

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	66001310500220180049101
DEMANDANTE:	DORIS MARITZA BUSTOS ROBLES
DEMANDADO:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia 24-11-2020
JUZGADO:	Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen

APROBADO POR ACTA No.191 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2021

Hoy, primero (01) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dra. OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**, **Dr. JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, proceden a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia de primera instancia, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones en la misma providencia, proferida el **24-11-2020** por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **DORIS MARITZA BUSTOS ROBLES** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**, radicado **66001310500220180049101**.

RECONOCIMIENTO DE PERSONERIA

Reconocer personería para actuar a la abogada Paula Andrea Murillo Betancur, con la cédula de ciudadanía número 1.088.307.467 de Pereira y tarjeta profesional No. 305.746 del CS de la J., actuando conforme a la sustitución otorgada por el representante legal de Conciliatus S.A.S., y en representación de Colpensiones.

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta Sala, conforme al artículo 15 del Decreto No. 806 de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, la cual se traduce en los siguientes términos,

S E N T E N C I A No. 109

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

DORIS MARITZA BUSTOS ROBLES solicita que se declare la nulidad de las afiliaciones que hizo a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A, declarando como válida y vigente la afiliación al ISS hoy COLPENSIONES. En consecuencia, se condene a Colpensiones a recibirla nuevamente como afiliada cotizante y a las AFP Porvenir S.A y Colfondos S.A a liberar sus bases de datos y a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a Colpensiones. Adicionalmente, solicitó se condene en costas a las demandadas.

2. Hechos

Como hechos que fundamentaron las aspiraciones de la demandante refieren a que la actora fue afiliada RPMPD administrado por el I.S.S, desde septiembre de 1980; que se trasladó de régimen pensional en septiembre de 1997 cuando los asesores comerciales de Porvenir S.A, le ofrecieron los servicios del RAIS, informando que se podría pensionar a más temprana edad; el monto de la pensión sería mucho más alto; debía trasladarse al RAIS porque el I.S.S iba a desaparecer; de no tener beneficiarios de ley se perdería la pensión en el PMPD y en el RAIS pasaría a los herederos hasta quinto grado de consanguinidad; de no querer reclamar la pensión podría solicitar la devolución de su capital ahorrado y de su bono pensional.

Se duele de que Porvenir S.A. no le hizo advertencias sobre su decisión ni le suministró el debido consentimiento informado, en lo relacionado al comparativo de proyecciones pensionales, beneficios y consecuencias del traslado de régimen; tampoco se le informó sobre el plazo para retornar al RPMPD y que vencía cuando la misma cumpliera 47 años, tampoco sobre los periodos de gracia que se dieron en el año 2004 para permitirle que valorara su permanencia en el fondo y poder trasladarse y, agrega, que con base en similares argumentos y circunstancias fue que se produjo su traslado a Colfondos S.A en el mes de octubre del 2001.

3. Posición de las demandadas.

- Porvenir S.A.

Se opuso a lo pretendido, afirmando que a la demandante se le otorgó toda la información necesaria al momento de traslado de régimen a través de sus asesores, de quienes aseguró, eran capacitados y que, conforme a ello, la actora suscribió el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones, por lo que el acto jurídico es eficaz. Así mismo, argumentó que debía tenerse en cuenta que la demandante se ratificó en su decisión con los aportes realizados por más de 21 años de permanencia en el RAIS. Como excepciones formuló: validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, prescripción, pago, compensación, saneamiento de la eventual nulidad relativa, buena fe y las genéricas.

- Colfondos S.A.

Se opuso a lo pretendido, afirmando que la demandante hizo su traslado de régimen ante Horizonte S.A. y no obstante ello, al momento de realizar el traslado hacia Colfondos S.A., éste a través de sus asesores debidamente capacitados, suministraron a la actora toda la información cierta, clara y oportuna, aunado a que el formulario de afiliación se firmó de manera libre, voluntaria y sin presiones, razón por la cual era válido, frente a lo cual, también debía tenerse en cuenta que la demandante se ratificó en su decisión con los aportes realizados por más de 21 años de permanencia en el RAIS. Como excepciones formuló: validez de la afiliación a Colfondos e inexistencia de vicios en el consentimiento, prescripción, saneamiento de la eventual nulidad relativa, buena fe y las genéricas.

