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:	66001310500320220007401
Demandante:	Nelly Dalida López Heredia
Demandado:	Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones" y Protección S. A
Asunto:	Apelación de sentencia **27 de junio de 2023**
Juzgado:	Tercero Laboral del Circuito
Tema:	Ineficacia

APROBADO POR ACTA No. 152 DEL 26 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Hoy, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral integrada por los magistrados Dra. **Olga Lucia Hoyos Sepúlveda**, Dr. **Julio César Salazar Muñoz** y como ponente Dr. **Germán Darío Góez Vinasco**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y el grado de consulta que opera a favor de Colpensiones, frente a la sentencia de primera instancia proferida por el **Juzgado Tercero Laboral del Circuito** de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **NELLY DALIDA LÓPEZ HEREDIA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS "PROTECCIÓN S.A",** radicado **66001310500320220007401**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta Sala, conforme al artículo 15 del Decreto No. 806 de 2020, adoptado como legislación permanente por la Ley 221 del 13 de junio de 2022, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 163

I. ANTECEDENTES

NELLY DALIDA LOPEZ HEREDIA aspira a que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo desde el régimen de prima media administrado por el extinto ISS hoy Colpensiones, hacia la AFP Protección S.A. En consecuencia, solicita que se declare que su afiliación válida y vigente lo es a Colpensiones y por tanto se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes y emolumentos como rendimientos, cuotas de administración, se actualice la historia laboral y se condene en costas a la demandada.

Dichas pretensiones, se encuentran sustentadas en que **NELLY DALIDA LOPEZ HEREDIA** nació el 17 de febrero de 1966, por lo cual a la fecha tiene 56 años; que estuvo afiliada al ISS entre abril de 1989 hasta mayo de 1996; se vinculó a Protección S.A., con la firma del formulario el 12 de junio de 1996, reclamando el no haber sido debidamente informado sobre su situación pensional.

La demanda fue presentada el **8 de marzo de 2022** y admitida el **23 de marzo de 2022**

Posición de la demandada.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,** se opuso a las pretensiones al considerar que no existió engaño y por tanto el traslado de régimen cuenta con eficacia. Excepciona: **Validez de la afiliación al RAIS, aceptación implícita de la voluntad del afiliado, saneamiento de una presunta nulidad, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas y genéricas.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,** se opuso a las pretensiones al considerar que la accionante no pudo ser víctima de la omisión de la información al trasladarse al RAIS. Como excepciones se formularon: **Prescripción, genéricas, 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 de Protección S,A, 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 esta entidad 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 DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado tercero laboral del circuito de Pereira, en sentencia proferida el 27 de junio de 2023, dispuso:

> **PRIMERO**: Declarar ineficaz el traslado de régimen pensional que se efectuó por cuenta de la señora NELLY DALIDA LOPEZ HEREDIA, el 12 de junio de 1996 por omisión en la información. **SEGUNDO**: Declarar que la señora NELLY DALIDA LOPEZ HEREDIA se encuentra debidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida administrada actualmente por COLPENSIONES conforme a la selección que ella elevó dentro de la misma demanda. **TERCERO**: Ordenarle a la entidad PROTECCIÓN S.A. que proceda a remitir ante COLPENSIONES todo el capital en los términos indicados precedentemente y que corresponden a la demandante. **CUARTO**: Ordenarle a COLPENSIONES que proceda a habilitar la afiliación de la demandante y una vez reciba la información procedente de PROTECCIÓN S.A., adopte las medidas necesarias para actualizar la historia laboral de la demandante. **QUINTO:** Advertirle a la señora NELLY DALIDA LOPEZ HEREDIA que cualquier reclamación que tenga frente al RPM., tendrá que efectuarse mediante las reclamaciones previas para el efecto determinadas. **SEXTO**: Declarar no probadas las excepciones de mérito que fueron propuestas tanto por PROTECCIÓN S.A. como por COLPENSIONES como se explicó. **SEPTIMO**: Condenar en costas procesales a la AFP PROTECCIÓN S.A., a favor de la demandante exonerando de esta carga económica a COLPENSIONES como se indicó precedentemente".

