

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:	66001310500120180041401
Demandante:	CECILIA ISABEL MARGARITA VICARIA BUSTILLO
Demandado:	PORVENIR S.A., y COLPENSIONES
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia 3-08-2021
Juzgado:	Primero Laboral Del Circuito De Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 137 DEL 30 DE AGOSTO DE 2022

Hoy, cinco (05) de septiembre de dos mil veintidós (2022), 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**, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia de primera instancia proferida el 03-08-2021, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones en la misma providencia, proferida por el Juzgado Primero Laboral Del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **CECILIA ISABEL MARGARITA VICARIA BUSTILLO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSONES “COLPENSIONES”** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** radicado **66001310500120180041401**.

RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA

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.

Se reconoce personería para actuar al abogado Sebastián Ramírez Vallejo, con C.C. 1.088.023.149 y T.P. 316.031 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado inscrito de Tous Abogados Asociados S.A.S, en defensa de los intereses de Porvenir S.A.

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta Sala, conforme al artículo 15 del Decreto No. 806 de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 101

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

CECILIA ISABEL MARGARITA VICARIA BUSTILLO aspira a que se declare la nulidad de la afiliación que hizo ante **PORVENIR S.A.** y luego a **COLFONDOS S.A.** y en consecuencia, se les ordene trasladar hacia **COLPENSIONES** las cotizaciones que hizo, teniéndola como afiliada a esta última. Además, solicita el pago de las costas procesales.

2. Hechos

Los hechos que justifican las pretensiones informan que la accionante nació el 12-11-1961; que se afilió al ISS desde el 15-05-1986; en enero de 1997 se trasladó al RAIS luego que el asesor de Porvenir S.A. le ofreció beneficios como el poderse pensionar anticipadamente y el poder obtener la devolución de saldos en caso de no querer pensionarse, sin ofrecerle mayor información, por lo que se queja de la escasa asesoría recibida en la antesala de su traslado de régimen pensional.

3. Posición de las demandadas.

Admitida la demanda fue presentada el 24-08-2018, mediante auto del 7-09-2018 fue admitida. Notificadas las demandadas, contestaron así:

Colpensiones se opuso a lo pretendido bajo el argumento que la demandante NO es afiliada al RPM con PD; que si bien se aduce que fue inducida al error por la AFP con quien mutó de régimen, nada indicaba sobre los presupuestos jurídicos con que buscaba la nulidad del acto, ni en que consistió el vicio e el consentimiento. Como excepciones formula ***inexistencia de la obligación demandada y prescripción.***

Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones, asegurando haber suministrado a la demandante de toda la información necesaria al momento de trasladarse de régimen, por lo que se cumplió con la Ley; el formulario de afiliación fue realizado de manera libre, voluntaria y sin presiones, previa asesoría suministrada por los Asesores capacitados, por lo que el acto jurídico era válido. Como excepciones formula ***validez de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la eventual nulidad relativa, prescripción y buena fe.***

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Primera Laboral Circuito de Pereira, mediante decisión 03 de agosto de 2021, resolvió 1) declarar no probadas las excepciones propuestas, 2) declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS efectuado por la actora el 1 de enero de 1997 a través de PORVENIR S.A., 3) ordenar a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes incluidos los intereses, rendimientos, bonos pensionales, y restituir con cargo a sus propios recursos el valor de los gastos de administración, las primas de garantía de pensión mínima y las primas de seguro de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexadas, 4) ordenar a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la actora, 5) declarar que la demandante conserva

VÁLIDA Y vigente su afiliación al RPM, 6) condenar a PORVENIR S.A., a pagar las costas por valor de \$4.542.630 en favor de la actora, 7) abstenerse de imponer condena en costas a COLPENSIONES, 8) ordenar el grado de consulta a favor de COLPENSIONES.

