

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	66001310500520190030201
Demandante	CIRA HELENA MELCHOR
Demandado	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
Asunto	Apelación y consulta de la sentencia 22-08-2022
Juzgado	Quinto Laboral del Circuito
Tema	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 13 DEL 31 DE ENERO DE 2023

Hoy, seis (06) de febrero 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 jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente la sentencia de primera instancia proferida el **22 de agosto de 2022**, por el **Juzgado Quinto Laboral del Circuito** de esta Ciudad dentro del proceso ordinario promovido **CIRA HELENA MELCHOR** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.** Radicado **66001310500520190030201.**

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. 12

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones.

CIRA ELENA MELCHOR pretende que se declare y ordene su traslado desde el Régimen de Ahorro Individual (RAIS) al Régimen de prima media con prestación definida (RPM con PD) al entonces Instituto de Seguros Sociales el día 28 de julio de 2010 y en consecuencia se declare vigente la afiliación a Colpensiones desde el 18 de agosto de 2018.

De manera subsidiaria de la anterior, aspira a que se declare ineficaz el traslado de régimen que hizo desde el RPM con PD hacia el RAIS, declarando la inexistente la afiliación que hizo con Porvenir S.A. y vigente la afiliación a Colpensiones. En consecuencia, solicita que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar hacia Colpensiones los aportes, rendimientos y cuotas de administración y, se disponga que Colpensiones acepte su retorno al RPM con PD.

2.1. Hechos.

En síntesis, los hechos que sustentan las pretensiones informan que CIRA ELENA MELCHOR nació el 11 de agosto de 1960; estuvo vinculada al RPM con PD administrado por el extinto ISS desde agosto de 1988 a enero de 1995. Rememora que el 9 de julio de 1998, se afilió al PORVENIR S.A. siendo las razones que la motivaron la advertencia que le hizo el asesor de la AFP consistente en que el ISS se iba acabar y que en el RAIS se podía pensionar en cualquier tiempo, por lo que ya no era necesario el cumplimiento de la edad. En general, recrimina la escasa información o asesoría proporcionada por el Asesor en tanto que considera que no la orientó frente aspectos relevantes de los regímenes, por lo que considera que no se cumplió con el deber de otorgar una asesoría integral en la antesala de su traslado de régimen.

La demanda fue presentada el 4 de julio de 2019 y admitida por auto del 5 de agosto de 2019.

3.1. Posición de los demandados.

COLPENSIONES manifestó su oposición a lo pretendido bajo el argumento que no había evidencia alguna de engaño y por tanto la afiliación del actor al RAIS era válida y eficaz aunado a que había existido una aceptación implícita de la afiliación en atención a que la accionante ha permanecido en el fondo privado

por más de 20 años. Como excepciones se formularon **validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas.**

PORVENIR S.A., al contestar la demanda se opuso a las pretensiones formuladas en su contra al considerar la imposibilidad de acceder al traslado pretendido por encontrarse la accionante a menos de 10 años de la edad mínima y argumenta que el traslado de régimen se torna eficaz y tuvo efectos jurídicos, de lo cual daba cuenta los aportes realizados por la accionante por más de 22 años. Como excepciones formuló **validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, Inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración, en caso de que se declarare la ineficacia o inexistencia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de trasladar el pago al seguro previsional cuando se declara la ineficacia o inexistencia de la afiliación al RAIS, prescripción, buena fe y las genéricas.**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Quinta Laboral del Circuito de Pereira, mediante sentencia del 22 de agosto de 2022 se dispuso:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones principales de la demanda, por lo expuesto. **SEGUNDO:** DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen CIRA ELENA MELCHOR efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante solicitud del 01 de julio de 1998, con efectividad a partir del 01 de septiembre de 1998 a través de PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO:** ORDENAR a PORVENIR S.A., que proceda a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de CIRA ELENA MELCHOR, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación y sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses, sin descontar suma alguna por concepto comisiones, gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, los que asumirá con cargo a su patrimonio y debidamente indexados. **CUARTO:** COMUNICAR a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, la presente decisión, con el fin de que, en un trámite interno y a través de canales institucionales ejecute todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 31 agosto de 1998, procediendo, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional en caso de que se haya generado en favor de CIRA ELENA MELCHOR y que tendría como fecha de redención normal el 11 de agosto de 2020, aplicando con ello 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. En caso de haber efectuado el pago del bono pensional ejercer las acciones pertinentes para obtener la efectividad de la restitución. **QUINTO:** ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que en caso de haber efectuado la redención del bono

pensional proceda a restituir a la OBP DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO o a la entidad correspondiente el valor pagado por ese concepto en la suma respectiva, la cual deberá ser indexada, precisándose que esa actualización debe ser cancelada con cargo a los recursos propios del fondo de pensiones. **SEXTO:** ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, que acepte el retorno de CIRA ELENA MELCHOR, sin solución de continuidad, desde el momento en que se afilió al régimen que administra. **SEPTIMO:** DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por las codemandadas, conforme las consideraciones esbozadas. **OCTAVO:** CONDENAR en costas a PORVENIR S.A. en un 100% a favor de la parte actora. Por secretaría líquidense. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

