

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:	66001310500120190022101
Demandante:	Elvira Isabel López Yime
Demandados:	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
Asunto	Apelación y consulta sentencia 10-08-2022
Juzgado	Primero Laboral del Circuito
Tema	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 206 DEL 13 DE DICIEMBRE DE 2022

Hoy, trece (13) de diciembre 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 **Porvenir S.A.** y **Colpensiones** y a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de este último frente la sentencia de primera instancia proferida el 10-08-2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta Ciudad dentro del proceso ordinario promovido **ELVIRA ISABEL LÓPEZ YIME** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** y las **ADMINISTRADORAS DE FONDOS Y PENSIONES PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.** radicado **66001310500120190022101**.

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.

Reconocer personería para actuar, por su condición de abogado inscrito de Tous Abogados Asociados S.A.S. al abogado Sebastián Ramírez Vallejo con cédula No. 1.088.023.149. y T.P. No. 316.031. CS de la J, en representación de los intereses de Porvenir S.A.

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta Sala, conforme 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. 171

I. ANTECEDENTES

Pretensiones

ELVIRA ISABEL LÓPEZ YIME aspira a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen que hizo desde Colpensiones hacia ING hoy Protección S.A., así como las posteriores, entre ellas con Horizonte hoy Porvenir S.A. En consecuencia, solicita que se le declare en libertad de afiliarse a Colpensiones, respecto de quien solicita que se le ordene a recibirlo nuevamente como su afiliado. De igual forma, solicita que se condene a las AFP a liberar sus bases de datos y a trasladar las cotizaciones hacia Colpensiones. Además, solicita se condene a las demandadas en costas del proceso.

Hechos

En síntesis, relata que nació el 7-08-1965; se afilió al RPM con PD desde el 26-09-1986 cotizando hasta que se trasladó de régimen pensional a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. el 09-10-1995; que hizo un traslado horizontal hacia la AFP PORVENIR S.A.S el 18/06/1996. Recrimina que la AFP con quien realizó el traslado de régimen le ofreció parcializada prometiendo mejores condiciones pensionales, entre ellos una mejor mesada. Aspecto que también ocurrió con la AFP con quien realizó el traslado horizontal, por lo que señala que ambos incumplieron con el deber de información.

La demanda fue presentada el 28-05-2019 y admitida el 12-06-2019

Posición de las demandadas.

Colpensiones al contestar se opuso a lo pretendido considerando que el traslado de régimen se encuentra ajustado a derecho. Como excepciones formula caducidad, inexistencia de la obligación demandada, prescripción, falta de legitimación.

Porvenir S.A. Se opuso a lo pretendido considerando que la vinculación con que se produjo el traslado de régimen es válida. Como excepciones formula validez y eficacia de la afiliación de la demandante al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de una eventual nulidad relativa, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional, en caso que se declare la nulidad o ineficacia al RAIS, prescripción, buena fe y genéricas.

Protección S.A., Se opuso a lo pretendido considerando que no existió omisión en la información y tampoco inducción en error, sin que la accionante hubiese sido víctima de un engaño o de maniobras preterintencionales. Como excepciones formula genéricas, prescripción, buena fe, compensación, exoneración de condena en costas, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva del fondo, inexistencia de la fuente de la obligación, inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de la llamada a juicio, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado, excepción de mérito seguro previsional, excepción de mérito cuotas de administración.

II. SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

Mediante sentencia del 10 de agosto de 2022, la Jueza Primera Laboral del Circuito de Pereira dispuso:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, y las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A y PROTECCION S.A. y, conforme a lo dicho en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora ELVIRA ISABEL LOPEZ YIME, el 9 de octubre de 1995, a través de PROTECCIÓN S.A.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. 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 y además restituir con cargo a sus propios recursos, el valor que durante todo el tiempo de vinculación a dicho fondo 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.

CUARTO: ORDENARA a la AFP PROTECCION S.A. restituir a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos, el valor que durante todo el tiempo de vinculación a dicho fondo 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

QUINTO: SE ORDENA librar comunicación de esta decisión a la Oficina de Bonos Pensionales 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 lo previsto en el Decreto 833 de 2016 que compila la legislación en esta materia.

SEXTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones–COLPENSIONES proceder sin dilaciones a aceptar el traslado de la señora ELVIRA ISABEL LOPEZ YIME.

SEPTIMO: DECLARAR que la señora ELVIRA ISABEL LOPEZ YIME, conserva válida y vigente su a la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, dada la declaratoria de ineficacia de su traslado al RAIS.

OCTAVO: CONDENAR a PROTECCIONS.A. a pagar a la demandante las costas procesales generadas en esta instancia, las que se liquidarán en la oportunidad procesal pertinente

NOVENO: ABSTENERSE de imponer condena al pago de costas procesales a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y PORVENIR S.A. conforme a lo dicho en la parte motiva.

