

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	66001310500220200000801
Demandante	ANA CLEMENCIA GONZALEZ MARIN
Demandado	COLPENSIONES Y PORVENIR S. A
Asunto	Apelación y consulta sentencia 19-04-2022
Juzgado	Segundo Laboral Circuito
Tema	Ineficacia de Traslado

APROBADO POR ACTA No. 141 DEL 06 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Hoy, doce (12) 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 19 de abril de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de Colpensiones en la misma providencia, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **ANA CLEMENCIA GONZÁLEZ MARÍN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, radicado **66001310500220200000801**.

RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA

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.

Reconocer personería a la abogada Angelica Margoth Cohen Mendoza con cédula 32.709.957 y T.P. 102786 del CS de la J., en su condición de Representante Legal de la UNIÓN TEMPORAL ABACO PANIAGUA & COHEN con NIT 901581654, quien apodera los intereses de COLPENSIONES, según Escritura Pública N°1955 del 18-abril-2022. Así mismo, se reconoce personería a la abogada Paola Andrea Noguera Maury con cédula 1.082.917.209 expedida en Santa Marta y T.P. No. 250.228 del CS de la J., en representación de Colpensiones, conforme a la sustitución otorgada por la apoderada principal.

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. 106

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Ana Clemencia González Marín aspira a que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que hizo al RAIS a través de Porvenir S.A., con el cual se produjo el traslado de régimen pensional y, en consecuencia, se le ordene el trasladar hacia Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos. Así mismo, solicita que se ordene a Colpensiones a recibirla nuevamente y se condene al pago de costas.

2. Hechos

Relata la Sra. Ana Clemencia González Marín que inició su vida laboral el 28-07-1989, siendo afiliada al ISS; se trasladó de régimen pensional hacia Porvenir S.A. el 01-02-2001 por los ofrecimientos realizados por los asesores de la AFP que consistieron en que se pensionarían anticipadamente con una mesada más alta que la del ISS, además de habersele indicando que el ISS estaría próximo a su desaparición, por lo que no podría asumir las prestaciones porque estaba en quiebra; se queja de no haber sido informada debidamente sobre las implicaciones que tendría el trasladarse al RAIS, pues nada se le dijo sobre la pérdida de los derechos transicionales y demás aspectos de relevancia.

3. Posición de las demandadas.

La demanda fue recibida por competencia el 5-01-2020 y fue admitida el 13-03-2020.

Colpensiones, al contestar se opuso a la prosperidad de la pretensión de ineficacia o nulidad de la afiliación, bajo el argumento que no se evidenciaba que existiere por parte de PORVENIR S.A., engaño alguno o acto que evidencie motivo para que se declare el traslado como ineficaz o nulo; además, Colpensiones no tenía culpa alguna frente a los hechos y por tanto ninguna condena debía de imponérsele. Excepciona *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 y las genéricas.*

Porvenir S.A., se resistió a lo pretendido al considerar que la información brindada a la Demandante fue completa, veraz y oportuna. La asesoría se ajustó a los parámetros legales vigentes para dicha época, en virtud de los cuales no era obligatorio realizar proyecciones financieras de las mesadas pensionales de los potenciales afiliados, ni mucho menos, mantener constancia escrita de las asesorías suministradas. Agrega que en la formación del acto jurídico atacado tampoco existía ninguna causal de nulidad y por tanto la afiliación es válida debido a que fue suscrito de

