

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	66001310500120190042301
Demandante	ROSALBA TINJACÁ RUBIANO
Demandado	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Asunto	Apelación y consulta de la sentencia del 7-09-2022
Juzgado	Primero Laboral del Circuito
Tema	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 09 DEL 24 DE ENERO DE 2023

Hoy, treinta (30) 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 Goez Vinasco, proceden a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y el grado de consulta que opera a favor de Colpensiones, frente la sentencia de primera instancia proferida el **7 de septiembre de 2022**, por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito** de esta Ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **ROSALBA TINJACÁ RUBIANO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** Radicado **66001310500120190042301**.

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.

Reconocer personería para actuar, por su condición de abogado inscrito de Tous Abogados Asociados S.A.S. al abogado Sebastián Ramírez Vallejo con cédula No. 1.088.023.149. y T.P. No. 316.031. CS de la J, en representación de los intereses de PORVENIR S.A.

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. 07

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones.

ROSALBA TINJACÁ RUBIANO aspira a que se declare la nulidad de la afiliación que hizo al RAIS a través de **PORVENIR S.A** y que constituyó el cambio de régimen pensional. En consecuencia, solicita que se le declare en libertad de afiliarse al RPM con PD administrado por **COLPENSIONES**, disponiendo a que esta la reciba nuevamente como afiliada cotizante y se le ordene a **PORVENIR S.A.** a liberar sus bases de datos y a trasladar hacia Colpensiones la totalidad de sus cotizaciones. Además, solicita se condene al pago de las costas.

1.2. Hechos.

Las pretensiones se encuentran sustentadas en que ROSALBA TINJACÁ RUBIANO nació el **19 de octubre de 1959**; se afilió al RPM con PD desde junio de 1983 realizando aportes hasta agosto de 2001; que el **8 de junio de 2001** signó formulario de afiliación al RAIS con **PORVENIR S.A.**, decisión en la que recrimina la escasa información por parte del Asesor de dicha AFP.

La demanda fue presentada el 4 de octubre de 2019 y fue admitida por auto del 7 de noviembre de 2019.

1.3. Posición de los demandados.

Colpensiones al contestar manifestó oposición a lo pretendido bajo el argumento que no obraba prueba que demostrara el engaño o la inducción al error al demandante, al momento de suscribir el formulario de afiliación al RAIS. Como excepciones formuló **inexistencia de la obligación demandada, prescripción, estricto cumplimiento de la normatividad vigente, buena fe y las genéricas.**

Porvenir S.A., se opuso a lo pretendido bajo el argumento que el acto jurídico atacado era válido por cuanto fue signado por el afiliado de manera libre, voluntaria y sin presiones, previa asesoría suministrada por el asesor de la AFP. Excepciona: **validez y eficacia de la afiliación de la demandante a**

Porvenir S.A. e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de una eventual nulidad relativa, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de trasladar el pago al seguro previsional, en caso de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS, prescripción, buena fe e innominadas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante decisión del 7 de septiembre de 2022, la Jueza Primera Laboral del Circuito de Pereira 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 S.A. y, 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 ROSALBA TINJACA RUBIANO, el 1° de agosto de 2001, a través de a Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

TERCERO. ORDENAR a a Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. 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 además restituir con cargo a sus propios recursos, el valor que durante todo el tiempo de vinculación a dicho fondo de la 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 en el Decreto 833 de 2016, que compila las normas en este sentido.

QUINTO. ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES proceder sin dilaciones a aceptar el traslado de la señora ROSALBA TINJACA RUBIANO.

SEXTO. DECLARAR que la señora ROSALBA TINJACA RUBIANO, conserva válida y vigente su a la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, dada la declaratoria de ineficacia de su traslado al RAIS.

SÉPTIMO. CONDENAR a a Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. a pagar a la demandante las costas procesales generadas en esta instancia a su favor las que se liquidarán en 70% en la oportunidad procesal pertinente, conforme a lo dicho en la parte motiva.

