

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	66001310500120180025501
Demandante	Juan Javier Gutiérrez Navarro
Demandados	Colpensiones - Porvenir S.A.
Vinculados	Ministerio De Hacienda y Crédito Público
Asunto	Apelación y Consulta sentencia 8-10-2021
Juzgado	Primero Laboral del Circuito
Tema	Ineficacia – pensión de vejez

APROBADO POR ACTA No. 03 DEL 17 DE ENERO DE 2023

Hoy, dieciocho (18) de enero de dos mil veintitrés (2023), 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 Colpensiones y Porvenir S.A. y a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de los entes públicos frente la sentencia de primera instancia proferida el **8 de octubre de 2021**, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta Ciudad dentro del proceso ordinario promovido **JUAN JAVIER GUTIÉRREZ NAVARRO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PORVENIR S.A.** A la litis se vinculó al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**. Radicado 66001310500120180025501.

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 el artículo 15 del Decreto No. 806 de 2020,

adoptado como legislación permanente por la Ley 221 del 13 de junio de 2022, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 03

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones Principales.

JUAN JAVIER GUTIERREZ NAVARRO solicita se declare la nulidad de la afiliación realizada al RAIS a través de Porvenir S.A. el 1-09-1994; que es beneficiario del régimen de transición y le es aplicable la sentencia SU 062/2010 para trasladarse hacia Colpensiones. Por tanto, solicita que se declare la validez, vigencia y continuidad de la afiliación al régimen de prima media (RPM con PD) administrado por Colpensiones, disponiendo que éste último es el responsable de reconocer la pensión de vejez desde el **25 de noviembre de 2013**, con fundamento en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, data en que cumplió los 55 años.

Conforme a la anterior declaración, solicita se condene a **Porvenir S.A.** a trasladar sus aportes y rendimientos hacia Colpensiones, sin descontar las cuotas de administración, además de las diferencias que existen entre los aportes realizados y los que debió hacer ante Colpensiones. En contraste, se condene a **Colpensiones** a recibir sus aportes y a reactivar la afiliación, reconociendo la pensión de vejez a partir del 25-11-2013 conforme a la Ley 33 de 1985, en cuantía de \$1.648.608 según IBL de \$2.198.144 determinado con el promedio de salarios de los últimos diez años y con la aplicación de la tasa de remplazo del 75%. Adicionalmente, solicita el pago de intereses moratorios y costas.

1.2. Pretensiones Subsidiarias.

Solicita se declare la nulidad de la afiliación realizada al RAIS a través de Porvenir S.A. el 1-09-1994 ante la falta de información. Por tanto, solicita que se declare la validez, vigencia y continuidad de la afiliación al régimen de prima media administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad desde el 17 de abril de 1979, disponiendo que éste último es el responsable de reconocerle la pensión de vejez desde el **25 de noviembre de 2020**, con fundamento en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, data en que cumplió los 62 años.

Conforme a la anterior declaración, solicita se condene a **Porvenir S.A.** a trasladar sus aportes y rendimientos hacia Colpensiones, sin descontar las cuotas de administración. En contraste, se condene a **Colpensiones** a recibir sus aportes y a reactivar la afiliación, así mismo, se le reconozca la pensión de vejez a partir del 25-11-2020 conforme a la Ley 797 de 2003, en cuantía de \$1.295.108 según IBL de \$1.729.347 según promedio de salarios de los últimos diez años y se le dé aplicación de la tasa de remplazo del 74.89%. Adicionalmente, solicita el pago de las costas.

1.3. Hechos.

En sustento de lo pretendido, relata el demandante que nació el 24-11-1958; hizo aportes al ISS desde el 17 de abril de 1979 hasta el 30-08-1994 y que a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 contaba con 35 años y 779,60 semanas.