Al iniciar el análisis, tuvo en cuenta que la accionante no ostenta la condición de pensionada, según lo dedujo del interrogatorio de parte y, refirió que era objeto de análisis el revisar las afirmaciones de la afiliada consistentes en que la AFP no le brindó la información necesaria, pertinente y conducente al momento de trasladarse de régimen.

Para ello, trajo a colación el carácter de derecho fundamental que tiene la seguridad social y denotó sobre la importancia de conocer las características del sistema de seguridad social en sus dos regímenes, así como la facultad que se tiene de la libre escogencia, consentimiento que tenía estar precedido de la suficiente información, responsabilidad que recaía expresamente en las administradoras de fondos de pensiones quienes tenía la obligación de transmitir al potencial afiliado, la información correcta, veraz y transparente frente al acto jurídico celebrado para garantizar que la voluntad se derivó de un consentimiento informado y en virtud de ella, el acto jurídico permanecería incólume, pues de no cumplir esa exigencia, el acto jurídico celebrado sería ineficaz, frente a lo cual, se apoyó en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia aplicable en estos casos, en especial, frente al tipo de información que por lo menos debió ofrecer el fondo de pensiones.

Frente al caso concreto, refirió que estando la actora vinculada al régimen de prima media con prestación definida, el 12 de junio de 1996, su empleador permitió el acceso de los asesores de Protección S.A. para realizar una reunión colectiva que a lo sumo duró 45 minutos; que se arribó a dos aspectos en particular, el primero, que el Instituto de Seguros Sociales pronto iba a desaparecer y por lo tanto, era necesario que quedarán afiliados en un fondo que les permitiera consolidar el derecho pensional y, el segundo, que si desaparecía, las personas quedarían desprotegidas para consolidar su derecho pensional. Dedujo que a la actora no se le suministró información relacionada con la diferencia de los regímenes, ni la posibilidad de generar ahorros voluntarios para ampliar el capital que le permitiera pensionarse de manera anticipada. En cuanto a la información que se le ofreció más recientemente, encontró que lo manifestado a la demandante fue escasa y errática, al punto de que se le afirmó que, al arribar a los 75 años, que era la expectativa de vida con la que se iba a liquidar su prestación, quedaría sin pensión, sin que se hubiere probado por la AFP que se le dio a conocer a la afiliada sobre las diferencias de los regímenes y sus características, situación que se enmarca en la petición de ineficacia. Refiere que con la documentación arrimada no era posible verificar la información que se le había dado a la demandante o si por lo menos, se le entregaron documentos relacionados con lo que significaba el sistema pensional, sus diferencias y demás aspectos, de una manera tal que le fuera fácil a la demandante su comprensión, por lo que Protección S.A. no se apersonó de la responsabilidad probatoria de demostrar que cumplió con el deber de información y tampoco advirtió sobre las posibilidades que fueron otorgadas por la ley para que si a bien lo quería, pudiera cambiar de régimen pensional, entre ellas, la dificultad de retornar cuando le faltara en menos de 10 años para adquirir la edad, razones todas por las cuales, se debía declarar la ineficacia del traslado.

En consecuencia, dispuso que Protección debía remitir a Colpensiones todo el capital de la cuenta individual, Incluyendo los rendimientos, los intereses y los frutos producidos debidamente actualizados, incluyendo las cuotas de administración que fueron descontadas en los porcentajes que se destinaron para cubrir las primas de los seguros previsionales correspondientes a las

