

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	66001310500120170031202
Demandante	MARIA NATALIA VELASQUEZ HERNANDEZ
Demandado	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Asunto	Apelación y consulta sentencia 26-noviembre-2021
Juzgado	Primero Laboral del Circuito
Tema	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 145 DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Hoy, diecinueve (19) de septiembre 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 surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia de primera instancia proferida el 26-11-2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido **MARIA NATALIA VELASQUEZ HERNANDEZ** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**. radicado **66001310500120170031202**.

RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA

Reconocer personería a la abogada Mariluz Gallego Bedoya, con cédula 52.406.928 de Bogotá y T.P. 227.045 del C. S. de la J., en los términos de la sustitución de poder otorgado por el representante Legal de World Legal Corporation, en defensa de los intereses 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,

SENTENCIA No. 110

I. ANTECEDENTES

Pretensiones

MARIA NATALIA VELASQUEZ HERNÁNDEZ aspira a que se declare la nulidad de la afiliación que hizo ante PORVENIR S.A. En consecuencia, solicita que se le declare en libertad de afiliarse a Colpensiones y con ello, se ordene el traslado de sus cotizaciones, teniéndola como afiliada a esta última. Además, solicita el pago de las costas procesales.

Hechos

Los hechos que justifican las pretensiones informan que la accionante nació el 6-08-1959; que se afilió al ISS desde el 25-01-1982; el **08-10-1999** se trasladó al RAIS luego que el asesor de Porvenir S.A. le ofreció beneficios como que podría pensionarse anticipadamente, la pensión era heredable; de no querer pensionarse podía optar por la devolución de saldos y del bono pensional; que obtendría una mayor mesada; que el ISS se iba a acabar y perdería lo ahorrado. Se queja de no haber contado con la debida asesoría pues no se le ofreció la suficiente información, ni se le hizo advertencias considerando que la AFP fue negligente.

La demanda fue presentada el 11-julio-2017, siendo admitida por auto del 3-agosto-2017.

Posición de las demandadas

Colpensiones al contestar se opuso a las pretensiones al considerar que, por no ser la demandante su afiliada, no estaba llamada a responder por hechos que le son ajenos. Como excepciones formula **inexistencia de la obligación demandada, prescripción** y las genéricas.

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones bajo el argumento que no existieron las maniobras preterintencionales que se le endilgan; que el demandante no pudo haber sido víctima de la omisión en la información en el momento de su decisión de trasladarse de régimen, la cual se concretó en un acto de su propia voluntad del cual fue consiente. Formuló como excepciones: **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.**

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Primero Laboral del Circuito de Pereira, mediante fallo del 26-11-2021, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR SA., conforme a lo dicho en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora MARIA NATALIA VELASQUEZ HERNANDEZ el 8 de octubre de 1999, a través de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES todos los aportes que reposen en la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, junto con los intereses, rendimientos financieros y restituir con cargo a sus propios recursos, el valor que durante todo el tiempo de vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del demandante destinó a 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: SE ORDENA librar comunicación de esta decisión a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de haber emitido el bono pensional, proceda con la anulación del mismo mediante trámite interno, 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 833 de 2016.

QUINTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones–COLPENSIONES proceder sin dilaciones a aceptar el traslado de la señora MARIA NATALIA VELASQUEZ HERNANDEZ.

SEXTO: DECLARAR que la señora MARIA NATALIA VELASQUEZ HERNANDEZ, conserva válida y vigente su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, dada la declaratoria de ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, afiliación que se entiende sin solución de continuidad conservando todos los beneficios que tenía al momento de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, entre ellos el régimen de transición, en caso de que tuviere lugar a este.

SEPTIMO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA, a pagarle al demandante las costas procesales generadas en primera instancia a su favor. Para la correspondiente liquidación que realice la Secretaría del Juzgado en su momento, se debe incluir la suma de \$4.542.630, que corresponde a las agencias en derecho.

OCTAVO: ABSTENERSE de imponer condena al pago de costas procesales a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, conforme a lo dicho en la parte motiva.

NOVENO: SE ORDENA surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, para lo cual se debe remitir el proceso a la Sala Laboral de Honorable Tribunal de este Distrito Judicial.

En síntesis, la Jueza de instancia dedujo con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que el caso debía de abordarse desde la ineficacia en sentido estricto al ser la razón la transgresión del deber de información para la formación del acto, por parte del fondo pensional; que dicha figura se aplica, independientemente de que sea o no el afiliado beneficiario del régimen de transición o estar o no próximo a pensionarse, siendo las AFP a quienes le incumbe la carga de probar que, de acuerdo al momento histórico en que se formó el acto,

cumplió con el deber de información, esto es, que le brindó información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, riesgos, diferencias, condiciones, beneficios y consecuencias de ambos regímenes, sin que sea suficiente la sola suscripción del formulario de afiliación porque solo acreditan que existió un consentimiento más no que hubiese sido informado.