En síntesis, la Jueza 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 transgresión del deber de información para la formación del acto, por parte del fondo pensional; que dicha figura se aplica, independientemente de que sea o no el afiliado beneficiario del régimen de transición o estar o no próximo a pensionarse, siendo las AFP a quienes 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 a la afiliada siendo a quien le incumbía hacerlo ante la inversión de la carga de la prueba frente a las negaciones indefinidas expuestas por la parte actora; que solo arrimó el formulario de afiliación a Porvenir y a Colpatria, reporte del SIAF e historiales laborales que resultaron ser insuficientes para acreditar que cumplió con el deber de información y del interrogatorio tampoco encontró una confesión a favor de las demandadas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconformes con la decisión las apoderadas de las demandadas recurrieron la decisión, así:

Porvenir S.A. recurrió la decisión frente a la declaratoria de la ineficacia argumentando que la sentencia se basa en jurisprudencia que data del año 2008, habiéndose presentado el traslado de régimen en el año 1997, anualidad en la cual solo se exigía la suscripción del formulario de afiliación. Igualmente considera que, en el interrogatorio, la demandante hizo alusión a características del RAIS, además de estar inmersa en la prohibición establecida en el numeral 2º literal e) de la Ley 797 de 2003, para trasladarse de régimen.

Indicó estar inconforme con los conceptos que se dispuso en la sentencia fueran devueltos por dicha AFP, con fundamento en que los gastos de administración son la contraprestación que reciben por sus buenas gestiones administrativas, por tanto, ordenar su devolución constituye un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES, lo mismo que los valores de primas de garantía de pensión mínima y las primas de seguro de invalidez y sobrevivientes.

Invoca de la misma manera que, al ser los rendimientos financieros una característica propia del RAIS más no del RPMPD, no procede su devolución.

Alude que devolver los gastos de administración cobrados a la afiliada es desconocer el contenido del artículo 1746 del Código Civil ya que dichos gastos remuneran la buena gestión de las administradoras al obtener los rendimientos sobre los aportes efectuados por la demandante, advirtiendo que, según estudio de Asofondos, el 74% del capital de los afiliados corresponden a los rendimientos financieros obtenidos por la administradora.

Finalmente argumenta que los gastos de administración comprenden varios conceptos, entre los cuales se encuentran las primas de seguros previsionales y las dirigidas a los fondos de solidaridad pensional, por lo que se está incurriendo en la sentencia en una doble condena.

Respecto de las costas procesales, señaló que la AFP actuó de buena fe y conforme a los lineamientos legales al igual que jurisprudenciales vigentes para la época del traslado de régimen.

Colpensiones, apeló la decisión exponiendo que la AFP Porvenir sí otorgó la información necesaria para que la demandante realizara el traslado de régimen para el año 1997, cumpliendo de esta manera con su deber de información. Advirtió que declarar la ineficacia de traslado crea una obligación con efectos patrimoniales desproporcionada para Colpensiones, más cuando existen otros medios menos lesivos para mantener los derechos de la afiliada que no pongan en riesgo la sostenibilidad financiera de dicha administradora.

Ahora, si en gracia de discusión, el Tribunal decide declarar la ineficacia, solicitó se adicione el numeral tercero de la providencia, en el sentido de que PORVENIR traslade todos los dineros en un término perentorio, todos los valores indicados en la sentencia.

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

Atendiendo a que la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídica sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se tendrán en cuenta los alegatos que guardan relación directa con los temas debatidos.

Acorde con lo anterior, realizado el traslado por fijación en lista del 28-04-2022, 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:

- Establecer si fue acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS.
- De ser afirmativa la respuesta, se deberá establecer si había lugar a ordenar a la AFP demandada a trasladar a Colpensiones la proporción que en su momento descontaron por concepto de gastos por administración, las sumas adicionales de la aseguradora y lo correspondiente a las cuotas de garantía de pensión mínima, debidamente indexada.
- Determinar si hay lugar a eximir de las costas de primera instancia a la AFP Porvenir S.A.

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

Previo al análisis a realizar, es de mencionar que los siguientes hechos no presentan discusión: **(a)** La demandante nació el 12-11-1961 (pág. 1, archivo 4); **(b)** Firmó formulario de afiliación a Porvenir S.A. el **1-enero-1997** con efectividad del 1-03-1997 el cual se produjo el traslado de régimen (pág. 22, archivo 23), luego suscribió el formulario del 28-06-1999 con Colpatria hoy Porvenir S.A. (pág. 24, archivo 23), **(c)** Al momento de trasladarse de régimen, contaba con 395.14 semanas de aportes al ISS (Pág. 9, archivo 11); **(d)** De acuerdo con la información de bono pensional, la actora cuenta con bono tipo A, modalidad 2 cuya fecha de redención normal se encontraba prevista para el 12-11-2021 (pág. 11, archivo 4).