- **Colpensiones.**

Se opuso a lo pretendido bajo el argumento que no existe evidencia del engaño o del acto que motiva la declaratoria de la ineficacia y, de existir, este se encontraría saneado; que la suscripción de los formularios de afiliación, correspondieron a una decisión libre, voluntaria y sin presiones, sin que la demandante allegue prueba alguna de sus afirmaciones y, contrario a ello, ha permanecido por varios años en el RAIS debiendo, en todo caso, demostrar el engaño o que se le suministró información errada. Como excepciones propuso la validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las genéricas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza de primera instancia, al resolver la litis dispuso: **Primero:** Declarar la ineficacia de la afiliación, que se constituyó en traslado de régimen de la señora DORIS MARITZA BUSTOS ROBLE, del RPMPD, administrado en la fecha de traslado por el extinto ISS, y en la actualidad por COLPENSIONES, a la AFP Horizonte hoy PORVENIR S.A., suscrita el 26-09-1997, y por ende su traslado posterior entre AFPs del RAIS, declarando que para todos los efectos legales nunca se trasladó al RAIS y por ende, siempre permaneció en el RPMPD, administrado en la fecha de traslado de régimen por el extinto ISS, y en la actualidad por COLPENSIONES. **Segundo:** Condenar a COLFONDOS S.A., a que efectúe el traslado a Colpensiones, de la totalidad del capital ahorrado por la actora, con sus respectivos rendimientos financieros, Al igual que del bono pensional en el evento de existir. **Tercero:** Condenar a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a realizar la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y de seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, por el lapso que tuvieron como afiliada a la señora DORIS MARITZA BUSTOS ROBLE. **Cuarto:** Conceder a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A., el término de un (1) mes, contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para realizar los traslados y devoluciones referidos en los numerales tercero y cuarto de este fallo. **Quinto:** Condenar en costas procesales en un 100% a favor de la demandante, estando a cargo de Porvenir S.A. el 80% y el 20% restante a cargo de Colfondos S.A.

Para definir la controversia, se basó en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de las normas aplicables al caso, por lo que reseñó que la institución jurídica aplicable era la ineficacia que también abarcaba la nulidad, ello en cuanto a que sus consecuencias eran idénticas y que se tornaba ineficaz el traslado de régimen cuando el potencial afiliado no tomaba la decisión con la suficiente información, lo cual era una obligación directa de las AFP.

Advierte que la carga de la prueba estaba en cabeza del fondo de pensiones con quien suscribió el formulario de afiliación y que conllevó al traslado de régimen y, a dicho momento, era obligatorio contar con un consentimiento informado, aspecto que no daba cuenta el solo formulario de afiliación, pues de él no se determinaba que hubiese estado precedido de una debida asesoría, de manera tal que la usuaria contara con toda lo necesario para entender la expectativa pensional, lo que se traduce en una información clara, suficiente y eficiente sobre los dos regímenes y no solo de los beneficios de la AFP.

Culmina, indicando que si bien la demandante refrendó el formulario de manera libre, voluntaria y sin presiones, lo cierto es que éste da cuenta de un consentimiento más no que fue informado y, en torno al interrogatorio a la demandante, refirió que no se provocó confesión alguna en favor de los fondos de pensiones por lo que al no cumplir con la carga de probar que cumplió con su deber de información, conlleva a la viabilidad de declarar la ineficacia con todos sus consecuencias, al tenor de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Las AFP **Colfondos S.A.** y **Porvenir S.A.**, a través de su apoderada en común, presentaron recurso de apelación en contra de la sentencia respecto de la ineficacia declarada, las condenas impuestas y las condenas en costas.

