

Proceso: Ordinario Laboral
Radicado: 66001310500420230010001
Demandante: Rita Adelaida Ortiz Bustos
Demandado: Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
Asunto: Apelación y consulta Sentencia del **26 de septiembre de 2023**
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito
Tema: Ineficacia

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



Magistrado Ponente
GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

Pereira, diecinueve (19) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Aprobado por Acta No. 21 del (13/02/2024)

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral, procede a resolver los recursos de apelación formulados y el grado jurisdiccional de consulta a favor del ente público, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **RITA ADELAIDA ORTIZ BUSTOS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** y las **ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, cuya radicación corresponde al **66001310500420230010001**.

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

SENTENCIA No. 24

ANTECEDENTES

1.- Pretensiones.

RITA ADELAIDA ORTIZ BUSTOS pretende que se declare la ineficacia del traslado de régimen que hizo hacia PORVENIR S.A., y posteriormente hacia PROTECCIÓN S.A. En consecuencia, se le declare en libertad de afiliarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ordenando a COLPENSIONES que lo reciba como su afiliada y a las

codemandadas a liberar sus bases de datos para trasladar sus cotizaciones hacia Colpensiones. Además, solicita el pago de las costas del proceso.

2.- Hechos.

En síntesis, relata la accionante que nació el 8 de mayo de 1964; que se afilió inicialmente al RPM con PD en junio de 1985 estando allí hasta cuando suscribió formulario de afiliación con Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., recriminando que en dicho formulario se indicaba que era una vinculación inicial cuando era un traslado de Régimen porque ella venía afiliada al Régimen de Prima Media y que, además, el asesor no le suministró la debida asesora, pues solo le aseguró que pasarse al RAIS su mesada sería mucho más alta; que si no quería recibir su pensión podía optar por reclamar la devolución de saldos, incluido el bono pensional y que el ISS iba a desaparecer y sus aportes podrían estar en riesgo de perderse, por lo que no fue ilustrada sobre las posibles desventajas que tendría al trasladarse de Régimen Pensional y, denota que posteriormente, suscribió formulario de afiliación con la AFP PORVENIR S.A. como traslado entre AFP de quien señala, tampoco le suministro la suficiente información.

La demanda fue radicada el 16 de marzo de 2023 y admitida por auto del 17 de abril de 2023.

3.- Posición de las demandadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, se opuso a las pretensiones al considerar que no había lugar a declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPMPD al RAIS porque había sido realizado de forma libre, voluntaria espontánea y sin presiones, encontrándose ajustado a derecho, pues el asesor del fondo privado, brindo una asesoría adecuada para el momento histórico en que se llevó a cabo el traslado y la demandante haciendo uso de su derecho a la libre escogencia de régimen pensional. Excepciona: *Falta de causa para demandar, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción y genéricas (archivo 08 y 16).*

La **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** Se opuso a las pretensiones bajo el argumento que la

decisión fue voluntaria y no existieron las maniobras preterintencionales que se le endilgan, sin que la demandante hubiere sido víctima de la omisión de información. Excepciona: Genéricas, prescripción, buena fe, compensación, exoneración de condena en costas, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa o ausencia de personería sustantiva por pasiva, 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 (archivo 12 y 17)

