

Proceso: Ordinario Laboral
Radicado: 66001310500320210039301
Demandante: Maria Dolly Becerra Trejos
Demandado: Colpensiones y Porvenir S.A.
Asunto: Apelación y consulta Sentencia del **23 de agosto de 2023**
Juzgado: Tercero Laboral Del Circuito
Tema: Ineficacia

**TRIBUNAL SUPERIOR – SALA DE DECISIÓN LABORAL
DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**



Magistrado Ponente
GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

Pereira, veintinueve (29) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Aprobado por Acta No. 07 del (23/01/2024)

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral, procede a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor del ente público, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral Del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **MARIA DOLLY BECERRA TREJOS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, cuya radicación corresponde al **66001310500320210039301**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta Sala, conforme al 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 la siguiente,

SENTENCIA No. 09

ANTECEDENTES

1.- Pretensiones.

MARIA DOLLY BECERRA TREJOS solicita que se declare la nulidad de la afiliación que hizo del otrora ISS hoy la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** hacia la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y en consecuencia, se ordene a esta última a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la

demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C; esto es con los rendimientos que se hubieren causado.

2.- Hechos.

En síntesis, se resalta que María Dolly Becerra Trejos nació el 17 de julio de 1965; que estando afiliada al ISS, se trasladó de régimen hacia el RAIS, momento en que Porvenir S.A. no le informó que existían sistemas de pensiones diferentes, considerando que la citada AFP faltó a su deber de información, pues arguye que no tuvo posibilidad de realizar una debida elección, esto es, contando con una información clara, completa y comprensible. Arguye que el 31 de agosto de 2021 intentó retornar a prima media, aspecto que le fue negado debido a que por su edad no puede trasladarse.

La demanda fue radicada el 11-09-2021 y admitida por auto del 23-05-2022.

3.- Posición de las demandadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de la pretensión encaminada a que se declare la nulidad de la afiliación de traslado de régimen, al considerar que no se evidenciaba que existiere engaño alguno o motivo para que se declarara el traslado de régimen como nulo. Excepciones: *Validez de la afiliación al RAIS; aceptación implícita de la voluntad del afiliado, saneamiento de una presunta nulidad, prescripción, buena fe y genericas.*

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a lo pretendido al considerar que no se presentó ninguna causal legal de ineficacia del acto jurídico de afiliación, siendo realizado de manera libre, voluntaria y sin presiones, luego de haber recibido toda la información. Excepciona: *Validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la 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 devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, prescripción: buena fe e innominadas.*

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante decisión del 23 de agosto de 2023, la jueza Tercera Laboral Del Circuito de Pereira dispuso: “**PRIMERO:** Declarar ineficaz el traslado de régimen pensional que se efectuó por cuenta de MARÍA DOLLY BECERRA TREJOS el 30 de junio de 1995 por omisión en la información como se explicó precedentemente. **SEGUNDO:** Declarar que MARÍA DOLLY BECERRA TREJOS se encuentra debidamente afiliada en el régimen de prima media con prestación definida administrada actualmente por COLPENSIONES. **TERCERO:** Ordenarle a la entidad PORVENIR S.A. que proceda a remitir ante COLPENSIONES todo el capital que aparece en la cuenta individual de la demandante en los términos y condiciones planteados en las consideraciones que preceden. **CUARTO:** Ordenarle a COLPENSIONES que proceda a habilitar la afiliación de la señora BECERRA TREJOS y una vez reciba la información procedente de PORVENIR S.A. adopte las decisiones que resulten pertinentes frente a ella. **QUINTO:** Declarar no probadas las excepciones de mérito que fueron planteadas, tanto por la entidad PORVENIR S.A. como por COLPENSIONES como se explicó precedentemente. **SEXTO:** Abstenerse de imponer condena en costas procesales por lo explicado. **SÉPTIMO:** Ordenar que se comuniqué esta decisión a la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO OBP, por los efectos que tiene frente al bono pensional que puede existir a favor de MARÍA DOLLY BECERRA TREJOS. **OCTAVO.** Ordenar que Secretaría proceda con la remisión del oficio que contenga las especificaciones aquí indicadas ante la Superintendencia Financiera de Colombia, con el propósito que para el efecto se indicó”.