A dicha decisión se arriba, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según el cual el caso concreto debía de abordarse desde la ineficacia en sentido estricto por cuanto el hecho se genera por la transgresión del deber de información para la formación del acto jurídico de traslado, figura que se aplica con independencia que el afiliado sea o no beneficiario del régimen de transición o si estaba o no próximo a pensionarse. Advierte que era a las AFP a quienes le incumbía la carga de probar, acorde con el momento histórico en que se formó el acto, que cumplió con el deber de información, esto es, que se le brindó a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características,

riesgos, diferencias, condiciones, beneficios y consecuencias de ambos regímenes, sin que fuera suficiente la sola suscripción del formulario de afiliación porque solo acreditan que existió un consentimiento más no que hubiese sido informado.

En concreto, al no encontrar que la AFP hubiese acreditado que informó debidamente a la afiliada, pues únicamente se arrió el formulario de afiliación, reporte SIAF e historia laboral, dichos medios de prueba eran insuficientes para acreditar que se cumplió con el deber de información aunado a que del interrogatorio a la accionante tampoco logró la AFP obtener confesión alguna a favor, razón por la cual se generaba la ineficacia con las consecuencias que ello acarrea.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Porvenir S.A. y Colpensiones recurrieron la decisión en los siguientes aspectos:

Porvenir S.A. recurrió la decisión respecto de la orden de trasladar los gastos de administración por cuanto son erogaciones legales que remuneran la buena administración dada por la AFP con lo cual, se generaron a favor del accionante los rendimientos financieros; que dicha orden vulnera la sostenibilidad financiera del sistema al retornar no solo los gastos de administración sino también los rendimientos. Agrega que antes del traslado, los aportes de la accionante no generaban rendimientos. Refiere que debía tenerse en cuenta que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de retornar de régimen cuando le faltan menos de diez años de la edad mínima pensional; que ordenar la ineficacia de la actora después de haber estado más de 20 años en el RAIS desconoce los efectos derivados de la decisión en tanto que afecta la sostenibilidad de ambos regímenes. De igual forma recrimina la orden de devolver la prima de seguros previsionales en tanto que amparaba los riesgos de invalidez y muerte y habían sido cancelados mensualmente a una aseguradora que no hizo parte de esta contienda y en ese sentido afecta a un tercero de buena fe. Refiere que el ordenar devolver todo lo descontado era una doble condena haciendo una disertación de lo que comprende los gastos de administración.

Colpensiones por su parte recrimina la declaratoria de ineficacia al considerar que la afiliación fue válida porque cumplía todos los requisitos conforme a la normatividad vigente; que la accionante firmó el formulario de manera libre, voluntaria y sin presiones; no era beneficiaria del régimen de transición y la solicitud de regreso al RPM con PD ya se encontraba incurso en la prohibición de estar a menos de 10 años de la edad mínima pensional. Agrega que el alegar engaño después de tantos años al ver que su mesada pensional sería menor que la que obtendría en prima media era un aspecto para debatir en una acción de resarcimiento de perjuicios y no de ineficacia, aunado a que Colpensiones quien no participó en el acto jurídico de traslado se constituía en un tercero afectado por los resultados del proceso. En caso confirmarse el fallo, solicitaba que a título de sanción se condenará a la AFP Porvenir a pagar un cálculo actuarial que comprenda el valor de las mesadas a pagar liquidadas bajo los parámetros de prima media teniendo en cuenta la expectativa de vida del afiliado y sus beneficiarios.

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 DE CONCLUSIÓN

Mediante fijación en lista del 08-11-2022 se dispuso traslado para alegatos. Conforme la constancia de la Secretaría de esta Sala, Las partes presentaron alegatos. El Ministerio Público no rindió concepto.

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.

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

V. CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos para abordar consisten 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.

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:

- (i) **Elvira Isabel López Yime** nació el 7 de agosto de 1965 (archivo 01, página 29)
- (ii) La actora se afilió al ISS el 25-09-1986 cotizando en el RPM con PD al momento de traslado con 334 semanas cotizadas en el RPM con PD (archivo 01, pág. 49-50 y 53 y archivo 02)
- (iii) El **09-10-1995** se trasladó de régimen hacia Protección S.A. (archivo 8, pág. 69)
- (iv) El **18-06-1996** se trasladó hacia Porvenir S.A. (archivo 08, página 51)
- (v) El **18-08-1998** se trasladó hacia ING hoy Protección S.A. (archivo 08, página 96)
- (vi) El **24-10-2012** se trasladó hacia Horizonte hoy Porvenir S.A. (archivo 09, página 45)
- (vii) La accionante cuenta con bono pensional tipo A, modalidad 2 con fecha de redención normal del bono previsto para el 07-08-2025 (archivo 08, página 52-63).

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).

¿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.

De acuerdo con las aceptaciones realizadas por la demandante en su escrito de demanda y en el interrogatorio, último donde informó que aún es trabajadora dependiente en una entidad pública en Barranquilla, sin que hubiere reclamado la pensión ante la AFP donde se encuentra vinculada a falta de los requisitos. Aceptó haber firmado de manera libre, voluntaria y sin presiones el formulario de afiliación con Protección S.A., en tanto que refiere no haber sido debidamente informada porque solo le indicaron lo positivo y parcializada. En cuanto a los traslados horizontales dijo que se debió a los cambios de trabajo y en otros casos porque los de los fondos privados iban continuamente a visitar al personal para que se pasaran.