manera libre, voluntaria y sin presiones; los asesores comerciales eran capacitados para garantizar la debida orientación y asesoría, además que de haberse cumplido con las exigencias legales del momento. *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, prescripción, buena fe y genéricas.*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de primer grado, al decidir la litis dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora ANA CLEMENCIA GONZALEZ MARIN, a PORVENIR S.A., suscrita el 22 DE FEBRERO DE 2001, que se constituyó en traslado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, por lo expuesto en las consideraciones. **SEGUNDO:** DECLARAR que para todos los efectos legales la señora ANA CLEMENCIA GONZALEZ MARIN nunca se trasladó al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y, por tanto, siempre permaneció en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la fecha de traslado de régimen por el extinto ISS, y en la actualidad por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”. **TERCERO:** CONDENAR a PORVENIR S.A. a que efectúe el traslado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, de la totalidad del capital existente en la cuenta individual de la señora ANA CLEMENCIA GONZALEZ MARIN, con sus respectivos rendimientos financieros. Así mismo, a devolver a COLPENSIONES, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobró a la afiliada, así como de las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, durante el período que la actora estuvo afiliada a ese fondo. Para dichos efectos, se le otorga el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia. **CUARTO:** ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, tener como vinculada sin solución de continuidad al REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA a la señora ANA CLEMENCIA GONZALEZ MARIN. **QUINTO:** ORDENAR que, por secretaría, se comunique el contenido de esta sentencia a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, en caso de haber emitido el bono pensional, proceda con la anulación del mismo mediante trámite interno, aplicando la legislación vigente. **SEXTO:** CONDENAR en costas procesales en un 100% a favor de la demandante a PORVENIR S.A. **SEPTIMO:** Al encontrarnos frente a una sentencia adversa a los intereses de COLPENSIONES, se dispone se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Para arribar a tal determinación, se basó en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de las normas aplicables al caso, por lo que reseñó que la institución jurídica aplicable era la ineficacia que también abarcaba la nulidad, ello en tanto la nulidad se constituye en una de las causales de ineficacia y se tornaba ineficaz el traslado de régimen cuando el potencial afiliado no tomaba la decisión con la suficiente información, aspecto que era una obligación directa a cargo de las AFP, de acuerdo al momento histórico en que se produjo.

Advierte que la carga de la prueba estaba en cabeza del fondo de pensiones con quien suscribió el formulario de afiliación y que conllevó al traslado de régimen y, en dicha época, era ya obligatorio contar con un consentimiento informado, aspecto que no daba cuenta el solo formulario de afiliación, porque de él no se determinaba que hubiese estado precedido de una debida asesoría, esto es, otorgando información clara, suficiente y eficiente sobre los dos regímenes, de manera que la usuaria contara con todo lo necesario para entender la expectativa pensional tanto del régimen del que hacía parte como de aquél respecto del cual se le estaba ofreciendo el traslado, debiendo advertir la AFP sobre los las ventajas, desventajas, riesgos, consecuencias y

características de cada régimen, así como las variables que influían en la que sería la mesada pensional, por lo que se tornaba ineficaz el traslado de régimen y el posterior traslado dentro del RAIS.

En síntesis, el Juez de instancia, al analizar el caso concreto estableció que la AFP Porvenir S.A. como aquella parte a quien le incumbía la carga de probar que cumplió con su deber de información, en este caso no lo encontró acreditado, pues ninguna acreditación se encontró de que se hubiese cumplido a plenitud con el deber de información, razón por la cual el acto atacado era ineficaz.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconformes con la decisión los apoderados de las demandadas recurrieron la decisión, así:

Porvenir S.A., recurrió la sentencia sustentando ello en que la AFP cumplió con las obligaciones que tenía la AFP para la época del traslado, la cual, estaba dirigida a suscribir el formulario de afiliación; las asesorías eran verbales; no debían hacer proyecciones de mesadas, ni el tener que documentar; existieron actos de relacionamiento que impiden la ineficacia como lo es la realización de aportes constantes y por varios años en el RAIS, así como la posibilidad con que contó de consultar extractos y el hecho de haber obtenido rendimientos en la cuenta de ahorro individual eran aspectos que denotaban que la actora no tenía inconformidades frente al RAIS. Agrega, que la inconformidad que ahora tiene frente a la mesada que obtendría no es razón para declarar la ineficacia de la afiliación.