Para arribar a tal decisión, inició trayendo a colación la historia de los regímenes pensionales, las diferencias entre estos, la libre escogencia, la calidad de la información para obtener el consentimiento informado, además de la línea jurisprudencial aplicable en casos de observarse la ineficacia por incumplimiento del deber de información, según el momento histórico en que se realice el traslado de régimen, estando la carga de la prueba en cabeza de la AFP con quien se hizo el traslado. En cuanto al caso concreto, estableció que era incongruente el interrogatorio y el testimonio respecto de lo indicado en la demanda, sin embargo, observo que la decisión adoptada no respondió al conocimiento previo de la información frente al régimen al que se trasladó, dado la ingerencia que hizo el empleador, por tanto Porvenir S.A., no logró generar una prueba que denotara una situación diferente por lo que el acto jurídico de traslado se tornaba ineficaz, dada la situación irregular en que la afiliación nació a la vida jurídica. Por lo anterior, ordenó a Porvenir a devolver el capital de la cuenta de ahorro individual con sus

rendimientos, además de retornar el cobro que hizo por cuotas de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima, indexada; así como el registro de lo cotizado. Dispuso que ante la ingerencia del empleador en la decisión de traslado de régimen realizado por la actora, se debía ordenar oficiar a la superintendencia financiera para que investigue y sancione el actuar de quien fue Gerente de la Clínica Risaralda.

RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Los recursos fueron interpuestos por Porvenir S.A. y Colpensiones, siendo los argumentos de la alzada los siguientes:

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** recurrió la decisión bajo el sustento que la ineficacia no debió declararse porque según las afirmaciones de la demanda y de la actora en su interrogatorio, la razón de su propósito era un interés netamente económico porque luego de 28 años de permanecer en el RAIS evidenció que en Colpensiones tendría una mesada mayor, implicando que la acción que debió adelantarse era la de resarcimiento de perjuicios y no la ineficacia, pues la decisión adoptada a su juicio iba en contra de la sostenibilidad del sistema al imponerle resarcir un daño que no causó; además de permitir el traslado de un afiliado que nunca se preocupó por retornar a prima media cuando estaba a menos de 10 años de la edad mínima pensional, aspecto que era lo que ahora impedía retornar a Colpensiones.

De otro lado, agrega que como el interrogatorio no podía ser tenido en cuenta a favor de la actora pues constituiría su propia prueba, debía tenerse en cuenta que la demandante había realizado actos de relacionamiento que impedían la ineficacia.

Así mismo, solicita que se imparta como condena a Porvenir S.A. el pagar a favor de Colpensiones un cálculo actuarial equivalente al valor de la diferencia de la mesada pensional que podría obtener la demandante en el régimen de prima media, todo ello a título de sanción, dado el desequilibrio que esto podría causar en Colpensiones.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** recurrió la decisión únicamente en lo que tiene que ver con la orden de trasladar los gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados con cargo de sus propias utilidades. Al respecto, aduce que los gastos de administración se generan con la gestión desplegada por las AFP

del RAIS tendiente a rentar los dineros que se encuentran en dichas cuentas, esto es, a la rentabilidad que genera lo cual no ocurre en el régimen de prima media. En cuanto a los seguros previsionales, explica que dichos dineros salían de las arcas de la AFP para que en caso de un siniestro de invalidez o muerte, fueran las aseguradoras quienes entraran a cubrir los dineros adicionales, emolumentos que se encontraban en manos de terceros frente a los cuales Porvenir no podía solicitar que se retornaran, por lo que consideraba que la decisión adoptaba generaba un detrimento a la AFP.

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.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Como la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídica sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se atienden los alegatos que guarden relación directa con los temas debatidos. Para tal efecto, mediante fijación en lista, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, los cuales obran en el expediente digital. De la presentación de alegaciones en término, se remite a la constancia de la Secretaría de la Sala.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia, procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Según el panorama, la Sala se ceñirá a los fundamentos del recurso de apelación, según el artículo 66A del CPTSS, por lo que el problema jurídico a resolver se enmarca en establecer si la jueza a quo se equivocó al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y disponer el traslado de los emolumentos con su indexación enunciados en la sentencia. Además, se deberán analizar las demás órdenes impartidas en la sentencia y revisar la decisión en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en aquellos aspectos en que no fue recurrida.