Desenvolvimiento del asunto planteado.

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

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).

Caso concreto: ¿Se acreditó el cumplimiento 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 signó el formulario del traslado, lo cual aceptó haberlo realizado 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.

Incluso, al auscultar el interrogatorio formulado a la demandante ésta informó que *nació el 12 de noviembre de 1961. Administradora de empresas. Y en la actualidad continúa vinculada laboralmente. En cuanto a las circunstancias en que se produjo la mutación de régimen, dijo que el 1-01-97 se trasladó de régimen a Porvenir, firmando el formulario, de manera libre, espontánea y sin presiones. Se trasladó porque el asesor le dijo que la mesada pensional iba a ser superior. Que si llegaba a los 57 años y no quería la pensión podía reclamar el capital y el bono. Que se podía pensionar a cualquier edad. Que si llegaba a fallecer y no tenía esposo o un*

compañero sus hijos podían heredar el capital sin importar la edad que ellos tuvieran. Que no ha solicitado la pensión ante Porvenir. Que solo cuando tenía 56 años fue a Porvenir y le dijeron que si se pensionaba sería con el salario mínimo y que tenía que esperar los 57 años. Se quiere trasladar a Colpensiones por el valor de la mesada pensional que sería más alta que en Porvenir. Que antes de los 56 años pensó en regresar a Colpensiones, pero ya no lo podía hacer por la edad ya que le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse”.

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 **1997**, es factible pregonar sin vacilación que, a la AFP demandada -**Porvenir S.A.**-, 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.

Aquí, es de recalcar que el hecho que la afiliada 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, 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 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.

De otro lado, 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 ineficacia¹. Sin embargo, dicho criterio es aplicable solo para el caso de afiliados, pues, en tratándose de pensionados, la alta Corporación ha definido en reciente sentencia (SL 373/2021), que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer, por tanto, ante el incumplimiento del deber de información en estos casos, la vía a seguir es solicitar la indemnización total de perjuicios, situación que aquí no ocurre por cuanto la demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionado, pues recuérdese que durante su interrogatorio informó que continuaba como trabajadora activa, sin que además obre en el expediente evidencia alguna de que estuviese disfrutando de una pensión otorgada por el RAIS.

De manera que, al no obrar en el expediente prueba alguna que conlleve a afirmar que se está en presencia de un pensionado del RAIS, nada impide declarar la ineficacia, razón por la cual no le asiste la razón al vocero de Porvenir S.A. cuando afirma que la acción que debió adelantar la demandante era la de indemnización de perjuicios y menos aún, que la carga de la prueba no radicaba en dicha AFP o que la acción hubiese caducado.

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.

De manera que, no le asiste la razón a Colpensiones ni a Porvenir S.A. frente a su argumento encaminado a que a la demandante se le ofreció toda la información necesaria para mutar de régimen pensional.

Con todo, se deberá confirmar la ineficacia declarada por la A-quo al no tener vocación de prosperidad los argumentos esbozados por las demandadas.

Caso concreto: Consecuencias de la ineficacia.

Establecida la ineficacia del acto, pasa la Sala a resolver el problema jurídico relativo a las órdenes impartidas a la AFP **Porvenir S.A.** quien recrimina la orden de devolver los valores que fueron cobrados por los fondos privados a título de gastos y/o comisiones por administración, incluidos los aportes

¹ CSJ Sentencia SL1688-2019

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.

Pues bien, para iniciar debe decirse que la consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado es que **la afiliación se retrotrae al estado en que se encontraba**, lo que implica que las AFP's del RAIS deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C, incluidos los gastos de administración, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre otras, en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.»

Lo anterior implica que la AFP del RAIS tiene el deber de trasladar todos los dineros que por concepto de aportes y rendimientos se hubieren producido y que hacen parte de la cuenta de ahorro individual del accionante, además de los valores que cobró la AFP a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes destinados para el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020) y por tanto deberán ser abonados en el fondo común que administra Colpensiones y utilizados para la financiación de la pensión de vejez de la parte demandante (SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4141-2021, SL3611-2021, entre otras más).

Para reforzar lo anterior, se trae a colación el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral, sentencia SL1017-2022 M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, donde se dijo:

"... al declararse la ineficacia del traslado las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que las administradoras tienen que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)“.