En torno al primer aspecto, argumentó que las AFP habían acreditado que cumplieron con su deber de información para la época en que se produjo el acto jurídico, según el interrogatorio de parte absuelto por la actora y los formularios de afiliación que se signaron de manera libre, voluntaria y sin presiones. Asegura, que la parte actora no allegó prueba alguna que soportara sus dichos en cuanto a la omisión endilgada a las AFP demandadas, utilizando con ello como una cortina de humo porque su interrogatorio deja en claro que es el factor económico el móvil para querer retornar al RPMPD, porque lo que busca es lograr una mesada mayor que en el RAIS.

Justifica que la falta de soporte de la asesoría otorgada se debe a que en el momento histórico en que se produjo el acto atacado, no existía obligación de contar con soportes documentales, la asesoría era verbal y personalizada y, únicamente se documentaba el formulario de afiliación, el cual fue anexado y aceptado por la actora, lo que significa que tiene valor probatorio. Agrega, que tampoco era un engaño que las rentabilidades para la época eran las mejores del mercado y el hecho de que las cosas hubiesen cambiado, lo fue por los factores externos que se escapan de la órbita de gestión de las AFP y por ello

no habría lugar a declarar la ineficacia, amén que la acción a incoar debió ser la contractual de resarcimiento de perjuicios.

En torno al segundo de los aspectos, refirió que al entenderse la ineficacia como si el acto jurídico nunca hubiese existido, en esos mismos términos no hay lugar a ordenar la devolución de los rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos ordenados en la sentencia, por cuanto ellos surgen en razón al vínculo contractual que existió y es una contraprestación por la gestión de las AFP. Advierte, que, en el caso de Porvenir S.A., este en su momento hizo el traslado de los aportes y rendimientos financieros de la actora hacia Colfondos S.A., por lo que no tendría que trasladar ningún emolumento.

Finalmente, respecto del tercer aspecto, esto es, las condenas en costas, argumentó su desacuerdo en que las AFP siempre actuaron bajo los supuestos legales y bajo el principio de buena fe, cumpliendo con todo lo que implicaba su gestión, razón por la cual no habría lugar a imponer costas.

Por su parte, **Colpensiones** sustentó su recurso solicitando la revocatoria del fallo considerando que la afiliación efectuada por la demandante fue válida al cumplir con los requisitos normativos por cuanto la decisión fue libre, voluntaria y sin presiones y, como lo que ahora pretende la actora es obtener una mesada mayor, implica que no acreditó el lleno de los requisitos al no ser beneficiaria del régimen de transición, tampoco cuenta con los 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 y adicionalmente, se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad mínima pensional, por lo que al haber visto fallidas sus expectativas, no es posible que se hubiese engañado después de tantos años y por ello no puede alegarse la ineficacia.

Finaliza, que al no haber participado Colpensiones de la afiliación ni de las presuntas omisiones en que incurrió las AFP's, por ello no se puede ver afectada recibiendo en calidad de afiliada a la aquí demandante.

Solicita que de ser confirmado el fallo de primera instancia ante un evidente perjuicio del RPMPD por la descapitalización que surge de recibir un nuevo afiliado vía judicial, a título de sanción, se disponga condena a las AFP a pagar un cálculo actuarial equivalente al valor total de la mesada liquidada bajo los parámetros del RPMPD, teniendo en cuenta la expectativa de vida del demandante y la de sus beneficiarios, porque Colpensiones no podía verse afectado.

De otro lado, 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.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Realizado el traslado para alegatos por fijación en lista del 24-08-2021, el Ministerio Público no rindió concepto en esta instancia, en tanto que la parte

actora se ratificó en sus consideraciones de la demanda y las AFP demandadas no presentaron alegatos.