Como aspectos por fuera de debate se encuentran los siguientes: i) La demandante nació el 9 de julio de 1965 (archivo 5, página 1); ii) La actora fue afiliada al ISS desde el 05-01-1985 (archivo 15, página 48) cotizando un

total de 543,57 semanas; iii) El traslado de régimen pensional lo hizo la actora a través de Colpatria hoy Porvenir el 30-06-1995 (archivo 17, página 58); iv) La actora cuenta con bono pensional tipo A modalidad 2, por las 543,5 semanas cotizadas al ISS, cuya fecha de redención normal data del 9 de julio de 2025 (archivo 17, página 60, 88-89 y archivo 28).

Para resolver el problema jurídico planteado, resulta oportuno traer a colación los fundamentos normativos y jurisprudenciales aplicables.

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 estas, 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.

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 solo 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 transgresión al deber de información 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).

Del deber de información

Aplicando los anteriores criterios al caso que nos ocupa, debe decirse que de la documental adosada por la AFP con la que la parte demandante hizo el traslado de régimen, ninguna es idónea para demostrar que en la antesala de la decisión que tuvo la afiliada para migrar del RPM con PD, la AFP cumplió con su deber de información, esto es, dotando a la 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 actora signó el formulario del traslado de manera “**libre, voluntaria y sin presiones**”, de ello no se puede deducir que hubo un consentimiento o una 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. Se debe tener 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 la afiliada se iba va a trasladar.

Para auscultar si se cumplió con el propósito de la alzada, se escuchó en interrogatorio a la accionante quien informó que en la actualidad laboraba como Auxiliar de enfermería en Comfamiliar. Que se trasladó de régimen por la insistencia de quien era el Gerente de la época en la Clínica Risaralda, por lo que firmó los formularios tanto de pensión como de

cesantías; fueron citados para que se pasaran y lo fue sin ninguna asesoría porque solo les dieron un papel para su firma. Que nunca le explicaron como era que se liquidaba la pensión en cada régimen. Dijo no haber pedido su pensión. Niega conocer sobre aspectos específicos del RAIS.

De dicho instrumento de prueba se advierte 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, el fondo solo demostró 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, Porvenir S.A. antes Colpatria, hubiere cumplido con el deber de información que le correspondía, máxime cuando la única asesoría que se hizo, esto es, al traslado de régimen, lo fue con las falencias ya denotadas. En todo caso, resulta notorio que faltó a su deber de «*información y buen consejo*», omitiendo informar sobre las ventajas, desventajas, características, riesgos, posibilidades de pensión en cada régimen y demás aspectos que le permitiese comprender claramente la conveniencia o inconveniencia de su decisión, condiciones que debía probar la AFP, pero no lo hizo. Esta situación se acompasa con lo lineado en las sentencias SL12136-2014 y SL4373-2020, entre otras.

A lo anterior se suma, que las obligaciones que debían observar los fondos 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 **1995**, es factible pregonar sin vacilación que a la AFP con que se hizo el traslado de régimen 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 al potencial afiliado sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Actos de relacionamiento – Acción a emprender

En este caso, no se puede pretender que se tenga como ratificación el tiempo en que la parte demandante permaneció en el RAIS, el hecho que no se hubiese retractado de su decisión o que no hubiese manifestado la intención de regresar al régimen de prima media, antes de encontrarse

inmersa en la prohibición de cambiarse de régimen, es decir cuando faltaren menos de 10 años para acceder a la edad pensional, pues lo que se evidencia aquí es la falta de acompañamiento, y aún, ante el supuesto que esta tuviera presente dicha disposición, debe tenerse en cuenta que la falta de asesoramiento de la que fue objeto, no le permitía distinguir cuál régimen era el que más le convenía, pues nunca le mencionaron las características del RAIS, no 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 la demandante desconocía para adoptar una decisión debida y completamente informada.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia de la afiliada por varios años en el RAIS no es un aspecto que derruya 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.

De otro lado, tampoco puede afirmarse que la actora hizo *actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad de pertenecer al RAIS* por el hecho de permanecer por varios años allí. A propósito, 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.

... la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. 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,

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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”.

En cuanto a la acción a emprender, 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, tratándose de pensionados, la alta Corporación ha definido, en sentencia (SL 373/2021), que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer. Dicha situación aquí no ocurre, por cuanto la demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionada, en tanto que aún se encuentra vinculada laboralmente, tal y como lo informó durante su interrogatorio, sin que además obre prueba que ostente una calidad distinta a la de afiliada.