La **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Se opuso a las pretensiones al considerar que no se presentó ninguna causal legal de ineficacia del acto jurídico de afiliación de la demandante al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por **HORIZONTE**, por cuanto para la data de afiliación no tenían la obligación legal de realizar proyecciones financieras de las mesadas pensionales de los potenciales afiliados, ni mantener constancia escrita de las asesorías suministradas. Excepciona: Validez y eficacia de la afiliación al rais e inexistencia de vicios en el consentimiento, aplicación del artículo 1746 del código civil en relación con los rendimientos financieros, gastos de comisión y primas de seguro, prescripción, buena fe y genéricas (archivo 11 y 15).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante decisión del 26 de septiembre de 2023, la jueza Cuarta Laboral Del Circuito de Pereira dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que RITA ADELAIDA ORTIZ BUSTOS efectuó al RAIS a través de la AFP COLMENA HOY PROTECCIÓN S.A. el 02 de noviembre del año 1999 con efectividad a partir del 03 de noviembre del año 1999, así como los traslados horizontales a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 01 de abril del año 2000 con efectividad desde la misma data, a HORIZONTE HOY PORVENIR el 18 de diciembre de 2000 con efectividad a partir del 01 de febrero de 2001 y finalmente a PORVENIR S.A. el 28 de febrero del año 2005 cuya efectividad inició el 01 de abril de idéntica calenda; debiéndose retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, dadas las consideraciones precedentes. **SEGUNDO: A. ORDENAR** al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. a girar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual correspondiente a todo el tiempo en que la actora ha permanecido en el RAIS, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de

esta decisión. **B. CONDENAR** a los fondos privados de pensiones PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. para que, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, procedan a restituir los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Al momento de darse cumplimiento a lo ordenado en el numeral segundo, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **TERCERO: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que, proceda aceptar sin dilaciones, el traslado de la señora RITA ADELAIDA ORTIZ BUSTOS del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, desde el momento en que se afilió a este último régimen. **CUARTO: DESESTIMAR** las excepciones propuestas por las accionadas. **QUINTO: CONDENAR** en costas procesales a cargo de PROTECCIÓN S.A. en un 100%, en favor de la demandante.

Para arribar a tal decisión, la *A quo* consideró que el problema jurídico planteado consistía en determinar si era procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional efectuada por el actor y cuáles serían las consecuencias jurídicas de dicha declaratoria. Para resolver la controversia, la falladora de instancia consideró varias premisas jurídicas, entre ellas los artículos 13, 36 y 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 167 del CGP, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y el artículo 1604 del Código Civil, así como la jurisprudencia relevante de la Sala de Casación Laboral, las cuales citó.

Resaltó que entre las subreglas a tener en cuenta cuando se analiza el acto jurídico de traslado de régimen conforme a la línea jurisprudencial aplicable, tratándose del deber de información, debía analizarse bajo la figura de la ineficacia y de acuerdo al momento histórico en que se produjo el traslado. Para el efecto, menciona que las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) tienen la obligación de suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen, aspectos que debían ser acreditados por la AFP porque eran estas quienes tenían la carga de la prueba, la cual se invierte a favor del afiliado, lo que significaba que la AFP debía demostrar que se suministró la información necesaria en la antesala del cambio de régimen, sin que fuera prueba de ello la sola suscripción del formulario de afiliación, porque la falta del consentimiento informado justificaba el declarar la ineficacia, con independencia de si el afiliado se encuentra o no amparado por el régimen de transición.

Frente al asunto en estudio, resalta que Colpensiones al contestar la demanda había arrimado copia de la historia laboral que la accionante quien registra en su vida laboral 8.43 semanas en el extinto ISS por los periodos que van del 8 octubre de 1991 al 30 de noviembre de 1991 y del 1 de agosto del 1997 al 31 de agosto del 1997, lo que demostraba que estuvo vinculada al régimen de prima media antes de su afiliación al RAIS, aspecto que mencionó la accionante en su interrogatorio cuando informó que su vinculación al ISS se dio cuando inició su vida laboral.

Consideró que habiéndose la accionante cambiando de régimen pensional, era Protección S.A. quien debió demostrar que cumplió con el deber de información, carga que no había cumplido, sin que los documentos arrimados dieran cuenta de la información suministrada a la demandante aunado a que la actora en el interrogatorio tampoco había realizado una confesión que permitiera concluir que el fondo sí cumplió con su deber de información, pues al preguntársele sobre ello, dijo que no se la habían dado ninguna asesoría.