En suma, no encontró que la AFP hubiese acreditado que informó debidamente a la afiliada; que únicamente arrió el formulario de afiliación a Porvenir, el reporte del SIAF e historia laboral, sin que ellas sean insuficientes para acreditar que Porvenir S.A. cumplió con el deber de información y del interrogatorio tampoco encontró una confesión a favor de las demandadas, razón por la cual se generaba la ineficacia.

II. RECURSOS DE APELACION Y CONSULTA

Inconformes con la decisión las apoderadas de las demandadas recurrieron la decisión, así:

Porvenir S.A. Recurrió la decisión bajo el argumento que la demandante recibió las asesorías correspondientes por cuanto la exigencia de información para la época era básica y verbal, por cuanto solo existía la obligatoriedad de suscribir el formulario de manera libre, voluntaria y sin presiones; se ratificó en el RAIS por todo el tiempo que ha permanecido y beneficiándose de él, por lo que la línea jurisprudencia actual no puede tener efectos retroactivos. Refiere que la acción que se debió adelantar no era la ineficacia sino la de resarcimiento de perjuicios al buscarse una mayor mesada.

Recurrió respecto de la orden de reintegrar los gastos de administración y seguros previsionales porque, a su juicio, ello transgredía el ordenamiento legal porque se obligaba a su reintegro como un tipo de sanción; asegura que los dineros que comprendía los gastos de administración fueron realizados en cumplimiento de la norma que así lo disponen y no había norma que obligara a devolverlos a título de sanción; que eran una remuneración por la gestión realizada por la AFP y con ello se lograron los rendimientos en favor del afiliado y remitirlos a Colpensiones constituía un enriquecimiento sin causa. En cuanto a los seguros previsionales, refiere que estos fueron descontados porque así lo establece la legislación; que la aseguradora con que se contrataron dichos aseguramientos fueron terceros de buena fe. En general, refiere que si los efectos de la ineficacia eran retornar las cosas al estado original, bajo ese mismo entendido se tiene que dichos emolumentos no surgieron y por tanto no hay lugar de remitirlos a Colpensiones. De igual forma, solicita que fuera la AFP relevada de las costas del proceso.

Colpensiones, apeló la decisión exponiendo que al ser el objeto de la demanda la omisión de la AFP en brindar una información clara, completa y oportuna, circunstancias por las que fueron condenadas en la sentencia. De ello, cuestiona que Colpensiones se vea afectada al haber sido un tercero de buena fe por lo que las decisiones adoptadas no lo pueden favorecer ni afectar. Agrega, que al ser la razón del actor para retornar a Colpensiones sea el obtener una mayor mesada con ello Colpensiones va a resultar

afectada con la decisión al crear una obligación con efectos patrimoniales que es desproporcionada para Colpensiones, considerando que la acción que debió entablar la accionante era la de resarcimiento de perjuicios y no la ineficacia; que la afiliada no podía trasladar por estar a menos de 10 años de adquirir la edad mínima pensional pues su finalidad es evitar la descapitalización del sistema y afecta la sostenibilidad financiera.

Ahora, si en gracia de discusión, el Tribunal decide declarar la ineficacia, solicitó se adicione la providencia, en el sentido de que PORVENIR traslade en un término perentorio, todos los valores indicados en la sentencia, detallando cada uno de ellos.

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.

III. ALEGATOS

Por fijación en lista del 28-04-2022 se dispuso traslado para alegatos, los cuales fueron presentados por las partes. 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,

IV. CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos para abordar consisten en establecer si fue acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS. De ser afirmativa la respuesta, se deberá establecer si había lugar a ordenar a la AFP demandada a trasladar a Colpensiones la proporción que en su momento descontaron por concepto de gastos por administración, las sumas adicionales de la aseguradora y lo correspondiente a las cuotas de garantía de pensión mínima, debidamente indexada. Además, se deberá determinar si hay lugar a eximir de las costas de primera instancia a la AFP Porvenir S.A.

Así mismo, se deberán analizar las órdenes impartidas en la sentencia y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Previo al análisis a realizar, es de mencionar que los siguientes hechos no presentan discusión:

- La demandante nació el 6-agosto-1959 [Pág. 3, archivo 5]
- La demandante se afilió al ISS desde el 18-marzo-1982, aportando 430,86 semanas al momento del traslado [Pág. 31 archivo 12]
- Se afilió a Porvenir S.A. el 8-octubre-1999 [Pág. 39, archivo 20], siendo efectivo desde el 01-diciembre-1999 [Pág. 40, archivo 20]
- En cuanto a la información de bonos pensionales, cuenta con bono tipo A, modalidad 2 visión 1, cuya fecha de redención normal data del 06-agosto-2019 [Pág. 42-44, archivo 20]

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, entre otras.

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.

Además de lo expuesto, la Corte ha reiterado (SL1017/2022) que, la trasgresión al deber de información en 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).

Caso concreto: ¿Se acreditó el cumplimiento del deber de información?