En síntesis, el juez de instancia dedujo con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que el caso debía de abordarse desde la ineficacia en sentido estricto al ser la razón la falta de información para la formación del acto; que dicha figura se aplica, independientemente de que sea o no el afiliado beneficiario del régimen de transición, siendo la AFP a quien le incumbe la carga de probar que, de acuerdo al momento histórico en que se formó el acto, cumplió con el deber de información; esto es, que le brindó información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, riesgos, diferencias, condiciones, beneficios y consecuencias de ambos regímenes, sin que sea suficiente la sola suscripción del formulario de afiliación porque solo acreditan que existió un consentimiento más no que hubiese sido informado.

En suma, no encontró que la AFP hubiese acreditado que informó debidamente al afiliado al momento del traslado; que solo arrimó el formulario e historiales que resultaron ser insuficientes para acreditar que cumplieron con el deber de información.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Colpensiones, recurrió la decisión frente a los numerales 2, 3 y 6 sustentando su inconformidad en que no se arrimaron con la demanda medios de pruebas que sustentaran los dichos de la accionante y, recrimina que se hubiere invertido la carga de la prueba porque resultaba ser desventajoso. Alega que en este caso no se probó vicio en el consentimiento al momento del traslado y por tanto al haberse firmado el formulario de manera libre, voluntaria y sin presiones conllevaba a que el acto fuera eficaz y resalta que la accionante tampoco cumplió con sus deberes como afiliada porque no se informó sobre las condiciones del sistema y diferenciaciones y tampoco hizo preguntas al asesor lo que implica una posición pasiva.

Refiere que la demandante lo que buscaba era mejorar su mesada y ello no daba lugar a la ineficacia y por tanto la decisión desconocía el límite de los 10 años previos a la edad mínima como cortapisa que impedía el retorno de afiliado.

Frente a la decisión de declarar la ineficacia, aseguró que ello tenía un impacto negativo al sistema porque afectaba la sostenibilidad financiera, pues creaba a Colpensiones obligaciones y cargas patrimoniales al recibir nuevamente al afiliado, generando un impacto más lesivo para sostenibilidad financiera y en esa medida la decisión era desproporcionada.

En suma, alega que como la ineficacia se había generado por un actuar imputable a la AFP y era ella quien debía hacerse cargo de las afectaciones patrimoniales en ponderación con los bienes jurídicos involucrados, por lo que debía disponerse que la AFP Porvenir S.A. fuera quien asumiera la carga de económica trasladando los dineros a Colpensiones mediante calculo actuarial que permitiera cubrir las prestaciones propias del régimen de prima media.

Porvenir S.A., sustentó la alzada en que la AFP acreditó haber cumplido con el deber de asesoría lo cual se sustenta con el formulario de afiliación que fue signado por la demandante de manera libre, voluntaria y sin presiones, previo a haber recibido la asesoría pertinente para el año **1998** cuya información exigida era básica sin que fuera posible hacer exigencias como las que en la actualidad se presentan.

Refiere que lo indicando por la accionante durante el interrogatorio no podían ser tenidas en cuenta para colegir que no fue debidamente informada porque la demandante no podía construir su propia prueba y en su interrogatorio lo que se observó es que quería desmeritar lo afirmado por la AFP.

Asegura que en el caso existieron actos de relacionamiento porque durante todo el tiempo en que ha permanecido la accionante en el RAIS contando con todas las herramientas para haberse regresado al RPM con PD, pero no lo hizo en el tiempo, lo cual denota conformidad y que ahora cuenta con intereses económico, por lo que debió instaurar una acción de resarcimiento de perjuicios y no una ineficacia.

Frente a los emolumentos ordenados devolver a Colpensiones manifestó su desacuerdo al considerar que si las cosas retornaban al estado inicial entonces solo había lugar a retornar los aportes y no lo demás; advierte que durante todos estos años la actora se ha beneficiado de la gestión de la AFP, obteniendo

rendimientos financieros en su cuenta de ahorro individual, aunado a que los emolumentos descontados tenían soporte legal y devolverlos indexados con cargo a los propios recursos de la AFP, constituía un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones y en detrimento de Porvenir S.A.

Finalmente recriminó la condena en costas al considerar que no debieron ser impuestas porque el actuar de la AFP fue de buena fe.

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

El traslado para alegatos se realizó mediante fijación en lista del 6 de diciembre de 2022. Las partes presentaron alegatos en tanto que el Ministerio Público guardó silencio.

