

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	66001310500320180052403
Demandante	Gina del Rosario Nuñez Polo
Demandado	Colpensiones y Porvenir S.A.
Asunto	Apelación y consulta sentencia 11-05-2021
Juzgado	Tercero Laboral del Circuito
Tema	Ineficacia de traslado

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 las demandadas y a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del ente público frente la sentencia de primera instancia proferida el **11 de mayo de 2021**, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta Ciudad dentro del proceso ordinario promovido **GINA DEL ROSARIO NUÑEZ POLO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PORVENIR S.A.** Radicado **66001310500320180052403**.

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. 04

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones.

GINA DEL ROSARIO NUÑEZ POLO aspira a que se declare la nulidad de la afiliación realizada al RAIS a través de AFP Porvenir S.A. con la finalidad de que se condene a Colpensiones a recibirla como su afiliada y a Porvenir S.A. a trasladar sus aportes hacia Colpensiones. De igual forma, solicita se condene a las demandadas en costas procesales.

1.2. Hechos.

En síntesis, se señala que la demandante nació el 9 de marzo de 1960; inició cotizaciones en el RPMPD desde agosto de 1984; en noviembre de 2000 suscribió formulario de afiliación al RAIS con la AFP Porvenir S.A. sin recibir asesoría respecto de las implicaciones que tendría tal decisión, por lo que considera que la demandada incumplió con el deber de información.

La demanda fue presentada el 26 de octubre de 2018 y admitida por auto del 30 de octubre de 2018.

1.3. Posición de las demandadas.

1.3.1. Colpensiones se opuso a las pretensiones al considerar que la afiliación de la demandante al RAIS era válida porque se hizo con acoplo al ordenamiento legal. Excepciona: **inexistencia de la obligación demandada y prescripción.**

1.3.2. Porvenir S.A. Se opuso a las pretensiones fundamentando que la selección de régimen realizada por la accionante fue conforme al ordenamiento legal, esto es, de manera libre, voluntaria y sin presiones en tanto que no existieron las maniobras preterintencionales que se le endilgan por lo que la accionante no pudo ser víctima de la omisión en la información en el momento de su decisión de trasladarse de régimen, concretándose su decisión en un acto de su propia voluntad. Como excepciones formula: **Genérica o innominada, 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 de Porvenir S.A., 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 esta entidad llamada a juicio y Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Tercera Laboral del Circuito de Pereira, mediante sentencia del 11 de mayo de 2021, dispuso: **PRIMERO:** Declarar que es ineficaz el traslado de régimen pensional que se efectuó por cuenta de GINA DEL ROSARIO NUÑEZ POLO el 8 de noviembre del 2000 [...]. **SEGUNDO:** Declarar que GINA DEL ROSARIO NUÑEZ POLO se encuentra afiliada al RPM con PD actualmente administrado por COLPENSIONES. **TERCERO.** Ordenar consecuentemente a PORVENIR S.A. que proceda a trasladarle a COLPENSIONES el capital que aparece en la cuenta individual de la demandante en los términos enunciados en la sentencia. **CUARTO.** Ordenarle a COLPENSIONES que proceda a habilitar, una vez recepcione la información de PORVENIR S.A., la afiliación de la Sra. NUÑEZ POLO y actualice la historia laboral si es del caso. **QUINTO.** Declarar no probadas las excepciones de mérito que fueron propuestas por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES [...]. **SEXTO.** Condenar en costas a Porvenir S.A. a favor de la demandante y exonerar a Colpensiones.