Informa que el 1 de septiembre de 1994 signó formulario de afiliación con Porvenir S.A. y se queja de la falta de la insuficiente asesoría que le fue dada por dicha AFP al momento del traslado en tanto que le hizo ofrecimientos relativos a que le era más conveniente trasladarse de régimen, pero omitió darle información sobre los riesgos y desventajas que le acarrearía dicha determinación.

Agrega que fue empleado público del Banco del Estado entre el 07-01-1980 hasta 31-07-2000 contando con más de 20 años de servicios en tanto que la edad de 55 años la alcanzó el 24-11-2013.

La demanda fue radicada el 25 de mayo de 2018 y admitida por auto del 7 de junio de 2018.

1.4. Posición de las demandadas.

La **Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”** se opuso a las pretensiones considerando que el accionante no era su afiliado. Formula las excepciones **inexistencia de la obligación demandada, prescripción** y genéricas.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** No hizo oposición a lo solicitado. Sin embargo, excepcionó

prescripción, buena fe, genéricas, compensación, exoneración de costas e intereses moratorios, conflicto jurídico excluyente.

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, se opuso a cualquier pretensión en contra de dicha cartera Ministerial considerando inocua la vinculación realizada por el Juzgado debido a que no se cuenta con obligaciones pendientes al no haberse causado la fecha de redención normal del bono. Excepciona: **Falta de legitimación en la causa por pasiva: la oficina de bonos pensionales no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional, La oficina de bonos pensionales del ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplió con la emisión del bono pensional del Sr. Juan Javier Gutiérrez Navarro y buena fe.**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez Primero Laboral del Circuito de Pereira, mediante sentencia del 8 de octubre de 2021, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de inexistencia de la obligación demandada propuesta (...).

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del RPM con PD al RAIS efectuado por JUAN JAVIER GUTIERREZ NAVARRO el 1 de agosto de 1994, 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 [...] RAIS 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: ORDENAR a COLPENSIONES proceder sin dilaciones a aceptar el traslado de JUAN JAVIER GUTIERREZ NAVARRO.

QUINTO: ORDENAR a PORVENIR SA que proceda a efectuar la devolución del valor recibido por concepto de bono pensional del demandante a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de

Hacienda y Crédito Público, suma que deberá ser reintegrada debidamente indexada a la fecha de pago, indexación que debe ser asumida con cargo a sus propios recursos.

SEXTO: ORDENAR a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, una vez reciba el saldo correspondiente al Bono Pensional de parte de Porvenir S.A, ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 1 de agosto de 1994, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia, el bono pensional que se haya generado a favor del señor JUAN JAVIER GUTIERREZ NAVARRO y que tenía como fecha de redención el 24 de noviembre del 2020.

SEPTIMO: DECLARAR que JUAN JAVIER GUTIERREZ NAVARRO, conserva válida y vigente su afiliación al RPM con PD, dada la declaratoria de ineficacia de su traslado al RAIS.

OCTAVO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda [...]

NOVENO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra [...]

DÉCIMO: CONDENAR a [...] PORVENIR SA, a pagarle al demandante las costas procesales generadas en esta instancia. 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.

DECIMO PRIMERO: ABSTENERSE de imponer condena al pago de costas procesales a COLPENSIONES y MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, conforme a lo dicho en la parte motiva.

La jueza de primera instancia, al establecer que el accionante no contaba con derechos transicionales a falta de los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, encontró improcedente la pretensión principal relativa a la aplicación de la sentencia SU062/2010.