Colpensiones, hizo referencia a que no hay posibilidad de efectuar el traslado ya que le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez (art 2 de la ley 797 de 2003); que revisada la documental y el interrogatorio, para el 26-09-1997 la demandante al suscribir el formulario de afiliación al RAIS a través de Horizonte Hoy Porvenir S.A., lo hizo en pleno uso de sus facultades y gozando de su libertad de elegir el fondo de pensiones de su preferencia, de manera libre, voluntaria, espontánea y sin presiones; que la demandante ratificó su voluntad de seguir permaneciendo al RAIS, mediante la suscripción del formulario de traslado A Colfondos S.A., en octubre de 2001, realizando así aportes durante aproximadamente 24 años, toda vez que su actuar da cuenta de la claridad de la decisión que el régimen de su preferencia era el RAIS y que la actora no acreditó la falta de información por parte de la AFP del RAIS y, como el incentivo para incoar la acción se limita a intereses puramente económicos, entonces la acción a emprender no es la ineficacia, sino la de resarcimiento de perjuicios.

V. CONSIDERACIONES

La sentencia apelada y consultada debe **MODIFICARSE Y ADICIONARSE**, son razones:

De acuerdo con los recursos y alegatos presentados por las partes, el problema jurídico por resolver se centra en determinar si ha sido acertada la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante. De ser así, se deberá analizar las órdenes impartidas en la sentencia y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Como aspectos por fuera de discusión, se encuentran: **(i)** la actora nació el 30-03-1960 (fl. 33); **(ii)** que estuvo afiliada al ISS entre el 1-09-1980 hasta noviembre 1997; **(iii)** que el traslado de régimen pensional se produjo el **26-09-1997** a través de Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 63 y 238), **(iv)** la demandante realizó un traslado horizontal entre AFP el 25-10-2001, hacia Colfondos (fl. 42 y 181) y, **(iv)** La fecha de redención normal del bono pensional data del 30-03-2020 (Pág. 37).

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 éstas, 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 pronunciamiento efectuado en sentencia SL1452, rad. 68852 de 3 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral aclaró que esa falta de deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen.

En torno a la carga de la prueba, la cual recriminan las demandadas, debe decirse que corresponde al fondo de pensiones ante quien se realizó el traslado, el acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, este es quien tiene los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que la AFP demandada en este caso no probó. 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 información brindada.

Ahora, del interrogatorio absuelto por la parte actora 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, a través de este medio probatorio, la AFP solo probó que el formulario se suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones, pero no que cumplió con el deber de información como lo quieren hacer notar las demandadas en su alzada.

De hecho, en el interrogatorio absuelto por la actora, informó que actualmente continua vinculada como Docente de la Policía Nacional y al hacer referencia al momento en que se trasladó de régimen pensional rememoró que la asesoría fue individual, la cual duró pocos minutos; que el asesor le informó que el ISS se acabaría y por ello le ofrecieron que tendría mayores ventajas como:

pensionarse más rápido; que podría retirar en cualquier momento el capital ahorrado y los beneficiarios podrían obtener ese capital en caso de fallecer; que tendría mayor rentabilidad; que en su momento consideró tentadoras los ofrecimientos realizados; signó de manera libre los formularios de afiliación; que se trasladó entre AFP por la rentabilidad que le estaban ofreciendo.

En torno al traslado horizontal hacia Colfondos S.A., comentó que también fue un asesor con quien se entrevistó de manera individual, la cual no demoró; que la información fue básicamente la rentabilidad que le estaban ofreciendo; que el formulario también lo firmó de manera libre y voluntaria; que su descontento han sido las diferencias entre las mesadas y que solo cuando se acercaba el tiempo fue que supo que lo ofrecido no era lo anunciado por lo que le plantearon ideales.

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, la AFP hubiere cumplido con el deber de información que le correspondía, amén que el interrogatorio tampoco devela una confesión que denote que la accionante recibió una información completa, clara, suficiente y que le hubiese permitido a la demandante adoptar una decisión razonable.

Es que es notorio que la AFP demandada faltó a su deber de «información y buen consejo», pues omitió el informar a la parte demandante sobre las ventajas, desventajas, características, riesgos, posibilidades de pensión en cada régimen y demás aspectos que le permitiesen comprender claramente la conveniencia o inconveniencia de su decisión, condiciones que debió probar la AFP demandada pero no lo hizo, situación que se acompasa con lo lineado en las sentencias SL12136-2014 y SL4373-2020, entre otras.