Concluye, que al no haber demostrado la AFP que se hubiere proporcionado la información suficiente a la actora al momento de la afiliación o durante el vínculo de la parte actora, había incumplido la demandada con la carga de la prueba, lo que llevaba a concluir que la decisión de traslado no estuvo precedida de la comprensión suficiente y menos del real consentimiento para aceptarla, sin que tampoco existiera prueba en el expediente que lo acreditara, aspecto que imponía declarar la ineficacia con las consecuencias que ello acarrearía, esto es, que Porvenir trasladara a Colpensiones la totalidad de los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual y, a tanto a Porvenir como a Protección el restituir los gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

En cuanto al bono pensional, como era deber verificar si se generó, al corroborar la historia laboral de Colpensiones, la actora solo cotizó 8.43 semanas, lo que era insuficiente para dar aplicación a lo previsto en el artículo 115 de la Ley 100 del 93, razón por la cual ninguna orden frente a ello se hacía.

RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Los apoderados de Porvenir S.A. y Colpensiones recurrieron la decisión en los siguientes términos:

Porvenir S.A. Interpuso recurso de apelación frente a la sentencia para que fuera revocada en su totalidad frente a las condenas que le fueron impuestas y la declaratoria de ineficacia, sustentando lo siguiente:

Que con el traslado de régimen y los traslados horizontales que hizo la actora, quedó acreditado el cumplimiento del deber de asesoría básico y necesario porque para el momento histórico en que se hicieron esas vinculaciones, el deber de asesoría era el básico y necesario; donde se ponían de presente las características propias de los regímenes coexistentes entre sí, las modalidades de pensión y demás características propias del RAIS. Adicionalmente, expuso que en el expediente reposaban los formularios de afiliación que daban cuenta de que el consentimiento fue libre, voluntario y sin presiones. Aclarando que la demandante en su interrogatorio, quiso ser evasiva frente a las circunstancias de tiempo de modo y lugar bajo las cuales se llevó a cabo la vinculación ante Horizonte y de manera posterior ante Porvenir S.A., pero finalmente reconoció y admitió que la información que había en los formularios y la firma era la suya.

Asegura que en este caso estaban acreditados los actos de relacionamiento, toda vez que los actos sucesivos que hizo la actora dieron cuenta de su intención de permanecer en el RAIS aun cuando pretendiera desestimar ello, pues lo que pretendía era enrostrar omisiones a los fondos cuando ella misma fue omisa en el cumplimiento de sus obligaciones como afiliada, en su calidad de consumidora financiera, toda vez que tuvo sendas oportunidades para buscar su retorno al RPM con PD y no lo hizo, buscando ahora obtener una mayor mesada pensional.

Refiere que es objeto de reparo la totalidad de rubros o emolumentos que se le ordenaron girar a Colpensiones debidamente indexada, explicando que las cuotas o gastos de administración, los seguros previsionales y las cuotas para la garantía de pensión mínima no podían ser reintegradas. La primera porque era una contraprestación percibida por las gestiones de la AFP tendientes a engrosar el capital de la afiliada, lo que constituía un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones y detrimento del patrimonio de Porvenir. Las segundas, eran descontadas por mandato legal, y girados con destino a las aseguradoras para amparar las contingencias por invalidez y sobrevivencia por lo que devolverlos también era un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones y, las terceras, esto es,

las cuotas de garantía de pensión mínima eran recursos que no están en la AFP, sino en el fondo administrado por la Nación, por lo que la orden impartida no le correspondía a la AFP ya que equivaldría a un doble pago y se torna injusto y estaba en contravía de la sostenibilidad financiera del sistema.