Luego, al abordar la pretensión subsidiaria encaminada a declarar la nulidad de la afiliación al RAIS por la falta de información para ello

acudió a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia abordando el análisis desde la figura de la ineficacia atendiendo a que se alega la falta de información para la formación del acto jurídico del traslado de régimen. De acuerdo a ello, refirió que la AFP debía suplir 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 fuera suficiente la sola suscripción del formulario de afiliación porque solo acreditan que existió un consentimiento más no que hubiese sido informado. De acuerdo a ello, concluyó que en el material probatorio no se advertía prueba indicativa de que la AFP hubiese cumplido con el deber de información respecto del demandante, en los términos y con las características antes referidas, sin que la suscripción del formulario de afiliación y la historia laboral fueran suficientes en tanto no mostraban la información que fue suministrada al momento del traslado de régimen y del interrogatorio tampoco advirtió la confesión de haberse recibido toda la información con las características que denota la jurisprudencia, razón por la cual concluyó que se tornaba ineficaz la afiliación al RAIS con las consecuencias relativas al retorno de los gastos de administración, primas que respaldan la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales debidamente indexadas.

En cuanto a la pensión solicitada de manera subsidiaria, concluyó que si bien la misma se causó desde el 20 de noviembre de 2020 atendiendo a que a dicho momento arribó a la edad de 62 años y contando con más de 1300 semanas cotizadas, conforme a la Ley 797 de 2003, lo cierto que la pretensión constituía una petición antes de tiempo en tanto que a la presentación de la demanda (25-05-2018) el actor no acreditaba los requisitos mínimos para causar la prestación.

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 y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

III. APELACIÓN Y CONSULTA

3.1. Porvenir S.A. expresó que la accionante había recibido la asesoría necesaria para la época en que se produjo el traslado en tanto que el

nivel exigido de información era básica y verbal; que la demandante se ratificó en dicha decisión considerando que la única razón que tenía para retornar era por el valor que tendría como mesada.

En cuanto a la orden de trasladar los gastos de administración durante el tiempo en que estuvo afiliada la actora a la AFP, refirió que ello era contrario a la ley al desconocer normativas del Código Civil aunado a que vulneraba el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Asegura que tampoco había lugar a devolver los seguros previsionales porque fueron descuentos realizados cada mes para cancelar la póliza con la aseguradora quien era un tercero de buena fe que no podía verse afectado en tanto que tampoco hizo parte del proceso.

Finalmente, solicitó que no fuera condenado en costas además de considerar que el actor estaba a menos de 10 años de la edad mínima pensional.

3.2. Colpensiones. Sustentó su alzada en que el accionante si recibió la información básica suficiente para la época en que se produjo el traslado. Asegura que la accionante perseguía un interés económico traducido en el monto de la mesada a pesar de haber permanecido por años en el RAIS sin que nunca se hubiere interesado en retornar a prima media lo que significaba una afectación a la sostenibilidad del RPM con PD al tener que resarcir un daño que no causó; debía tenerse en cuenta que el accionante estaba a menos de 10 años de la edad mínima por lo que de acceder a lo pretendido tal cosa conllevaba a la descapitalización del sistema

Finalmente, solicita que de accederse a lo pretendido se ordene a su contraparte remitir los aportes, rendimientos, bonos y demás en un tiempo perentorio, informando de manera discriminada cada concepto.

IV. ALEGATOS

La fijación en lista para surtir el traslado para alegatos se surtió el **28 de abril de 2022**. Las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones presentaron alegatos. Los demás guardaron silencio. 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: (I) Establecer si fue acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS; (II) De ser afirmativa la respuesta, se deberá determinar, establecer si hay lugar a ordenar a las AFP demandadas, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de régimen pensional, que además de las cotizaciones y rendimientos, se trasladen a Colpensiones la proporción que en su momento descontaron por concepto de gastos y/o comisiones por administración, las sumas adicionales de la aseguradora y lo correspondiente a las cuotas de garantía de pensión mínima, debidamente indexada.

