada, se escuchó en interrogatorio a **Luis Alfonso Arcila Vargas** quien dijo ser especialista en Gerencia y trabajador independiente en la actualidad. Respecto de los hechos materia del proceso, refirió que su decisión de traslado fue básicamente porque el Asesor de Porvenir S.A., quien estuvo visitando su sitio de trabajo, primero de manera grupal y luego individual, le argumentó que el ISS estaba quebrado y que dicha AFP contaba con todo el respaldo para sus aspiraciones pensionales. Frente a los aspectos en que fue

ilustrado por el Asesor, reiteró los enunciados en el escrito de demanda como el hecho de que se podría pensionar anticipadamente; que el monto de la pensión sería un ahorro en una cuenta individual porque dependía de su aporte y rendimientos y que en el fondo público ello no se daba porque era solidario, además se le dijo sobre la posibilidad de hacer aportes voluntarios, negó haber sido informado sobre los demás aspectos y diferencias que le fueron preguntados por las partes y el Ministerio Público. De otro lado, acepta que el formulario lo firmó de manera libre, voluntaria y sin presiones.

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.

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 vigente a esa época. De modo que, al ser la solicitud del año **1996**, 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.

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, 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 parte demandante desconocía para adoptar una decisión debida y completamente informada.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia del afiliado por 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 se convalidó *la voluntad de la parte actora* por el hecho de permanecer en el RAIS por varios años. A propósito de ello, es del caso traer a colación la sentencia SL1055-2022 (2-03-2022)¹, que en lo pertinente recalcó:

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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 el demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionado, porque según lo recalcó en su interrogatorio, aún se encuentra activo laboralmente como independiente y tampoco la AFP en momento alguno informó que la calidad de afiliado se hubiese modificado.

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.

² CSJ Sentencia SL1688-2019

Con todo, se deberá confirmar la ineficacia declarada por la a quo al no tener vocación de prosperidad los argumentos planteados por las demandadas.

Efectos de la ineficacia del traslado de régimen y grado de consulta

Frente a la orden de devolver los gastos de administración, comisiones y cuotas de garantía de pensión mínima, ello resulta procedente, dado que, la consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado es que la afiliación se retrotrae al estado en que se encontraba, lo que implica que los fondos privados deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como los dispone el artículo 1746 del C.C., incluidos los gastos de administración, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre otras, en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora, esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.»

Lo anterior implica que además de ser trasladado a Colpensiones los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual de la parte actora, esto es, por concepto de aportes y rendimientos que se hubieren producido, también se deben retornar todos los valores cobrados 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.

Frente a la doble sanción que implica la indexación y la devolución de los rendimientos financieros que asegura Porvenir S.A., observa la Sala que se debe modificar el ordinal segundo de la sentencia porque la forma como está redactada la orden no da claridad que la indexación recae respecto 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*, pues lo que sugiere es que lo es frente al traslado de “la totalidad de los aportes acumulados con sus rendimientos”, lo cual no es lo correcto.

De otro lado, 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. 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.

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 relación al bono pensional, comoquiera que del natalicio del demandante es del 7 de noviembre de 1963 y, con la información aportada al proceso, el demandante al contar al momento de traslado con más de 150 semanas en el RPM con PD, impone el concluir que el bono pensional tipo A que existe a su favor, cuya fecha de referencia o de redención normal se estima a los 62 años, esto es, al 7-11-2025, conlleva a que las órdenes impartidas por la primera instancia, se deban mantener.

Conclusión

Del análisis integral de los medios de prueba, se puede afirmar que hay lugar a confirmar la ineficacia declarada con la modificación del ordinal segundo para efectos de dar mayor claridad a la orden impartida.

Comoquiera que el recurso de apelación formulado por Colpensiones y Porvenir S.A no salió avante, se les condenará en costas de segunda instancia.

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 para aclarar, el ordinal segundo la sentencia proferida el 16 de enero de 2024 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, el cual quedará así:

“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 del señor LUIS ALFONSO ARCILA VARGAS, junto con sus respectivos rendimientos financieros, los cuales deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, ciclos, IBC y demás información relevante que los justifique; así como 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, debidamente indexados, con cargo a los recursos propios y con destino a Colpensiones”

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

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
Con Ausencia Justificada

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

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: **757f5a4117de96362c76138938056000afee59ed8f23b984d870e52b712b9727**

Documento generado en 08/04/2024 02:04:42 p. m.

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://capacitacion.ramajudicial.gov.co:9443/FirmaElectronica>