

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado Ponente

| | |
|--------------------|--|
| Proceso: | Ordinario Laboral |
| Radicado: | 66001310500120190001001 |
| Demandante: | Maribel Roa Duarte |
| Demandado: | Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones" y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. |
| Asunto: | Apelación y Consulta Sentencia (26 de julio de 2021) |
| Juzgado: | Primero Laboral del Circuito de Pereira |
| Tema: | Ineficacia de traslado |

APROBADO POR ACTA No. 65 DEL 03 DE MAYO DE 2022

Hoy, nueve (09) de mayo de dos mil veintidós (2022), 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**, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia de primera instancia proferida el 26 de julio de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones en la misma providencia, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **MARIBEL ROA DUARTE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, radicado **66001310500120190001001**.

RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA

Se reconoce personería para actuar a la abogada Mariluz Gallego Bedoya, con C.C. 52.406.928 de Bogotá D.C. y T.P 227.045 del CS de la J., en calidad de apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, según sustitución de abogado principal de World Legal Corporation S.A.S.

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,

SENTENCIA No. 44

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Maribel Roa Duarte, aspira a que se declare la nulidad de la afiliación que hizo a Porvenir S.A., y a través de la cual se produjo el traslado de régimen desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En consecuencia, solicita que se declare la libertad de afiliarse al RPM con PD al declararse la nulidad de la afiliación al RAIS y se condene a Colpensiones a recibirla nuevamente como afiliada cotizante. Así mismo, solicita que se ordene a Porvenir S.A. a liberar de sus bases de datos a la actora y hacer el traslado de sus cotizaciones hacia Colpensiones. Además, solicita se condene en costas a Porvenir S.A.

2. Hechos

Como hechos que sustentan lo pretendido, relata la accionante que nació el 10 de octubre de 1958; que inició sus cotizaciones al ISS el 8 de febrero de 1982 hasta cuando firmó formulario de afiliación con la AFP Porvenir el 28 de febrero de 2003, se duele de no haber recibido asesoramiento por la AFP Porvenir para efectos de su traslado de régimen, amèn que para la época contaba con derechos transicionales por razón de la edad, condición que perdió al no haber sido advertida por parte del asesor del RAIS.

3. Posición de las demandadas.

Admitida la demanda mediante auto del 24 de enero de 2019, las demandadas contestaron así:

Colpensiones se resistió a sus pretensiones bajo el argumento que no tenía obligación de aceptar el traslado de la actora puesto que su negativa se ajusta a la normatividad vigente sin cumplir la accionante con los requisitos legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen en cualquier época. Como excepciones formuló: **Inexistencia de la Obligación Demandada, Prescripción e innominadas** (fl. 76, archivo 1).

Porvenir se opuso a lo pretendido bajo el argumento que en el acto jurídico de traslado no existieron las maniobras preterintencionales que se le endilgan a la AFP; que la demandante no pudo haber sido víctima víctima de la omisión en la información al momento de su decisión de trasladarse de régimen debido a que dicho acto fue propio de su voluntad y con ello renunció al régimen al que pertenecía; que la actora no era sujeto susceptible de beneficiarse del régimen de transición al no haber cotizado al sistema los 15 años de prestación de servicios que exige la ley y la jurisprudencia. Formuló como excepciones las de **prescripción, buena fe, compensación, exoneración de condena en costas, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva, inexistencia de la fuente de la obligación, inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de la llamada a juicio, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado, seguro previsional, cuotas de administración** (fl. 125 archivo 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Primero Laboral del Circuito de Pereira, mediante decisión 26 de julio de 2021, resolvió: “**Primero:** Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas (...). **Segundo:** Declarar ineficaz el traslado del RPM con PD al RAIS efectuado (...) el 28 de febrero de 2003, a través de Porvenir S.A. **Tercero:** Ordenar a Porvenir S.A trasladar a (...) Colpensiones todos los aportes que reposen en la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, junto con los intereses, rendimientos financieros, bonos pensionales y restituir con cargo a sus propios recursos, el valor que durante todo el tiempo de vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de la demandante destinó para financiar los gastos de administración, las primas que respaldan la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexadas. **Cuarto:** Ordenar a (...) Colpensiones proceder sin dilaciones a aceptar el traslado (...). **Quinto:** Declarar que la Sra. Maribel Roa Duarte, conserva válida y vigente su afiliación al RPM con PD, así como el beneficio del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dada la declaratoria de ineficacia de su traslado al RAIS. **Sexto:** Condenar a (...) Porvenir S.A, a pagarle a la demandante las costas procesales generadas en esta instancia (...). **Sèptimo:** Abstenerse de imponer condena al pago de costas procesales a (..) Colpensiones y a (...) Porvenir S.A. (...)”