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

Aunado a ello, se determina que los siguientes hechos no presentan discusión los siguientes aspectos:

- El accionante nació el 24-11-1958 [archivo 03. Pág. 33]
- El demandante se afilió al RPM con PD desde el 17-04-1979 [archivo 14. Pág. 16] contando con 764.72 semanas hasta el 31-08-1994.
- El actor, cotizó al RPM con PD un total de 764 semanas al momento de trasladarse de régimen [archivo 03. Pág. 21].
- El accionante signó formulario para cambio de régimen a través de **Porvenir S.A.** el **2 de agosto de 1994** [archivo 15, página 26].
- De acuerdo con la información de bono pensional [archivo 20. Pág. 20], el accionante cuenta con bono tipo A, modalidad 2 cuya data de redención normal data del **24 de noviembre de 2020**, instrumento que fue pagado por el Ministerio de Hacienda el 30 de noviembre de 2020.

Desenvolvimiento del asunto planteado.

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

5.1. 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).

5.2. De la permanencia 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 durante su interrogatorio acepta haber firmado los formularios de afiliación 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.

De hecho, durante el **interrogatorio** al actor, informó que aún se encuentra vinculado laboralmente y frente a los hechos discutido en

síntesis dijo que a su traslado de régimen solo se le informó sobre lo positivo del RAIS; que no se hicieron comparaciones respecto del RPM con PD; como se anunció, aceptó que el formulario fue signado de manera libre, voluntaria y sin presiones; que nunca miró otras alternativas en tanto que nunca se le advirtió sobre las posibilidades pensionales, los límites para retornar a Colpensiones o de los periodos de gracia.

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.

De igual forma se escuchó el testimonio de **José Yesid Gaona Villamil**, excompañero del actor en el Banco del Estado quien comentó que al momento del traslado del actor aun no trabajaban juntos porque laboraron en diferentes ciudades, por lo que ningún aporte pudo otorgar a la litis respecto de la información suministrada o dejada de suministrar en tanto que no presencié el momento de los hechos.

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 **1994**, 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.

Ahora, no se puede pretender 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 por el hecho de no haber hecho uso de los periodos de gracias o porque no hubiese manifestado la intención de regresar al régimen de prima media, antes de encontrarse inmerso en la prohibición de cambiarse de régimen, es decir cuando faltaren menos de 10 años para acceder a la edad pensional, pues lo que ello evidencia es la falta de acompañamiento, y aún, ante el supuesto que el accionante hubiese tenido de presente la limitación de estar a menos de 10 años, 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, en tanto que no 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 del afiliado 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 se evidencian actos que pudieran haber convalidado la voluntad del afiliado de pertenecer al RAIS. A propósito de ello, es del caso traer a colación la sentencia SL1055-2022 (2-03-2022)¹, que en lo pertinente recalcó:

“... si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 obediencia 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 [...] sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones

que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS”.

Es de recalcar, que la Sala de Casación Laboral ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia². Sin embargo, dicho criterio es aplicable solo para el caso de afiliados, pues, en tratándose de pensionados, la alta Corporación ha definido en sentencia SL373/2021, 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, en tanto que en el expediente no obra evidencia alguna de que estuviese disfrutando de una pensión otorgada por el RAIS, y por ello nada impide el declarar la ineficacia, acción que no fue equivoca porque la ineficacia surge de la indebida o falta de información al momento de traslado de régimen, como aquí sucedió.

Conforme a lo expuesto, la ineficacia del traslado que fue decretada 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 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.

² CSJ Sentencia SL1688-2019

5.3. De las 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 demandada 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. Frente a ello, 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)”.

Ahora, de cara a los cuestionamientos frente a las órdenes que les fueron impartidas a las AFP, para mayor ilustración, hay que partir del hecho que la cotización es una obligación que se deriva de la afiliación

al sistema y de allí, es que las pensiones se consolidan a partir de esos aportes realizados por o a favor de afiliado.

En el RPM con PD, es sabido que esos aportes constituyen un fondo común de naturaleza pública destinada al pago de las pensiones, los gastos de administración y a la eventual capitalización de las reservas. En este régimen, del total del aporte, el 3% se destina a financiar los gastos de administración, las pensiones de invalidez y sobrevivientes y lo restante, ingresa al fondo común para financiar las pensiones de vejez y la capitalización de las reservas.