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:

- La accionante nació el **11 de agosto de 1960** (archivo 04, página 1)
- La señora Melchor se afilió al ISS el 10-08-1988 (archivo 11, página 77).
- El traslado de régimen pensional desde el ISS a la AFP Porvenir S.A. obra en el formulario signado el **1 de julio de 1998** (archivo 01, página 2).
- La accionante al momento de su traslado de régimen contaba con 193 semanas de aportes en el RPM con PD (archivo 01, página 9).
- De acuerdo con la información de bonos pensionales reportada por la APF a través de la historia laboral y en el documento de simulación pensional emitido por Porvenir S.A., se desprende que la actora cuenta con un bono pensional a su favor, cuya data de redención normal corresponde al **11 de agosto de 2020** (archivo 01, página 5).
- Colpensiones mediante resolución 578 del 2018 reconoció a favor del accionante bono pensional **tipo A modalidad 1** (archivo 11, página 65).
- Del reporte de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la accionante, con data del 31-08-2020 se observa acreditado en la cuenta de la demandante la suma de 746.000 cancelados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (archivo 01, página 38).
- Del reporte para bono pensional del Ministerio de Hacienda se desprende que la accionante cuenta con bono pensional **tipo A modalidad 2** (archivo 01, página 42).

Desenvolvimiento del asunto planteado.

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

1.1. 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).

1.2. 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, respecto de la información recibida al momento de trasladarse de régimen, se reiteró en los hechos de la demanda, negando haber recibido información adicional y suficiente y 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 **1998**, 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, 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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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

² CSJ Sentencia SL1688-2019

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 recurrentes.

1.3. 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 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.

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 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.

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.

Es menester mencionar que si bien es posible que la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen podría repercutir la sostenibilidad financiera del fondo público, lo cierto es que esa sola eventualidad no se le puede atribuir al afiliado, pues ha sido la misma jurisprudencia del alto tribunal de esta Jurisdicción, la que ha lineado que lo que interesa en este tipo de asuntos, es que las AFP involucradas en la mutación de régimen pensional suministren al afiliado toda información a la que estaban obligados so pena de declarar ineficaz ese tránsito entre regímenes.

De allí, es que la corte ha indicado en este tipo de decisiones “tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas” (CSJ SL2877-2020).

Frente a la solicitud de Colpensiones en el sentido de que se profiera condena en contra de la codemandada, consistente en la realización de un cálculo actuarial que permita financiar la futura pensión, al respecto debe decirse que, en tratándose de un caso de ineficacia, la jurisprudencia ya ha denotado cuales son las consecuencias de ello, aspecto que ya se trajo a colación en líneas atrás, por lo que cualquier otro aspecto de carácter resarcitorio que no hubiese sido debatido por conducto de la demanda, en la contestación o por reconvencción no puede ser considerado, razón por la cual no se puede acceder a tal petición.

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.

AFP del RAIS, lo cual amerita confirmar las órdenes impartidas en la sentencia.

1.4. 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 PORVENIR S.A., que proceda a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de CIRA ELENA MELCHOR, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación y sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses, sin descontar suma alguna por concepto comisiones, gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, los que asumirá con cargo a su patrimonio y debidamente indexados.

Revisadas dichas órdenes, encuentra la Sala la necesidad de modificar el citado ordinal, para excluir la orden de trasladar las sumas adicionales, frutos e intereses”. Como se observa, la orden dispuesta resulta difusa, en primera medida, 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”* ya que los demás conceptos a los que allí se hace alusión *“sumas adicionales junto con sus rendimientos, frutos e intereses”* se entiende que corresponden a los mismos rendimientos financieros.

En segunda medida, no es adecuado el disponer *“sin descontar suma alguna por concepto comisiones, gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, los que se asumirán con cargo su patrimonio y debidamente indexados”* porque dichos emolumentos ya fueron restados en su momento, razón por la que, acorde a la línea jurisprudencial ya traída a colación, lo que corresponde es ordenar su reintegro de manera indexada, para ser trasladado hacia Colpensiones por las razones anteladamente esgrimidas

1.5. Del bono pensional.

Como quiera que de los documentos obrante en el expediente se desprende que a favor de la actora existe bono pensional cuya data de redención normal corresponde al **11 de agosto de 2020** (archivo 01, página 5).

De otro lado, Colpensiones mediante resolución 578 del 2018 reconoció a favor del accionante bono pensional **tipo A modalidad 1** (archivo 11, página 65) y del reporte para bono pensional del Ministerio de Hacienda se observa un bono pensional **tipo A modalidad 2** (archivo 01, página 42). Ahora, del reporte de

movimientos de la cuenta de ahorro individual de la accionante, con data del 31-08-2020 se acredita en la cuenta de la demandante la suma de 746.000 cancelados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (archivo 01, página 38).

Significa lo anterior que la orden impartida en el ordinal cuarto y quinto de la sentencia es adecuada y por tanto se deberán confirmar.

1.6. 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.

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.

II. RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de excluir la orden de trasladar “sumas adicionales, frutos e intereses”. Y para otorgar mayor claridad dicho ordinal quedará así:

*“Tercero. ORDENAR a la **AFP PROTECCIÓN 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 la señora **CIRA HELENA MELCHOR.***

De igual forma, 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. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO. 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: **1f67523f3d32c13c8ea03bd2a440024d754a5fd90d6ed096b1d17b745477aea6**

Documento generado en 06/02/2023 09:01:39 AM

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