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

La jueza de primera instancia, acudiendo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, abordó el análisis del caso atendiendo a que la falta de información para la formación del acto jurídico del traslado de régimen se aborda desde la figura de la ineficacia, donde 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 sea 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 de la 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 al actor tampoco se advertía la confesión de haberse recibido toda la información con las características que denota la jurisprudencia, razón por la cual se tornaba ineficaz la afiliación al RAIS.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Porvenir S.A., apeló la decisión en torno a la orden impartida a dicha AFP encaminada a devolver los gastos de administración y rendimientos financieros al considerar que ello desconoce el ordenamiento legal por cuanto y, sin importar la causa de la ineficacia, se debía reconocer a Porvenir S.A. las expensas de los gastos que se hubieren hecho en favor de la afiliada, en procura de generar los rendimientos. Agrega que no era posible que le fuera desconocido a Porvenir S.A. la gestión realizada para lograr dichos rendimientos durante la administración de los recursos consignados en la cuenta de ahorro individual; que debía tenerse en cuenta las compensaciones mutuas a que hubiere lugar, lo cual es apenas lógico si con la ineficacia las cosas volvieron al estado en que se hallaban antes del traslado de régimen. De otro lado, refiere que, de no atenderse dicha petición, era generar un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, pues esta no ejecutó acciones de administración frente a dichos recursos. Resalta que la actora se encuentra bajo la prohibición de trasladarse nuevamente al estar a menos de 10 años de la edad mínima pensional.

En cuanto a la condena en costas en un 60% manifestó su desacuerdo al considerar que siempre actuó de buena fe, propuso formulas conciliatorias que no fueron aceptadas y adicional a ello, no le era posible evitar la presente litis, sin que bastara con indicar que la parte vencida es quien asume las costas.

Colpensiones, recrimina la decisión de haberse declarado ineficaz el traslado de régimen pensional al considerar que la acción judicial está encaminada a retornar a prima media después de haberse mantenido en el RAIS por más de 20 años cuando el verdadero interés de retornar lo era por razones netamente económicas frente a la posible mesada que obtendría, aspecto que afecta la sostenibilidad financiera del sistema; se le impone a Colpensiones a tener que resarcir un daño que no causó y que fue consecuencia de una decisión libre y voluntaria de un afiliado que no se interesó en retornar solo hasta cuando vio fallidas sus expectativas pensionales. Asegura que la decisión desconoce la limitante que existe de trasladarse faltándole menos de 10 años para adquirir la edad mínima pensional lo cual iba en contravía de 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

La fijación en lista para surtir el traslado para alegatos se surtió el 6 de diciembre de 2022. 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: (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 Colpensiones.

De otro lado, los siguientes hechos no presentan discusión los siguientes aspectos:

- (i) La demandante nació el **19 de octubre de 1959** [archivo 001, pág. 26];
- (ii) La demandante suscribió formulario de afiliación con el que se produjo el traslado de régimen desde Cajanal hacia la AFP Porvenir S.A., el **8 de junio de 2001** [archivo 001, pág. 43];
- (iii) De la historia laboral de Porvenir S.A., se desprende que a favor de la actora existe bono pensional a su favor cuya fecha normal de redención corresponde al **19 de octubre de 2019**. [archivo 001, pág. 44].

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 a la promotora de esta litis, indicó que en la actualidad continúa vinculada con la administración pública. Respecto de la información recibida al momento de trasladarse de régimen se reiteró en los hechos de la demanda, negando haber recibido información adicional. Aceptó el haber firmado el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones.

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 **2001**, 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.

Frente al tema, 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 haber hecho uso de los periodos de gracias o por la afiliación a aportes voluntarios que hizo de manera ulterior, o porque 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 evidencian 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, 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 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 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,

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 [...] 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

² CSJ Sentencia SL1688-2019

una pensión otorgada por el RAIS, y por ello nada impide el declarar la ineficacia, acción que no fue equivocada 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 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 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.

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 las AFP demandadas quienes al unísono recriminan 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 lo 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.

De otro lado, debe decirse 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).