Colpensiones, recurrió la decisión considerando que el traslado cumplió con los requisitos establecidos en la normatividad vigente, pues se verificó que la demandante firmó el formulario de traslado de manera libre, voluntaria y sin presiones. Refiere que autorizar el ´retorno de la actora a Colpensiones no era posible porque no acredita el lleno de requisitos al no ser beneficiaria del régimen de transición y al elevar la solicitud de regreso se hizo estando a menos de 10 años para acceder a su derecho pensional. De otro lado, Colpensiones no participó de la afiliación cuestionada y las resultas del proceso lo afectaban al tener que recibir un nuevo afiliado, lo que generaba descapitalización del fondo. De acuerdo a ello, solicitó que de mantenerse la decisión, a título de sanción, se condenará a la AFP a pagar un cálculo actuarial proporcional a lo equivalente al valor total de las mesadas pensionales, liquidadas bajo los parámetros del régimen de Prima media y que Colpensiones tendría que asumir.

Conforme a lo consagrado en el art. 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS) la Sala estudiará el fallo del a quo, en grado jurisdiccional de consulta, en lo que no fue objeto de la apelación por Colpensiones.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

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

CONSIDERACIONES

Conforme al anterior panorama, la Sala se ceñirá a los fundamentos de los recursos de apelación, según lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, por lo que el problema jurídico a resolver se enmarca en establecer si la jueza a quo, se equivocó al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional. De acuerdo a ello, determinar si había lugar a ordenar a las AFPs demandadas, el traslado de los emolumentos que se dispusieron, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados. Además, se deberán analizar las demás órdenes impartidas en la sentencia y revisar la sentencia en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en aquellos aspectos en que no fue recurrida.

Como aspectos por fuera de debate se encuentran los siguientes: **i)** Rita Adelaida Ortiz Bustos nació el 8 de mayo de 1964 (archivo 6, pág. 27); **ii)** El **8 de octubre de 1991** se afilió al régimen de prima media con prestación definida acreditando 8.43 semanas cotizadas (archivo 8, pág. 26); el **2 de noviembre de 1999** suscribió formulario de afiliación con Colmena (hoy Protección S.A.) como traslado de régimen (archivo 6, pág. 34 y archivo 11, pág. 120); **iii)** El **18 de diciembre de 2000** suscribió formulario de afiliación trasladándose desde Santander¹ (hoy Protección S.A.) hacia Horizonte (hoy Porvenir S.A) (archivo 11, pág. 55); **iv)** El **28 de febrero de 2005** hizo un traslado horizontal desde Santander (antes Horizonte hoy Porvenir S.A.) hacia Porvenir S.A. (archivo 6, pág. 63); **v)** Según la historia laboral emitida por Porvenir S.A., la actora hizo 16.2 cotizaciones al sector público (archivo 6, pág. 47).

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

Ineficacia del traslado de Régimen

Para iniciar, es de advertir que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de estas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

¹ antes Colmena, Santander, Ing

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, por ello, el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y la sentencia SL-12136 rad. No 46292 del 3 de septiembre de 2014.

Es de anotar que la jurisprudencia antes citada corresponde a traslados respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, sin embargo, en sendos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL1452-2019, SL1017-2022, señala que, ni la jurisprudencia desarrollada por esa Corporación y, mucho menos el ordenamiento jurídico laboral y de la seguridad social prevén como requisito para que resulten aplicables las reglas sobre ineficacia del traslado y en especial la relativa a la inversión de la carga de la prueba que en ella opera, que el afiliado al momento del cambio de régimen pensional fuese beneficiario del régimen de transición, tuviese un derecho consolidado o una expectativa legítima, por el contrario, se ha estimado que para que resulte viable la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado, así como, la inversión de la carga de la prueba que en estos asuntos se configura, lo que se exige es que la administradora de pensiones hubiese faltado a su deber de información, ya que *«el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita*

a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ3719-2021), todo ello por cuanto «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4025-2021).

Así mismo, se ha de señalar que, por el solo hecho de que se suscriba un formulario de afiliación, no es posible inferir que la persona conocía los verdaderos efectos que sobre sus derechos pensionales podía tener la decisión de trasladarse, lo que además no puede considerarse como satisfecho con una simple expresión genérica; o con el hecho de que el afiliado no haya demostrado en el transcurso del tiempo inconformidad alguna sobre el cambio en el sistema pensional que hizo.