Para arribar a tal decisión, la A quo entre otros aspectos, trajo a colación lo que significaba la libre escogencia, las condiciones y limitantes de la movilidad entre los regímenes coexistentes y sus características, las formalidades de los formularios de afiliación y las condiciones de un consentimiento informado oportuno, claro y suficiente, así como la carga de la prueba que se encontraba en cabeza de las AFP, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral. De acuerdo a ello, tuvo en cuenta que la omisión en el suministro de la información a los potenciales afiliados al sistema de seguridad social en pensiones conllevaba a la ineficacia del acto jurídico por lo que en el caso concreto, atendiendo la carga de la prueba que gravitaba exclusivamente en Porvenir S.A., concluyó que esta no había sido suplida porque no se arrimaron pruebas idóneas que demostraran cual fue el tipo de información suministrada por el Asesor a la demandante al momento de producirse el traslado de régimen ni que se hubiese dotado a la parte actora de toda la información necesaria al momento de la realización del contrato de afiliación, sin que el formulario suscrito, el que si bien cumplía con los requisitos formales de su

diligenciamiento con la inscripción de ser libre, voluntaria y sin presiones, fuera prueba contundente de haber sido el traslado de régimen producto de una decisión informada.

Refiere que el legislador había contemplado la posibilidad de retracto, el trasladarse antes de los diez años previos a la edad mínima pensional o hacer uso del periodo de gracia, los cuales si bien fueron oportunidades legales para retornar al RPMPD ello no era un imperativo que impidiera la revisión de la validez del acto jurídico primigenio, por lo que la permanencia de la afiliada durante varios años al interior del RAIS no podía considerarse una ratificación de la decisión inicial.

Conforme a lo anterior, dispuso la ineficacia del acto de traslado y entre otros aspectos, concluyó que la consecuencia de ello implicaba la obligatoriedad de Porvenir S.A. de trasladar a Colpensiones no solo los saldos de la cuenta de ahorro individual de la afiliada con sus frutos, intereses y rendimientos, sino también las cuotas de administración y seguros previsionales que fueron descontados de los aportes.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

3.1. PORVENIR S.A., manifestó su inconformidad frente a la ineficacia declarada al considerar que la actora recibió la información pertinente al momento de la afiliación al RAIS; se ratificó en la voluntad de permanecer en el RAIS al beneficiarse de los rendimientos y de sus prerrogativas por más de 20 años por lo que estuvo satisfecha con la decisión de traslado; sostuvo que el nivel de información al momento del traslado era básica y verbal, por lo que no se le puede imponer la rigurosidad que ahora exige la jurisprudencia aunado a que el formulario de afiliación lo signo de manera libre, voluntaria y sin presiones.

De otro lado, recrimina la orden de trasladar los gastos de administración y seguros previsionales al considerar que tal decisión era inequitativa porque tales emolumentos sirvieron a la gestión desplegada por la AFP para generarle mayores rendimientos a la cuenta del demandante aunado a que tal orden no era una consecuencia de la ineficacia declarada y conllevaba a un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

Finaliza solicitando se de ser condenado en costas estas fueran impuestas en un valor mínimo dadas las circunstancias del caso.

3.2. COLPENSIONES, recrimina la decisión de declarar la ineficacia bajo el argumento que la demandante era quien tenía la carga de demostrar el vicio en el consentimiento teniendo en cuenta que lo pretendido era la nulidad del acto jurídico y no la ineficacia; que debía tenerse en cuenta que el traslado al RAIS fue de manera libre, voluntaria y sin presiones, aspecto que confesó la accionante al momento de rendir interrogatorio, sin que lo allí indicado por la accionante y que fuera a favor de ella, pudiese ser tenido en cuenta. Agrega que en el presente caso existieron actos de relacionamiento porque la demandante ha permanecido en el RAIS por más de 20 años sin manifestar descontento alguno y tampoco se interesó en retornar al régimen de prima media en las oportunidades que tuvo.

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.

IV. ALEGATOS

La fijación en lista para surtir el traslado para alegatos se surtió el **27 de septiembre 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 la AFP demandada, 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 y las sumas adicionales de la aseguradora.