Ahora, de cara a los cuestionamientos frente a las órdenes que les fueron impartidas a las AFP, es menester traer a colación lo indicado en la sentencia SL4322/2022 en la que se explicó que al no encontrarse una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación Civil, era pertinente acudir al precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, es decir, al artículo 1746 del Código Civil, y así concluir que el efecto de la declaratoria de ineficacia era retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las **restituciones o compensaciones mutuas** que deban hacer los contratantes, como se memoró en la sentencia CSJ SL2877-2020. En dicha providencia, la Corte dejó sentada su posición respecto a los efectos de la ineficacia, con relación a las restituciones mutuas que deban hacerse los intervinientes, en este caso los sujetos de la relación jurídica de la afiliación como lo son las AFP. Al respecto dijo lo siguiente:

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como *una sola*, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación

definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que *«la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales»* (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al *fondo de solidaridad pensional* para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 *ibidem*-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que *«las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»*, debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones [...].”.

Ahora, 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.

Ahora, de cara a la compensación a la que hace referencia la AFP, cumple señalar que únicamente habría lugar a la compensación o restitución de valores a favor de la AFP PORVENIR S.A. en aquellos eventos en que al afiliado - *de ser el caso* - se le hubieren reconocido valores a título de prestaciones propias del sistema, situación que aquí no ocurre. De otro lado, - se insiste - que la obligación de la AFP de trasladar a Colpensiones los emolumentos dispuestos en la sentencia es una consecuencia de la ineficacia sin que se pueda decir que lo dispuesto hubiese sido una forma de enriquecer al afiliado o a Colpensiones, sino que su orden se da como consecuencia de la conducta indebida de la AFP. En suma, no le asiste la razón al recurrente frente a los reclamos realizados en ese sentido.

También 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, no 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 del RAIS, lo cual amerita confirmar las órdenes impartidas en la sentencia.

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

A propósito de ello, al revisar la sentencia, específicamente el ordinal TERCERO donde se dispuso:

TERCERO. ORDENAR a a Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. 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 además restituir con cargo a sus propios recursos, el valor que durante todo el tiempo de vinculación a dicho fondo de la 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.

Revisadas dichas órdenes, encuentra la Sala la necesidad de modificar parcialmente el citado ordinal, para excluir la orden de trasladar los "intereses"

por cuanto dicho concepto se encuentra inmerso en los rendimientos financieros.

5.5. Del bono pensional.

Como quiera que de la historia laboral aportada al proceso por parte de Porvenir S.A., se desprende que a favor de la actora existe bono pensional cuya data normal de redención correspondió al 19 de octubre de 2019 [archivo 001, pág. 44], desconociéndose el estado actual de dicho instrumento por ello se mantendrá la orden impartida en el ordinal cuarto de la sentencia pero se adicionará en el sentido de disponer que en el evento de haberse pagado bono a favor de la cuenta de ahorro individual de la accionante, la AFP PORVENIR S.A. deberá RESTITUIR la suma pagada a la entidad emisora del bono pensional, debidamente actualizada a valor presente, indexación que deberá asumir la AFP con sus propios recursos.

5.6. De las costas de primera y segunda instancia.

Frente al reproche sobre la imposición de costas procesales realizada por Porvenir S.A., 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 las costas a la AFP en tanto que lo debatido correspondió a una omisión en el deber de información que le competía a Porvenir S.A.

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, se les impondrá costas en esta instancia, sin que sea de recibo la solicitud de Colpensiones de que se le exima de las mismas toda vez que las costas en esta instancia se causaron.

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 de excluir la orden de trasladar “los intereses”. En lo demás, dicho ordinal se mantiene incólume.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia para **ORDENAR** a PORVENIR S.A. que, en el evento de haberse pagado el bono pensional a favor de la cuenta de ahorro individual de la accionante, dicha AFP deberá **RESTITUIR** lo pagado a la entidad emisora de bono pensional, debidamente actualizada a valor presente, debiendo cancelar dicha indexación, con cargo a los recursos propios de dicha AFP.

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
Aclaración de voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Aclaración de voto

VII.

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: **81cf5e4cc4a4036b38e99f3f0520bae9997b54ce5ebfae6ebb2cf9ff3c7e7fcc**

Documento generado en 30/01/2023 07:49:55 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>