Conforme a lo expuesto, la ineficacia del traslado que fue decretada por la *a-quo* se generó por la falta de asesoría al momento de realizar el traslado a la AFP del RAIS, situación que permite su retorno al RPM,

² CSJ Sentencia SL1688-2019

independientemente que se encuentre a menos de 10 años de cumplir la edad pensional, pues ello no impide el retorno 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 planteados por Colpensiones.

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen

Frente al reproche de la AFP recurrente sobre la orden de devolver los gastos de administración, comisiones y cuotas de garantía de pensión mínima indexadas, ello resulta procedente, dado 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 los fondos privados deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación 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, esta 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.»

Además, es de precisar que dichos emolumentos deben ser abonados en el fondo común que administra **Colpensiones**, ya que son 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).

Acorde a lo dicho, la orden de devolver dichos emolumentos en sentencia SL1017-2022, M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, expuso:

“... 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, 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 lo explicado, puede decirse 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.

Además, con lo explicado es suficiente para afirmar que la orden impartida no afecta a las aseguradoras con quienes, en su momento, las AFP contrataron el seguro previsional porque la orden no está dirigida a restituir el pago de la prima, sino, se itera, a devolver lo descontado de la cotización que estaba destinada para financiar, entre otros, los seguros previsionales, lo cual es diferente.

Así mismo, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que se deben reintegrar a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

De lo anterior se concluye que además de deber trasladarse a Colpensiones los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de aportes, también deben ser trasladados los rendimientos financieros que hubieren producido, aspecto este que se adicionará a la sentencia, conforme al grado jurisdiccional de consulta que opera a favor de Colpensiones.

Además, conforme a la jurisprudencia traída a colación, la AFP también debe retornar todos los valores cobrados por la AFP durante el tiempo en que estuvo afiliada la accionante, que fueron 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, por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, tal y como lo dispuso la jueza de primer orden en la parte considerativa, no así en la resolutive, por lo que tales aspectos se adicionaran para otorgar mayor claridad frente a los emolumentos que debe trasladar la AFP demandada hacia Colpensiones.

De otro lado, atendiendo los efectos de la ineficacia, se revocará el numeral octavo de la sentencia, pues la orden allí dispuesta no resulta procedente en el trámite de ineficacia de traslado y, como quiera que la empleadora no fue vinculada como parte del proceso, lo dispuesto en el citado ordinal vulnera el derecho al debido proceso de la empleadora, pues no tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradecir los dichos de la actora. En cualquier caso, de considerar necesario adelantar un proceso en contra del empleador, la parte interesada deberá iniciarlo en un trámite diferente y ante la autoridad que corresponda.

Ahora, en cuanto a la solicitud realizada por Colpensiones debe decirse que se torna improcedente imponer a Porvenir S.A., a título de sanción, el pago de un cálculo actuarial equivalente al valor total de las mesadas pensionales, liquidadas bajo el régimen de prima media, teniendo en cuenta para ello la expectativa de vida del demandante y la de sus beneficiarios, porque la jurisprudencia ya ha denotado las consecuencias de la ineficacia, por lo que cualquier otro aspecto de carácter resarcitorio que no hubiese sido debatido no puede ser considerado y tampoco es viable imponer consecuencias diferente a las ya señaladas.

Con relación al **bono pensional**, comoquiera que la fecha estimada de redención normal de dicho instrumento data del 9 de julio de 2025 (archivo 17, página 60, 88-89 y archivo 28), se mantendrá la orden impartida en la sentencia, esto es, la de comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí adoptada.

Con todo, al no prosperar los recursos de apelación formulados por las demandadas, en esta instancia, se les condenará en costas a favor de la parte actora.

DECISIÓN DE SEGUNDA 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,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia recurrida y consultada, la cual quedará así:

“TERCERO: Ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. que proceda a remitir ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad del capital que aparece en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos que se hubieren producido durante todo el tiempo en que ha permanecido en el RAIS.

Así mismo, deberá devolver 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 la demandante ha permanecido vinculada al RAIS”.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral Octavo de la sentencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida y consultada en todo lo demás.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Quienes conforman la Sala,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada
Aclaro voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Aclaración de voto
Magistrado

Firmado Por:

German Dario Goez Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Aclaración De Voto

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 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: **1c672cced5c4896c78ea365da7b7e26e2f68289ab7ca8aab8ff89893b26ef5a7**

Documento generado en 26/01/2024 02:09:13 PM

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