pensiones de invalidez y sobrevivientes, así como también los porcentajes que se destinaron para completar el capital.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Protección S.A., recurrió la decisión manifestando no estar de acuerdo con la decisión porque de acuerdo con las pruebas practicadas dentro del debate probatorio y las manifestaciones realizadas por la demandante en su interrogatorio de parte, consideraba que la vinculación de la demandante al RAIS fue lícita, válida, eficaz y ajustada a Derecho para la época en que se realizó su traslado, en la medida en que su voluntad fue totalmente consciente del acto de su vinculación en cuanto a sus consecuencias jurídicas, quien además posterior a ello, ha permanecido en él por muchos años después de haberse acogido a este. Agrega que se había evidenciado claramente que la asesoría prestada inicialmente por Protección correspondió a una información detallada y completa y, precisamente por dicha asesoría, la demandante decidió trasladarse. Que debía tenerse en cuenta que toda la información brindada fue verbal y personal, según las normas y circunstancias jurídicas de la época, sin que fuera posible al asesor entrar a especular sobre el valor de la posible mesada. Además, signó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Refiere que la demandante nunca ejerció la posibilidad de retracto ni acudió al periodo de gracia que hubo en los años 2003 y 2004, lo que demuestra que no existía inconformidad alguna en cuanto a su permanencia en RAIS.

De otro lado, recrimina la condena de devolución de los gastos de administración, resaltando que Protección S.A. durante muchos años ejecutó las labores de cuidado y administración frente a los dineros obtenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo cual hizo de manera diligente y con ello se pudo obtener rentabilidad y beneficios a favor de la afiliada, por lo que consideraba que no era dable la devolución de dichos valores, en tanto desconocía la labor realizada por la AFP y, de ser trasladados, ello constituía un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, aunado a que la resolución judicial era contraria a la ley porque el descuento obedecía a una orden legal. Finalmente, refiere que la nulidad de la afiliación conllevaba a que las cosas volvieran al estado anterior, lo que, en estricto sentido, debía entenderse que el contrato de afiliación nunca existió y, por ello mismo tampoco los rendimientos ni los gastos de administración.

Colpensiones, recurrió la decisión manifestando su desacuerdo con la ineficacia declarada frente a lo cual, refiere que atendiendo a las afirmaciones de la demandante en su demanda, se evidenciaba que la acción judicial iba encaminada a que se autorice su regreso al RPM con PD por un interés netamente económico, en razón a que ha estado por varios años en dicho régimen y al ver que su mesada podría ser inferior a la que podría obtener el régimen de prima media, se interesa por regresar a prima media. Agrega, que la declaratoria de ineficacia atentaba contra la sostenibilidad de régimen de prima media al imponer a Colpensiones la carga de resarcir un daño que no ha causado, lo cual fue consecuencia de la decisión de un afiliado que no se interesó en retornar al RPM con PD, sino hasta el momento en que evidencia el perjuicio económico, por lo que la acción que se debió adelantar fue una reclamación por perjuicios y no la ineficacia.

De igual forma, solicitó que, de confirmar la sentencia, adicional a la devolución de los aportes, se condene a Protección S.A. a girar a favor de

Colpensiones un cálculo actuarial equivalente como al pago, a título de sanción, por el desequilibrio económico que causa la decisión en el RPM con PD y, subsidiariamente, que lo que se deba devolver sea indexado al momento de hacer la respectiva devolución.

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 EN SEGUNDA INSTANCIA

Como la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídica sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se atienden los alegatos que guarden relación directa con los temas debatidos. Para tal efecto, el traslado se dispuso mediante fijación en lista del **18-07-2023** y de la presentación de alegaciones en término, se remite a la constancia de la Secretaría de la Sala (archivo 07).

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

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con los recursos y alegatos presentados por las partes, los (el) problema(s) jurídico(s) a ser abordado(s) consiste(n) en: (i) Establecer si había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional; (ii) Había lugar a ordenar a las AFP demandada el trasladar con cargo a sus propios recursos, el valor de las cuotas de administración que cobraron; (iii) Se deberán analizar las órdenes impartidas en la sentencia y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Para iniciar, es de tener en cuenta que los siguientes hechos no presentan discusión: (i) Nelly Dalida López Heredia nació el 17 de febrero de 1966 (archivo 4, pág. 2); (ii) La Sra. López Heredia cuenta con bono pensional a su favor, cuya fecha de redención normal corresponde al **17-02-2026** (archivo 11, pág. 360) y, (iii) El traslado de régimen realizado por la demandante desde el ISS hacia Protección S.A., fue realizado el **12 de junio de 1996** (archivo 4, pág. 17).