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.

Ahora, al ser interrogada la demandante indicó que no ha solicitado la pensión ante Porvenir S.A y que continúa vinculada laboralmente. En cuanto al tipo de información recibida al momento del traslado, negó haber recibido información diferente a la manifestada en el escrito de demanda; que solo hasta ahora supo que no lo ofrecido no era real, pues al acercarse a Porvenir S.A. le indicaron que no tendría derecho a ninguna pensión anticipada y que incluso tendría que trabajar muchos años más, sin que pueda tener una pensión digna porque la mesada seria sobre el salario mínimo; que incluso ahora que está investigando sobre su situación, supo que con su traslado perdió el régimen de transición, lo cual no se advirtió nunca por el asesor y tampoco se le hicieron paralelos entre los regímenes.

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 el 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, 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 **1999**, es factible pregonar sin vacilación que, a la AFP demandada

-Porvenir S.A.-, 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.

Aquí, es de recalcar que el hecho que la afiliada 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, 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.

De otro lado, 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 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, situación que aquí no ocurre por cuanto la demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionado, pues recuérdese que durante su interrogatorio informó que continuaba como trabajadora pública, de manera enfática dijo no haber solicitado la pensión, 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, razón por la cual no le asiste la razón al vocero de Porvenir S.A. cuando afirma que no era esta la acción que debió adelantar la demandante.

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

¹ 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.

De manera que, no le asiste la razón a Porvenir S.A. frente a su argumento encaminado a que a la demandante se le ofreció toda la información necesaria para mutar de régimen pensional.

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

Caso concreto: Consecuencias de la ineficacia.

Establecida la ineficacia del acto, pasa la Sala a resolver el problema jurídico relativo a las órdenes impartidas a la AFP **Porvenir S.A.** quien recrimina la orden de devolver los valores que fueron cobrados por los fondos privados a título de gastos y/o comisiones por administración, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, frente a lo cual, refieren que se desconoce los efectos de la declaratoria de la ineficacia y se torna un actuar por fuera del ordenamiento legal.

Pues bien, para iniciar debe decirse 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, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020) y por tanto 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).

Para reforzar lo anterior, se trae a colación el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral, sentencia SL1017-2022 M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, donde se dijo:

“... 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.

Revisión de las condenas y grado de consulta a favor de Colpensiones.

Revisadas las órdenes impartidas en la sentencia, encuentra la Sala la necesidad de modificar el ordinal tercero de la parte resolutive para excluir la orden de remitir a Colpensiones, además de los aportes y rendimientos financieros, lo correspondiente a “los intereses”, ello por cuanto los rendimientos corresponden a los mismos frutos o intereses por lo que el haber dispuesto el traslado de “los aportes junto con los intereses” resulta errado.

Del bono pensional tipo A.

Como quiera que del natalicio de la parte demandante es del 6-08-1959 y, de acuerdo con la historia laboral al momento de traslado de régimen contaba con 430.86 semanas en el RPM con PD, lleva a concluir que a su favor se generaría el bono pensional tipo A, cuya fecha de referencia o de redención normal se estimó para el **06-08-2019**, aspecto que conlleva a que sea pertinente el adicionar a lo ya dispuesto en el ordinal cuarto de la sentencia, el disponer que en el evento de haberse redimido y pagado el bono a favor de la cuenta de ahorro individual, la AFP Porvenir 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.

De la imposición de costas de primera instancia.

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 hay lugar a relevar de dicha imposición a Porvenir S.A.

No obstante, tampoco puede desconocer la Sala que el fallador de instancia fijó erradamente las agencias en derecho en la sentencia objeto de estudio, ya que según prevé el artículo 366 del Código General del Proceso dicha etapa procesal se dispuso una vez ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o se notifique el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior. Así las cosas, con el fin de proteger los derechos de contradicción y defensa de las partes procesales, que en este aspecto solo pueden ser ejercidos frente al auto que aprueba la liquidación de costas, se excluirá del numeral séptimo de la providencia recurrida la fijación de agencias en derecho.

Con todo, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen y como se resolvió de forma desfavorable el recurso interpuesto por las demandadas, se les impondrá costas en esta instancia a favor de la parte actora,

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 en el sentido de excluir de las órdenes impartidas, la remisión a Colpensiones de los "*intereses*" que se ordenaron trasladar junto con los aportes y rendimientos. En lo demás, se mantiene incólume lo dispuesto.

SEGUNDO: ADICIONAR al ordinal cuarto de la sentencia, en el sentido de disponer que en el evento de haberse redimido y pagado el bono a favor de la cuenta de ahorro individual, la AFP Porvenir 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 séptimo de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido excluir de dicho numeral la suma fijada como agencias en derecho, por las razones expuestas.

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

QUINTO: 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: **cf84d66549b7e588aa4b56cd11620080ff14ead1f21277b1d0bc250e4a7411a1**

Documento generado en 16/09/2022 03:05:48 PM

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