En síntesis, a dicha conclusión arriba la A-quo con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, concluyendo que del material probatorio adosado al proceso no se había advertido prueba que indicara que el fondo de pensiones hubiese cumplido con el deber de información respecto de la demandante, en los términos y con las características referidas en la Jurisprudencia y si bien, se había arrimado el formulario de afiliación y la historia laboral, en ninguno de ellos se mostraba la información que fue otorgada al momento del traslado de régimen; tampoco del interrogatorio se produjo confesión de haber recibido la información con las características que denota la jurisprudencia, razón por la cual se tornaba ineficaz la afiliación al RAIS.

3

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconformes con la decisión los apoderados de las demandadas, recurrieron la decisión, así:

Porvenir S.A. Enfilò su recurso bajo el argumento que la actora firmò voluntariamente el formulario de afiliación, no hizo uso de la posibilidad de retracto, ni de los periodos de gracia; que está a menos de 10 años para adquirir la pensión y no cuenta con las semanas suficientes para obtener la pensión en ninguno de los regímenes, por lo que contaba con mayores posibilidades de obtener la devolución de saldos en Porvenir S.A.

En cuanto a los gastos de administración considerò que era inequitativo con el fondo la decisión adoptada por la gestión que desplegó la AFP por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada siendo dichos emolumentos de origen legal; que las consecuencias de la ineficacia no incluía la devolución de los

rendimientos y demás emolumentos ya que eran propios del RAIS, razón por la cual era un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones.

Finalmente manifestó desacuerdo en la condena en costas por cuanto no podían ser caprichosas y de imponerse debían ser en una suma muy inferior a 2 smlv.

Colpensiones. Al recurrir la decisión expuso que habiéndose establecido la falta de información en el traslado de régimen y al haber sido la motivación de la accionante el obtener una mayor mesada constituía una aspiración netamente económica; que lo pretendido iba en contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional faltándole menos de diez años de la edad mínima, limitante que tenía como finalidad el defender el reconocimiento de las pensiones bajo el RAIS e impedir la descapitalización del RPM con PD porque ello generaba una obligación desproporcionada en cabeza de Colpensiones y una afectación más grave frente a la sostenibilidad financiera del sistema.

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

Dispuesto el traslado mediante fijación en lista del 27-01-2022 y atendiendo a que la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídicamente sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se tendrán en cuenta los alegatos que guardan relación directa con los temas debatidos.

4

Acorde con lo anterior, las partes presentaron alegatos. El ministerio público no rindió concepto.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con los recursos y alegatos presentados por las partes, los (el) problema(s) jurídico(s) a ser abordado(s) consiste(n) en: Establecer si había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional conforme a las normas y jurisprudencia sobre validez y eficacia de traslado de régimen pensional, para lo cual, debe determinarse si la demandante para su decisión fue debidamente informada en los términos exigidos por la ley y a jurisprudencia. Así mismo, se deberán analizar las órdenes impartidas en la sentencia y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Previo a resolver los anteriores interrogantes, es de tener en cuenta que los siguientes hechos no presentan discusión: **1)** La actora nació el 10-10-1958; fl. 29. Archivo 01., **2)** Se trasladó de régimen el 28-02-2003, fl. 35, archivo 01; **3)** previo al traslado, era afiliada al ISS donde acreditó 146.14 semanas.

Desenvolvimiento del asunto planteado.

Conforme a los anteriores referentes, pasa la Sala a desatar la alzada, en los siguientes términos:

DE LA 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 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 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 sólo 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.

6

¿Se acreditó el cumplimiento del deber de información por parte de la accionada?

Aplicando los anteriores criterios al caso que nos ocupa, debe decirse que de la documental adosada por la AFP que estuvo a cargo del traslado de régimen del demandante, ninguna prueba idónea presentó 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 al 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 parte demandante signó el formulario del traslado, lo cual aceptó haberlo realizado de manera “libre, voluntaria y sin presiones”, de ello no se puede deducir que hubo un consentimiento o 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, bajo la perspectiva de sus derechos pensionales, teniendo 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 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 y bajo una decisión claramente racional.

Para auscultar si se cumplió con ese propósito, se escuchó en interrogatorio a la parte demandante quien informó que en la actualidad se encuentra vinculada a la Fiscalía General de la Nación como investigadora; que se afilió a Porvenir S.A porque los llamaron a la secretaría del Colegio donde trabajaba para la época de los hechos; que les entregaron los formularios para que los firmaran, por lo que niega cualquier tipo de asesoría y por tanto, refirió que desconocía cualquier información sobre el RAIS ni menos de sus consecuencias, periodos de gracia o tiempos en que podía regresar al ISS. Durante su disertación únicamente aceptó que el formulario de afiliación lo había firmado de manera libre, voluntaria y sin presiones.

Pues bien, de dicho instrumento de prueba debe decirse 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 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.

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 deja al descubierto una confesión que denote que la accionante hubiese recibido información completa, clara, suficiente y que le hubiese permitido 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, pues para la época se encontraba inmersa en el régimen de transición en razón a la edad, 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.

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 año 2003, 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.