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.

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 considerase 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 la 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).

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 de la demandante, ninguna prueba idónea presentó para demostrar que en la antesala de la decisión que tuvo la afiliada para migrar del RPM con PD, la AFP cumplió con su deber de información, esto es, dotando a la reclamante de todo el conocimiento que requería para adoptar una decisión consciente, racional y ajustada a sus expectativas pensionales.

Para auscultar si se cumplió el deber de información, se escuchó **en interrogatorio a la parte demandante** donde refirió haber estudiado mercadotecnia y haber dejado de trabajar desde hacía seis meses atrás, sin haber peticionado hasta ahora la pensión. Refirió que a su traslado de régimen, el representante del fondo de pensiones hizo su intervención de manera colectiva porque fueron a la empresa donde laboraba; que su traslado lo hizo porque les dijeron que ISS se acabaría y debían escoger un fondo privado de pensiones; que hace 5 o 6 años, la llamaron para negociar el bono pensional donde el mayor porcentaje se lo llevaba Protección S.A., lo cual le pareció injusto; además le dijeron que el dinero ahorrado solo iría hasta los 75 años y que luego, ella vería que hacer pues nunca le dijeron que era vitalicia; que en esa ocasión le dijeron que no tenía necesidad de seguir cotizando y que esperara que con lo que tenía le daban la pensión y se dejó convencer de ello, encontrando que la situación era otra. Que no retornó al ISS porque no tenía conocimiento de su situación, pues nunca le dieron esa clase de asesoría donde por lo menos le hubieran dicho sobre la diferencia entre una mesada en uno u otro régimen. Refiere que nunca supo de periodos de gracia o de la posibilidad de retracto.

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 la totalidad del caudal probatorio bajo los parámetros ya traídos a colación, 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 y si bien, obra un formato de "reasesoría"[1] diligenciado el 18-02-2013, de tal documento debe decirse, en primer lugar, que al ser la data del natalicio de la actora el 17-02-1966, ello significa que los 47 años los había alcanzado el 17-02-2013, por lo que ya estaba inmersa en la prohibición del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993. De otro lado, si bien allí se registra que se le brindó información telefónica y que se le envió la información al e-mail, lo cierto es que ninguna evidencia se arrimó sobre la información dada a la demandante, además, es de recordar que durante el interrogatorio la promotora de esta litis, si bien aceptó haber recibido una llamada de una asesora de la AFP, de lo dicho en el interrogatorio tampoco se podría deducir una confesión a favor de la demandada, atendiendo a que lo descrito como lo informado, lo que hace es reiterar la escasa y equivoca información recibida. Así las cosas, se puede decir que la accionante **no tuvo reasesoría alguna por parte de asesores de los fondos con posterioridad al traslado de régimen y antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad pensional;** por lo que resulta notorio que la demandada faltó a su deber de «*información y buen consejo*», y no demostró que las asesorías se hubiesen efectuado en las condiciones descritas anteriormente.

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 **1996**, 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.

De la permanencia de la afiliada en el RAIS

Frente al tema, no se puede pretender que se tenga como ratificación el tiempo en que la 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.

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 la *a quo*, pues al tratarse de circunstancias ulteriores, no tienen incidencia alguna en los efectos asociados a la forma en que se ejecutó la afiliación primigenia con la cual se materializó el cambio de régimen pensional cuya ineficacia se debate en este proceso.

[1] archivo 04

Tampoco podría afirmarse que la actora hizo ***actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad de pertenecer al RAIS*** por permanecer por más de 20 años en dicha AFP. A propósito de ello, es del caso traer a colación la sentencia SL1055-2022 (2-03-2022)[2], que en lo pertinente recalcó:

> "… si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber 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 Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.
>
> Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles 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".

Además, 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 ineficacia[3]. Sin embargo, dicho criterio es aplicable solo para el caso de afiliados, pues, en tratándose de pensionados, la alta Corporación ha definido en sentencia (SL 373/2021), que la calidad de pensionada es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer. Dicha situación aquí no ocurre, por cuanto la demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionada.