Ahora, se considera que a pesar de que la demandante firmó el formulario del traslado, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado; teniendo en cuenta que era deber de la administradora realizar un proyecto pensional, en donde se informe el monto de pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

De otro lado, tampoco se podría pretender que se tenga como ratificación el tiempo en que el demandante permaneció en el RAIS, el traslado que hizo entre APF del RAIS, el hecho que no se hubiese retractado de su decisión o que no hubiese manifestado la intención de regresar al régimen de prima media, antes de encontrarse 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, que permite incluso inferir que la parte actora no conocía de tal prohibición porque no le fue mencionada 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 que régimen era el que más le convenía,

amén que si bien al momento del traslado se le hizo mención de algunas de las características del RAIS, nunca se le expusieron las diferencias con el RPM con PD y menos aún de los riesgos, consecuencias, requisitos de las diferentes modalidades de pensión y demás características que finalmente, la demandante desconocía para adoptar una decisión debida y completamente informada.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia del afiliado por más de 23 años, tampoco son aspectos que derruyan las conclusiones a las que arribó la A Quo, pues al tratarse de circunstancias ulteriores, no tienen incidencia alguna en los efectos asociados a la forma en que se ejecutó la afiliación primigenia con la cual se materializó el cambio de régimen pensional cuya ineficacia se debate en este proceso.

A lo anterior se suma, que las obligaciones que debía observar el fondo de pensiones durante el traslado de la parte accionante eran las contenidas en las normas del sistema vigentes a esa época. De modo que, al ser la solicitud del **26-09-1997**, es factible pregonar sin vacilación que, a la AFP demandada, 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 a la potencial afiliada sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme a lo expuesto, la ineficacia del traslado que fue decretada por la a quo se generó por la falta de asesoría del afiliado al momento de realizar su traslado al a AFP, situación que permite su retorno al RPM independientemente que se encuentre a menos de 10 años de cumplir la edad pensional, sin asistirle la razón a Colpensiones en el sentido de sugerir que tal circunstancia impide el retorno del actor 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 esbozados por la parte demandada en tal sentido.

Así mismo, es de aclarar que la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia 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 ineficacia¹. Sin embargo, dicho criterio es aplicable solo para el caso de afiliados, pues, en tratándose de pensionados, la alta Corporación ha definido en reciente sentencia (SL 373/2021), que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer, por tanto, ante el incumplimiento del deber de información en estos casos, la vía a seguir es solicitar la indemnización total de perjuicios, situación

¹ CSJ Sentencia SL1688-2019

que no es el caso por cuanto la demandante aún continúa teniendo la condición de afiliada por ser trabajadora activa, según lo ratificó durante su interrogatorio.

Respecto a la inconformidad planteada frente a la orden de devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, se ha de indicar 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 la AFP del RAIS deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación con todos sus frutos e intereses 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 ésta 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 la AFP del RAIS tiene el deber de trasladar todos los dineros que por concepto de aportes y rendimientos se hubieren producido y que hacen parte de la cuenta de ahorro individual del accionante, además de los valores que cobró la AFP a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes destinados para el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, pues todos estos deberán ser abonados en el fondo común que administra Colpensiones y 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).

Ahora, como quiera que se dispuso en el ordinal segundo el ordenar a Colfondos S.A. el trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado con sus rendimientos financieros, al igual que el “*bono pensional en caso de existir*”, debe precisarse que el disponer el traslado del bono pensional a Colpensiones, no se acompasa con los efectos de la declaración de ineficacia, la cual trae consigo el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes del traslado, por lo que, al continuar la parte actora afiliado al régimen de prima media con prestación definida, no se genera a su favor el bono pensional, por tal razón se modificará dicho ordinal en el sentido de excluir esta orden en particular, aclarando que la orden hacia Colfondos S.A. será la de remitir la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual, con los respectivos rendimientos financieros producidos, ello con el fin de generar mayor claridad.