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:

- La Sra. Núñez Polo nació el **9 de marzo de 1960** (Expediente administrativo archivo GEN-DDI-CI-2018_12196.pdf)
- La actora era afiliada al ISS contando con 498 semanas aportadas al momento del traslado hacia el RAIS (historia laboral de Porvenir S.A. visualizada en el archivo 01 Cuaderno 1, página 38 sgts)
- La actora suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A. el **8 de noviembre de 2000** (01 Cuaderno 1, página 36 y 147)
- La accionante cuenta con bono pensional tipo A modalidad 2, estando prevista como fecha normal de redención para el 9 de marzo de 2020 (01 Cuaderno 1, página 32, 37 y 152-154)

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 se encuentra vinculada laboralmente con un ente público sin haber solicitado la pensión a Porvenir S.A. 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, pero no informada. Agrega que se les indicó que el ISS se acabaría y que sus condiciones pensionales serían con mayores beneficios; que no retornó al RPM con PD porque nunca le informaron sobre el periodo de gracia o de la posibilidad de retracto.

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 **2000**, 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 la demandante permaneció en el RAIS, el hecho que no se hubiese retractado de su decisión, que no hubiese hecho uso de los periodos de gracia o 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, 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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 la cual 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.

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 las AFP demandada quien recrimina la orden de devolver los valores que fueron cobrados a título de gastos y/o comisiones por administración, incluidas 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 que desconoce la gestión de la AFP.

Frente a lo anterior, 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 la AFP del RAIS debe 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 de la 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 fueron impartidas a la 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.

Acorde con lo anterior, puede decirse que las órdenes impartidas a la AFP son la consecuencia que se deriva del acto jurídico declarado ineficaz, lo que conlleva a que no tengan vocación de prosperidad los argumentos planteados por la AFP Porvenir S.A.

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

Como quiera que el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia resulta poco claro frente a los emolumentos que deben trasladar hacia Colpensiones, porque si bien se enuncia en la parte considerativa de la sentencia que se debe «*trasladar todo el contenido de la cuenta de ahorro individual con sus frutos, intereses y rendimientos, así como lo descontado por cuotas de administración y prima de seguros previsionales*», ello no quedó inserto en la parte resolutive. Sin embargo, de lo anterior debe excluirse la orden relativa a remitir a Colpensiones “los frutos e intereses” porque ellos corresponden a los mismos rendimientos de la cuenta de ahorro individual. En síntesis, para el caso basta con ordenar el traslado de la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual”.

De otro lado, se deberá adicionar la orden en lo no dispuesto por la a-quo, esto es, trasladando las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos de la AFP, sumas que deberán

devolverse debidamente indexadas, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que la actora ha permanecido vinculada a dicha AFP, aspecto que se incluye conforme al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

5.5. Del bono pensional.

Como quiera que del natalicio de la demandante es del 9 de marzo de 1960 y, con la información aportada al proceso, la actora al contar al momento de traslado con 498 semanas en el RPM con PD impone el concluir que a su favor se generaría el bono pensional tipo A, cuya fecha de referencia o de redención normal se estimó para el **09-03-2020**, sin que obre prueba que denote el estado actual del bono pensional. Lo anterior implica la necesidad de adicionar la sentencia en el sentido de ordenar comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión adoptada, para que, en un trámite interno y aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016, proceda a ejecutar todas las acciones necesarias para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional. Y, 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.

5.6. De las costas de primera y segunda instancia.

Frente a la imposición de costas procesales a cargo de 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 dicha imposición a dicha AFP. En cuanto al valor de dicha condena ningún pronunciamiento se hará en atención a que ello corresponde a una etapa procesal aún no surtida.

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.

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 para aclarar y adicionar el ordinal tercero de la sentencia, el cual quedará así:

“Tercero. ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que proceda a remitir ante COLPENSIONES la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la señora GINA DEL ROSARIO NUÑEZ POLO.

De igual forma, deberá trasladar a Colpensiones los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos de la AFP, sumas que deberán devolverse debidamente indexadas, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que la demandante ha permanecido vinculada a dicha AFP”

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A., comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión adoptada, para que, en un trámite interno y aplicando lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016, proceda a ejecutar todas las acciones necesarias para retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional.

En el evento de haberse redimido y pagado el bono a favor de la cuenta de ahorro individual del accionante, 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: 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

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: **fc1a39241f6f1dff06faab464232a6284997aa22bd9bff267c9a9bed232d73d5**

Documento generado en 18/01/2023 09:44:21 AM

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