¿El actuar de la parte actora ratifican la voluntad de permanecer en el RAIS? ¿Era la ineficacia la acción a emprender?

Frente al tema, no se puede pretender – como lo sugiere Porvenir S.A. - que se tenga como ratificación el tiempo en que el 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 inmersa en la prohibición de cambiarse de régimen, es decir cuando faltaren menos de 10 años para acceder a la edad pensional, pues lo que se evidencia aquí es la falta de acompañamiento, y aún, ante el supuesto que esta tuviera presente dicha disposición, debe tenerse en cuenta que la falta de asesoramiento de la que fue objeto, no le permitía distinguir cual 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, el demandante desconocía para adoptar una decisión debida y completamente informada.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia de la afiliada por varios años, no 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.

Significa lo anterior que no le asiste la razón a Porvenir S.A. frente al argumento consistente en que la actora convalidó su voluntad de pertenecer al RAIS, frente a lo cual, 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.

Precisamente en este punto 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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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”.

De otro lado, es de insistir, 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, 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 que aquí no ocurre por cuanto la demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionada, pues recuérdese que durante su interrogatorio informó que continuaba como trabajadora activa en una entidad Estatal, sin que además obre en el expediente evidencia alguna de que estuviese disfrutando de una pensión otorgada por el RAIS.

De manera que, al no obrar en el expediente prueba alguna que conlleve a afirmar que se está en presencia de un pensionado del RAIS, nada impide declarar la ineficacia.

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, pues ello no impide el retorno del actor al RPMPD porque

² CSJ Sentencia SL1688-2019

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 las demandadas, pues los argumentos esgrimidos por las demandadas no impiden la declaratoria de la ineficacia amén que tal decisión corresponde a la consecuencia directa de la falta de información, en la cual, como lo indica la Corte, 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, situación que aquí no se probó.

De las condenas impuestas en la sentencia y grado de consulta en lo no recurrido.

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 las AFP's 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).

Acorde con lo dicho y de cara a la recriminación que realiza la AFP del RAIS demandada por la orden de devolver dichos emolumentos frente a lo cual, refiere que desconoce los efectos de la declaratoria de la ineficacia y se torna un actuar por fuera del ordenamiento legal, basta con traer a colación el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral, sentencia SL1017-2022 M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, así:

“... 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)”.

Así las cosas, es de concluir que no tiene vocación de prosperidad el argumento planteado por la AFP recurrente, lo cual amerita confirmar las órdenes impartidas en la sentencia.

A propósito de ello, al revisar la sentencia, específicamente el ordinal tercero dispuso:

“Ordenar a Porvenir S.A trasladar a (...) Colpensiones todos los aportes que reposen en la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, junto con los intereses, rendimientos financieros, bonos pensionales y restituir con cargo a sus propios recursos, el valor que durante todo el tiempo de vinculación al RAIS de la demandante destinó para financiar los gastos de administración, las primas que respaldan la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexadas”.

Como se observa, dicho ordinal deberá ser parcialmente modificado por las siguientes razones: **a)** 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 deberá excluir esta orden en

particular; **b)** Como quiera que, para tener derecho a bono pensional como mínimo se debieron tener cotizadas 150 semanas al RPM con PD con anterioridad a la fecha de traslado de régimen, lo que implica que en este caso no se genera al contar la demandante con 146,14 semanas al momento de trasladarse al RAIS; **c)** La orden dispuesta resulta difusa por lo que se ha debido ordenar es el traslado de “la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual” correspondiente a todo el tiempo en que el actor ha permanecido en el RAIS.

De la imposición de costas de primera instancia.

Finalmente, 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 la ley y que actuó de buena fe, 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.

Ahora, como quiera que existe contradicción en este punto respecto del numeral sexto y séptimo, por cuanto en el ordinal quinto se impuso la condena en costas a Porvenir S.A. que fue recurrida y, en el séptimo la A-quo incurrió en un error yerro porque absolvió en costas a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., al respecto, para otorgar mayor claridad a las condenas y hacerla acorde con la parte considerativa, se excluirá de dicho numeral dicho yerro.

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 Porvenir S.A y Colpensiones S.A., se les impondrá 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 tercero de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de excluir la orden de trasladar a Colpensiones el “bono pensional” y, para otorgar mayor claridad de la orden impartida, el cual quedará así:

*“**Segundo.** ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que proceda a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la señora Maribel Roa Duarte.*

De igual forma, Porvenir S.A. deberá restituir a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros

previsionales, sumas de dinero que corresponden al tiempo en que el demandante ha permanecido vinculado al RAIS”

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal séptimo de la parte resolutive de la sentencia, el cual quedará así:

*“**Séptimo:** Abstenerse de imponer condena al pago de costas procesales a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones”*

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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:

**dc50b0cfd9d844c99e4713866bac425758ce46588ab27d17d6a637957
143119a**

Documento generado en 09/05/2022 09:21:30 AM

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