En cuanto a la orden impartida a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A., la misma se confirmará sin que tenga vocación de prosperidad lo alegado por dicha parte en el recurso de apelación.

De otro lado, teniendo en cuenta que la demandante ya arribó a la edad mínima pensional y que la fecha de redención normal del bono pensional data del 30-03-2020 (Pág. 37), sin que se tenga claridad si dicho instrumento fue consignado en la cuenta de ahorro individual de la actora, lo que se dispondrá es adicionar la sentencia en el sentido de ordenar a Colfondos S.A. comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión adoptada, para que, en un trámite interno y aplicando 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, proceda a ejecutar todas las acciones necesarias para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional.

Ahora, en el evento de haberse redimido y pagado el bono a favor de la cuenta de ahorro individual, en tal caso, la AFP deberá restituir la suma que hubiese sido pagada por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente actualizada, indexación que deberá ser por cuenta de la AFP.

Frente a la solicitud de Colpensiones en el sentido de que a título de resarcimiento, se profiera condena en contra de las codemandadas, consistente en la realización 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, al respecto debe decirse que, en tratándose de un caso de ineficacia, la jurisprudencia ya ha denotado cuales son las consecuencias de ello, aspecto que ya se trajo a colación en líneas atrás, por lo que cualquier otro aspecto de carácter resarcitorio que no hubiese sido debatido por conducto de la demanda, en la contestación o por reconvención no puede ser considerado, razón por la cual no se puede acceder a tal petición.

Frente al reproche sobre la imposición de costas procesales, debe advertirse que éstas son consecuencia de las resultas del proceso, donde la AFP al resultar vencida procede su imposición, al tenor del artículo 365 del C.G.P. Ello implica, que no tienen asidero los argumentos esbozados por Porvenir S.A. consistentes en que la AFP cumplió con lo que la ley le exigía en el momento en que la demandante se trasladó, lo cual no se constituye como una excepción para exoneración de la condena impuesta. Así las cosas, no hay lugar a modificación alguna de la decisión respecto de dicha AFP.

Otra situación sucede respecto de Colfondos S.A. quien no fue precisamente su actuar quien dio lugar a la declaratoria de ineficacia del formulario de traslado, razón por la cual se modificará el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia en el sentido de excluir del pago de costas procesales a dicha AFP, prosperando su recurso de manera parcial.

Con todo, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen y como se resolvieron de forma

desfavorable los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., se les impondrá costas en esta instancia. Frente a Colfondos S.A. al haber prosperado el recurso de manera parcial, no se le impondrán costas en esta 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 ordinal segundo de la sentencia para excluir la orden de trasladar a Colpensiones el “bono pensional en el evento de existir” y, con la finalidad de aclarar dicho ordinal, el mismo quedará así:

“**Segundo, CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a que efectúe el traslado a COLPENSIONES, de la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de DORIS MARITZA BUSTOS ROBLES, para lo cual se le concede el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia”.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de ordenar a COLFONDOS S.A., comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión adoptada, para que, en un trámite interno y aplicando 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, proceda a ejecutar todas las acciones necesarias para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional.

En el evento de haberse redimido y pagado el bono a favor de la cuenta de ahorro individual, la AFP COLFONDOS S.A. deberá RESTITUIR la suma que hubiese sido pagada por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente actualizada a valor presente, debiendo cancelarse dicha indexación, con los recursos propios de dicha AFP.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal quinto de la sentencia para excluir de la condena en costas a Colfondos S.A., por lo que dicho ordinal quedará así:

“**Quinto:** Condenar en costas procesales en un 100% a favor de la demandante, estando a cargo de Porvenir S.A.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

QUINTO: CONDENAR en costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A a favor de la parte demandante. Sin costas en esta instancia respecto de Colfondos S.A.

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Aclaro Voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Aclaro Voto

Firmado Por:

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

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Firma Con Aclaración De Voto

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 4 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:

1d3b6d42370fba0252bf500dc5cda621c118ad6ab9815b93531fa77790bec5a4

Documento generado en 01/12/2021 08:19:14 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>