---

[2] M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez
[3] CSJ Sentencia SL1688-2019

Conforme a lo expuesto, se aclara que la ineficacia del traslado que fue decretada por la *a-quo* se generó por ineficacia en el acto jurídico y falta de asesoría de la afiliada al momento de realizar su traslado a la 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 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, al no tener vocación de prosperidad los argumentos esbozados por **Colpensiones** y **Protección S.A.**, se deberá confirmar la ineficacia declarada por la *a quo*.

De las consecuencias de la ineficacia

Para el caso, se evidencia que la juez de primera instancia dispuso ordenar la devolución de los gastos de administración por parte de Protección S.A. Dicha orden es 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 del RAIS deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como lo 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, obliga a la AFP a trasladar todos los dineros que por concepto de aportes y rendimientos se hubieren producido y que hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la accionante, además de los valores que cobró 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 todos estos 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).

Acorde con lo dicho, resulta pertinente traer a colación el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral, sentencia SL1017-2022 M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, así:

> "… 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, además de no asistirle la razón a Protección S.A. en sus argumentos para oponerse al traslado de los emolumentos ordenados en la sentencia, se observa que se hace necesario adicionar el **ordinal tercero** del fallo a fin de que allí quede claramente expreso que la AFP, debe disponer la devolución de los aportes que hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la accionante junto con los rendimientos que se hubieren producido mientras administró la cuenta de ahorro individual de la demandante y que corresponde a todo el tiempo en que ha permanecido en el RAIS, pues bien la parte considerativa del fallo de primera instancia dispuso tal aspecto, lo cierto es que no quedó inserto en la parte resolutiva, además, tampoco es propio incluir "intereses y los frutos producidos actualizados", porque ello corresponde a los mismos rendimientos.

Ahora, de cara a los cuestionamientos frente a las órdenes que fueron impartidas a la AFP, frente a la devolución de los gastos de administración, 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, a los que se deben incluir los valores 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.

Acorde con lo anterior, puede decirse que las órdenes impartidas a la AFP son la consecuencia que se deriva del acto jurídico declarado ineficaz, lo que conlleva a que no tengan vocación de prosperidad los argumentos planteados

por la AFP Protección S.A. Además, al no haber incluido la sentencia todos los emolumentos que debieron ser, en tal caso, se deberá adicionar la orden en lo no dispuesto por la a-quo, esto es, trasladando las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos de la AFP, sumas que deberán devolverse debidamente indexadas. Dicha orden, se incluye conforme al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Frente a la solicitud de Colpensiones en el sentido de que a título de sanción, 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 reconvención no puede ser considerado, razón por la cual no se puede acceder a tal petición.

Del bono pensional

Respecto de dicho instrumento, comoquiera que de la historia laboral arrimada por la demandada obra que a favor de la Sra. López Heredia existe bono pensional, cuya fecha de redención normal corresponde al **17-02-2026** (archivo 11, pág. 360), al respecto se deberá **ADICIONAR** la providencia, a fin de ordenar comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí adoptada.

De la imposición de costas

Comoquiera que se resolvió de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** se les impondrá costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada, el cual quedará así, para mayor claridad:

> **"TERCERO**. ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. que proceda a remitir ante COLPENSIONES la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la señora NELLY DALIDA LOPEZ HEREDIA. De igual forma, deberá trasladar a Colpensiones los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos de la AFP, sumas que deberán devolverse debidamente indexadas, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que la demandante ha permanecido vinculada a dicha AFP"

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, para **ORDENAR** que se comunique a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de

Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí adoptada, a fin de retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la demandante se cambió de régimen.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira del 27 de junio de 2023.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y PROTECCION S.A.** a favor de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada
Aclaro voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado
Aclaro voto

Firmado Por:

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

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

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Aclaración De Voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e83e78e3039769444bc48d8a58c9269c91afafe2f61a71cb0d689901207e00ff**

Documento generado en 02/10/2023 07:59:42 AM

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