Así mismo, sostuvo que la única obligación que tendría Porvenir S.A. en el caso de acceder a la declaratoria de ineficacia sería el trasladar los aportes y no lo demás ordenado, justifica ello en que dichos emolumentos tienen origen en una disposición legal que los obligaba y su destinación impedía remitirlos hacia Colpensiones porque en el caso de los gastos de administración, estaban destinados a retribuir la buena gestión del fondo a efectos de generar la rentabilidad reflejada en los saldos de la cuenta de ahorro individual; los valores relacionados con los seguros previsionales, se destinaron para suplir las eventualidades generadas por las pensiones de invalidez o sobrevivientes, cuyas aseguradoras contratadas para ello, debían cubrir la suma adicional que se requiriera en caso de siniestro. Aduce que de remitir dichos emolumentos eran un enriquecimiento sin causa para Colpensiones y afectaban la sostenibilidad financiera de la AFP.

Finalmente, recriminó la condena en costas considerando que se actuó con orden a la ley y a los postulados de la buena fe.

Colpensiones. Sostuvo que con la decisión adoptada se afectaba a Colpensiones quien no participó del acto atacado; que esos perjuicios en Colpensiones se circunscribían en no solo realizar la defensa frente a hechos en los que no hizo parte, pues no intervino en la afiliación ni en la administración de los recursos del afiliado, así como la de asumir obligaciones sin haber realizado los cálculos que significarían los costos de una eventual prestación y que generan la descapitalización del régimen

solidario. Por tanto, aplicando una ponderación de los impactos que genera este tipo de decisiones, solicitaba la revocatoria de la decisión.

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, traslado del 26-07-2022, Las demandadas presentaron alegatos. Por su parte, la parte actora guardó silencio y 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:

1. Establecer si fue acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS.
2. De ser afirmativa la respuesta, se deberá determinar si hay lugar a ordenar a la AFP demandada, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de régimen pensional, el trasladar a Colpensiones además de las cotizaciones y rendimientos, la proporción que en su momento descontaron por concepto de gastos y/o comisiones por administración.
3. Determinar si hay lugar a eximir de las costas de primera instancia a la AFP demandada.

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

Aunado a ello, se determina que los siguientes hechos no presentan discusión los siguientes aspectos:

- Ana Clemencia González Marín nació el 13-diciembre-1962 [pág. 36, archivo 0001];
- La Sra. Ana Clemencia González Marín suscribió formulario de traslado de régimen hacia Porvenir S.A. el 22-02-2001 [pág. 49, archivo 17] con fecha de efectividad del 04-04-2001 [pág. 94, archivo 17]
- De acuerdo con la historia laboral de Porvenir S.A., la demandante al momento de su traslado al RAIS contabilizaba 403 semanas [pág. 50, archivo 17]
- La fecha de redención normal del bono pensional tipo A, modalidad 2, se encuentra estimada para el 13-12-2022 [pág. 50, archivo 17]

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.

Aquí, es de traer a colación que el interrogatorio realizado a la señora González Marín informó que continúa vinculada laboralmente en Frisby S.A., sin que hubiese solicitado o esté disfrutando de pensión alguna en la actualidad. En lo que respecta a las circunstancias en que se trasladó de régimen, refirió que el asesor de Porvenir S.A. le expuso que el ISS se iba a acabar; que con el RAIS tendría mayor rentabilidad, una mejor mesada y se pensionaría más rápido apenas cumpliera la edad y que únicamente se le dijo lo bueno y bonito, negando haber recibido otro tipo de información. Aceptó haber signado el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones y el hecho de recibir los extractos de la AFP, respecto de los cuales dijo que solo mira las semanas cotizadas; no hizo uso del retracto, periodos de gracias o de trasladarse antes de estar dentro de la prohibición de trasladarse por estar a menos de diez años porque nunca la asesoraron sobre ello.

Obsérvese que de dicho instrumento de prueba no se encontraron manifestaciones que conjunta o individualmente puedan calificarse como una confesión de haber recibido la información a que estaba obligada la AFP en la antesala del traslado de régimen pensional, lo que implica que la AFP solo probó que el formulario se suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones, pero no que cumplió con el deber de información.