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 **1995**, 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.

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, situación que aquí no ocurre por cuanto en el expediente no hay evidencia alguna de que la demandante 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, pues esta fue decretada ante la falta de una asesoría completa y suficiente al momento de realizar el actor su traslado al a AFP, situación que permite su retorno al RPM independientemente que se encuentre a menos de 10 años de cumplir la edad pensional, pues ello no impide el retorno del actor al RPMPD porque no se está frente a un nuevo traslado sino frente a una declaratoria de ineficacia del primigenio que retrotrae las cosas al estado original.

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

De las consecuencias de la ineficacia.

Establecida la ineficacia del acto, pasa la Sala a resolver el problema jurídico relativo a las órdenes impartidas a la(s) AFP'(s) quien(es) reocrimina(n) la orden de devolver los valores que fueron cobrados por los fondos privados a título de gastos y/o comisiones por administración, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, frente a lo cual, refieren que se desconoce los efectos de la

¹ CSJ Sentencia SL1688-2019

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)".

Ahora, de cara a los cuestionamientos de la AFP recurrente frente a las órdenes que les fueron impartidas, para mayor ilustración, hay que partir del hecho que la cotización es una obligación que se deriva de la afiliación al sistema y de allí, es que las pensiones se consolidan a partir de esos aportes realizados por o a favor de afiliado.

En el RPM con PD, es sabido que esos aportes constituyen un fondo común de naturaleza pública destinada al pago de las pensiones, los gastos de administración y a la eventual capitalización de las reservas. En este régimen, del total del aporte, el 3% se destina a financiar los gastos de administración, las pensiones de invalidez y sobrevivientes y lo restante, ingresa al fondo común para financiar las pensiones de vejez y la capitalización de las reservas.

En contraste, en el RAIS del total del aporte, el 11.5% del IBC se direcciona a la cuenta de ahorro individual del afiliado, el 1.5% del aporte se destina al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS y el 3% restante se destina a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin y las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes.

De allí, es que las sumas que fueron cobradas para financiar los gastos de administración, incluidos los destinados para el fondo de garantía de pensión mínima y los utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, al ser parte integrante de la cotización, pues fueron descontados de ella, corresponden a los valores que deben ser restituidos a Colpensiones porque fue allí donde debieron ingresar y, deben ser indexados, porque dichos valores están afectados por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

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 como lo entiende el recurrente, sino, se itera, a devolver lo descontado de la cotización que estaba destinada para financiar, entre otros, los seguros previsionales, lo cual es diferente.

Finalmente, 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.

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

Así las cosas, es de concluir que no tiene vocación de prosperidad 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.

Revisadas las órdenes impartidas en la sentencia, encuentra la Sala la necesidad de adicionar el **ordinal segundo** en el sentido a que si bien se declaró ineficaz el traslado de régimen realizado por la demandante el 09-10-1995 hacia Protección S.A. (archivo 8, pág. 69), también se deberá adicionar dicho ordinal para dejar sin efectos los traslados horizontales posteriores realizados por el demandante, esto es, el realizado el 18-06-1996 cuando se trasladó hacia Porvenir S.A. (archivo 08, página 51), el del 18-08-1998 se trasladó hacia ING hoy Protección S.A. (archivo 08, página 96) y el del 24-10-2012 se trasladó hacia Horizonte hoy Porvenir S.A. (archivo 09, página 45)

De otro lado, se hace necesario modificar el ordinal **tercero** de la parte resolutive para excluir de la orden dada a Porvenir S.A. de remitir a Colpensiones, además de los aportes y rendimientos financieros, lo correspondiente a “los intereses”, ello por cuanto los rendimientos corresponden a los mismos frutos o intereses por lo que el haber dispuesto el traslado de “los aportes junto con los intereses” resulta errado.

Del bono pensional.

Como quiera que del natalicio de la parte demandante es del **7 de agosto de 1965** (archivo 01, página 29) y, con la información aportada al proceso, la actora a contar al momento de traslado con **334** semanas en el RPM con PD, impone el concluir que a su favor se generaría el bono pensional tipo A, cuya fecha de referencia o de redención normal se estimó para el **07-08-2025** (archivo 08, página 52-63), aspecto que conlleva a que la orden impartida en el **ordinal quinto** de la sentencia se deba mantener.

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 las demandadas **Colpensiones** y

Porvenir S.A., se les impondrá costas en esta instancia a favor de la parte actora.

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 al ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia en el sentido a que se dejan sin efectos los traslados horizontales realizados por la demandante del **18-06-1996, 18-08-1998** y del **24-10-2012**, por las razones expuestas.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero en el sentido de excluir de las órdenes impartidas, la remisión a Colpensiones de los "intereses" que se ordenaron trasladar junto con los aportes y rendimientos. En lo demás, se mantiene incólume lo dispuesto.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

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

Los Magistrados,



GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO



OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA

Aclaro voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

(Ausencia Justificada)