Así las cosas, es de concluir que no tiene vocación de prosperidad el argumento planteado por la AFP recurrente, lo cual amerita confirmar las órdenes impartidas en la sentencia.

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

A propósito de ello, al revisar la sentencia, encuentra la Sala la necesidad de adicionar al ordinal segundo que dispuso DECLARAR ineficaz el traslado del RPM con PD al RAIS efectuado por la accionante el 1 de enero de 1997, a través de PORVENIR S.A., en el sentido de dejar sin efectos el traslado que realizó la demandante a través de Colpatria hoy Porvenir S.A. el 28-junio-1999.

De otro lado, al observar el ordinal tercero, allí se dispuso:

TERCERO: *ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES todos los aportes que reposen en la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, junto con los intereses, rendimientos financieros, bonos pensionales y restituir con cargo a sus propios recursos, el valor que durante todo el tiempo de vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de la demandante destinó a financiar los gastos de administración, las primas que respaldan la garantía de pensión mínima y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexadas.*

Como se observa, dicho ordinal deberá ser parcialmente modificado porque el disponer el traslado del bono pensional a Colpensiones, no se acompasa con los efectos de la declaración de ineficacia, la cual trae consigo el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes del traslado, por lo que, al continuar la parte actora afiliado(a) al régimen de prima media con prestación definida, no se genera a su favor el bono pensional, por tal razón se deberá excluir esta orden en particular-

De igual forma, se excluirá la orden de trasladar “los intereses” bajo el entendido que ellos se encuentran incluidos en los mismos rendimientos financieros que se ordenaron trasladar.

Así mismo, se adicionará a las órdenes impartidas que su cumplimiento deberá ser sin dilación alguna, conforme lo solicitó Colpensiones en su alzada.

Del bono pensional tipo A.

Como quiera que del natalicio de la parte demandante es del 12-11-1961 y, de acuerdo con la historia laboral al momento de traslado de régimen contaba con 395.14 semanas en el RPM con PD, lleva a concluir que a su favor se generaría el bono pensional tipo A, cuya fecha de referencia o de redención normal se estima a los 60 años de edad (Art. 20, Dec. 1748/95) y corresponde al 03-05-2022, aspecto que conlleva a que sea pertinente el ordenar que se comunique a la OBP 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 parte demandante se trasladó de régimen pensional y, disponer que 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.

De la imposición de costas de primera instancia.

Frente al reproche sobre la imposición de costas procesales, 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 tienen asidero los argumentos esbozados por Porvenir S.A. consistentes en que la AFP cumplió con la ley y que actuó de buena fe, lo cual no se constituye como una excepción para exoneración de la condena impuesta.

No obstante, tampoco puede desconocer la Sala que el fallador de instancia fijó erradamente las agencias en derecho en la sentencia objeto de estudio, ya que según prevé el artículo 366 del Código General del Proceso dicha etapa procesal se dispuso una vez ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o se notifique el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior. Así las cosas, con el fin de proteger los derechos de contradicción y defensa de las partes procesales, que en este aspecto solo pueden ser ejercidos frente al auto que aprueba la liquidación de costas, se excluirá del numeral sexto de la providencia recurrida la fijación de agencias en derecho.

Con todo, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen y como se resolvió de forma desfavorable el recurso interpuesto por Porvenir S.A se le impondrá costas en esta instancia. Respecto de Colpensiones, no se impondrán por cuanto el recurso fue parcialmente atendido.

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: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia en el sentido de dejar sin efecto la afiliación que realizó la demandante a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. el 26-06-1999.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido excluir la orden de trasladar “los bonos pensionales” e “intereses”.

TERCERO: ADICIONAR la parte resolutive de la sentencia para ORDENAR que se comunique a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda Crédito Público la decisión aquí 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 que le corresponden 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, 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.

CUARTO: MODIFICAR el ordinal sexto de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido excluir de dicho numeral la suma fijada como agencias en derecho, por las razones expuestas.

QUINTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. a favor de la parte demandante. Sin costas respecto de los demás recurrentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Aclaro voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Aclaro 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: **42dee4418195c57e4ba8ca3e956e2087fcc62a5daf65ddf9997ddbe7d225fc7e**

Documento generado en 05/09/2022 08:52:59 AM

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