Y es que, al analizar el caudal probatorio bajo los parámetros ya traídos a colación, se tiene que no existen elementos que permitan concluir que, durante el traslado de la parte actora, la AFP hubiere cumplido con el deber de información que le correspondía, amén que el interrogatorio tampoco deja al descubierto una confesión que denote que el accionante hubiese recibido información completa, clara, suficiente y que le hubiese permitido adoptar una decisión razonable.

Es que es notorio que la AFP demandada faltó a su deber de «*información y buen consejo*», pues omitió el informar a la parte demandante sobre las ventajas, desventajas, características, riesgos, posibilidades de pensión en cada régimen y demás aspectos que le permitiesen comprender claramente la conveniencia o inconveniencia de su decisión, condiciones que debió

probar la AFP demandada pero no lo hizo, situación que se acompasa con lo lineado en las sentencias SL12136-2014 y SL4373-2020, entre otras.

A lo anterior se suma, que las obligaciones que debía observar el fondo de pensiones durante el traslado de la parte accionante eran las contenidas en las normas del sistema vigentes a esa época. De modo que, al ser la solicitud del año **2001**, es factible pregonar sin vacilación que, a la AFP demandada, le correspondía cumplir con el deber de información que deviene de las disposiciones constitucionales, de la Ley 100 de 1993, artículos 13, literal b), 271 y 272 y del Decreto 663 de 1993, artículo 97, según los cuales, como mínimo, debió ilustrarse a la potencial afiliada sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Caso concreto: ¿La demandante se ratificó en su voluntad de permanecer en el RAIS?, ¿Existieron actos de relacionamiento que validen el acto de traslado de régimen?

Frente al tema, no se puede pretender – *como lo sugiere Porvenir S.A.* - 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 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 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 de la afiliada por varios años, no son aspectos que derruyan las conclusiones a las que arribó el Juez de primera instancia, 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 le asiste la razón a Porvenir S.A. frente al argumento consistente en que la actora hizo *actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad 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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obediencia de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora [...] sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones 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 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, situación que aquí no ocurre por cuanto la demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionada, 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

² CSJ Sentencia SL1688-2019

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.

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 Porvenir S.A.

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 **Porvenir S.A.**, quien recrimina la orden de devolver los valores que fueron cobrados a título de gastos y/o comisiones por administración, frente a lo cual, refiere que con ello se desconocen los efectos de la declaratoria de la ineficacia y va en perjuicio del dicha AFP.

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)”.

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).

Con todo, es de concluir que no tiene vocación de prosperidad los argumentos planteados por Colpensiones y Porvenir S.A. y como se anunció, la ineficacia amerita el traslado de los valores cobrados por el fondo a título de gastos de administración y/o comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y con cargo a los propios recursos de la AFP, tal y como lo dispuso la Jueza de primer orden a través del ordinal tercero de sentencia.

Al margen de lo anterior, al observar el ordinal tercero de la sentencia, al haberse ordenado a PORVENIR S.A. a que efectúe el traslado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", de la totalidad del capital existente en la cuenta individual de la señora ANA CLEMENCIA GONZALEZ MARIN, con sus respectivos rendimientos financieros, esa orden en particular debe aclararse 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 en la medida a que se entiende que en el concepto de capital ya se encuentran incluidos los rendimientos correspondientes.

Del bono pensional.

Como quiera que de acuerdo con la historia laboral al momento de traslado de régimen contaba con 403 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 para el 13-12-2022, aspecto que conlleva a concluir que la orden impartida por la *a quo* a través del ordinal quinto debe mantenerse.

De la imposición de costas de primera instancia.

Finalmente, 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. Así las cosas, no hay lugar a modificación alguna de la decisión respecto de dicha AFP.

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.

RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR el ordinal tercero de la sentencia en el sentido de que Porvenir S.A. debe trasladar a Colpensiones **la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual** de la señora ANA CLEMENCIA GONZALEZ MARIN. En lo demás, se mantiene incólume lo allí dispuesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 19 de abril de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, por las razones aquí expuestas.

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
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: **2a8d031a7aba14df45ba0392877f06c53632f4132901f9c8808fd5bdded5948a**

Documento generado en 12/09/2022 09:37:05 AM

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