En contraste, en el RAIS del total del aporte, el 11.5% del IBC se direcciona a la cuenta de ahorro individual del afiliado, el 1.5% del aporte se destina al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS y el 3% restante se destina a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin y las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes.

De allí, es que las sumas que fueron cobradas para financiar los gastos de administración, incluidos los destinados para el fondo de garantía de pensión mínima y los utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, al ser parte integrante de la cotización, pues fueron descontados de ella, corresponden a los valores que deben ser restituidos a Colpensiones porque fue allí donde debieron ingresar y, deben ser indexados, porque dichos valores están afectados por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Con todo, puede decirse que las órdenes impartidas a la AFP encaminada a que Colpensiones perciba los conceptos que se acaban de enunciar, no son condenas a título de sanción, sino que son la consecuencia que se deriva del acto jurídico declarado ineficaz, lo que conlleva a que no se transgreda el principio de consonancia y, por la ineficacia misma, tampoco puede prescribir lo que no tuvo efectos jurídicos, máxime cuando de esa proporción del aporte es que emerge el derecho a la futura pensión del afiliado.

Así las cosas, es de concluir que no tiene vocación de prosperidad los argumentos planteados por la AFP Porvenir S.A., lo cual amerita confirmar las órdenes impartidas en la sentencia.

5.4. Revisión de las condenas - grado de consulta.

A propósito de ello, al revisar la sentencia respecto del grado de consulta en favor de Colpensiones, específicamente el ordinal tercero se dispuso a 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 [...]”. Al respecto, encuentra la Sala la necesidad de modificar el citado ordinal, para excluir la orden de trasladar los intereses y bonos pensionales en tanto que la orden resulta difusa porque lo que se ha debido ordenar es el traslado de **“la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual”** porque los intereses y rendimientos corresponden a un mismo concepto. De otro lado, el trasladar el bono pensional no se acompasa con los efectos de la ineficacia y al contrastarlo con el ordinal quinto y sexto de la misma parte resolutive resultan ser ordenes contradictorias y excluyentes, razón por la cual se excluirá del ordinal tercero la orden de trasladar los “bonos pensionales”.

5.5. Del bono pensional.

A propósito del bono pensional como quiera que de la información aportada al proceso se colige que a favor del actor se pagó el bono pensional tipo A modalidad 2, cuya fecha de referencia o de redención normal data del 24-11-2020, el cual fue cancelado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público según obra en el archivo 39 digital, conlleva a que las ordenes impartidas en los ordinales quinto y sexto se deban mantener incólumes.

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

5.6. De las costas y agencias en derecho.

Frente a las costas de primera instancia, no resulta de recibo la solicitud de Porvenir S.A., encaminada a que fuera relevado de su imposición al considerar que el actor estaba a menos de 10 años de la edad mínima pensional por cuanto lo aquí debatido fue el incumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen del demandante aspecto que, como se concluyó no pudo ser desmeritada por la demandada siendo tal aspecto la razón por la cual resultó vencido en juicio y, como quiera que las costas son

consecuencia de las resultas del proceso, claro resulta que 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 dicha AFP.

Al margen de lo anterior, no 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 décimo de la providencia recurrida la fijación de agencias en derecho.

Finalmente, en esta instancia se les impondrá costas a Colpensiones y Porvenir S.A. por cuanto los recursos incoados no salieron adelante.

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.

VI. RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido excluir la orden de trasladar “los bonos pensionales”, así como “los intereses” y para otorgar mayor claridad de la orden impartida, el cual quedará así:

“TERCERO. ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que proceda a remitir ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de **JUAN JAVIER GUTIÉRREZ NAVARRO.**

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 **DÉCIMO** 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.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
ACLARACIÓN DE VOTO

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
ACLARACIÓN DE 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: **76621b85394cc3dbe525a570e92a3959ebb67828933960d49c1bc21ae888ee8d**

Documento generado en 18/01/2023 09:44:04 AM

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