En torno a la **carga de la prueba**, es de indicar que corresponde a la AFP ante quien se realizó el cambio de régimen pensional, porque es quien debe de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, al contar con los documentos e información en general que le suministró al interesado, pues no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la calidad de la asesoría brindada.

Además de lo expuesto, la Corte ha reiterado (SL1017/2022) que, la transgresión al deber de información tratándose del traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades regulado por el Código Civil, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Del deber de información

Aplicando los anteriores criterios al caso que nos ocupa, debe decirse que de la documental adosada por la AFP con la que la parte demandante hizo traslado de régimen, ninguna es idónea 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 a la reclamante

de todo el conocimiento que requería para adoptar una decisión consciente, racional y ajustada a sus expectativas pensionales.

Ahora, a pesar de que la actora signó el formulario del traslado que aceptó haberlo realizado de manera “*libre, voluntaria y sin presiones*”, de ello no se puede deducir que hubo un consentimiento o una decisión de cambio de régimen debida y suficientemente informada cuando justamente a ese momento se careció del conocimiento necesario acerca de las características, ventajas, desventajas, condiciones económicas y del mercado, del funcionamiento diferenciado de los sistemas pensionales y de las consecuencias que podría acarrear su decisión. Se debe tener en cuenta que era deber de la AFP realizar un proyecto pensional en donde se informara sobre las posibilidades de contar con un *quantum* ajustado a las expectativas en el régimen al cual la actora se iba va a trasladar.

Para auscultar si se cumplió con el propósito de la alzada, se escuchó en interrogatorio a Rita Adelaida Ortiz Bustos, quien informó que cuenta con 59 años, casada, grado de escolaridad Técnico en Auxiliar de enfermería y actualmente vinculada como auxiliar de enfermería. Durante su intervención refirió que en la actualidad no se ha pensionado ni solicitado la pensión. Acepta que suscribió el formulario de afiliación ante Horizonte hoy Porvenir – *el cual se le puso de presente* - de manera libre y voluntaria y sin presiones. Comenta que fue cotizando de Colpensiones antes ISS en 1986 y que se trasladó de régimen sin que se le hubiere dado la información, pues niega haber recibido asesoría porque solamente fue y dijo que necesitaba vincularse a una entidad de pensiones como contratista porque tenía entendido que el ISS ya no estaba aceptando vinculaciones.

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

Y es que, al analizar el caudal probatorio bajo los parámetros ya traídos a colación, se tiene que no existen elementos que permitan concluir que, durante el traslado de la parte actora, **Protección** hubiere cumplido con el deber de información que le correspondía, máxime cuando la única asesoría que se hizo, esto es, al traslado de régimen, lo fue con las falencias ya denotadas. En todo caso, resulta notorio que faltó a su deber de «*información y buen consejo*», omitiendo informar sobre las ventajas,

desventajas, características, riesgos, posibilidades de pensión en cada régimen y demás aspectos que le permitiese comprender claramente la conveniencia o inconveniencia de su decisión, condiciones que debía probar la AFP, pero no lo hizo. Esta situación se acompasa con lo lineado en las sentencias SL12136-2014 y SL4373-2020, entre otras.

A lo anterior se suma, que las obligaciones que debían observar los fondos de pensiones durante el traslado de la parte accionante eran las contenidas en las normas del sistema vigentes a esa época. De modo que, al ser la solicitud del año **1999**, es factible pregonar sin vacilación que a la AFP con que se hizo el traslado de régimen le correspondía cumplir con el deber de información que deviene de las disposiciones constitucionales, de la Ley 100 de 1993, artículos 13, literal b), 271 y 272 y del Decreto 663 de 1993, artículo 97, según los cuales, como mínimo, debió ilustrarse al potencial afiliado sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Actos de relacionamiento

En este caso, no se puede pretender que se tenga como ratificación el tiempo en que la parte demandante permaneció en el RAIS, los traslados horizontales que hizo entre las AFP del 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 inmerso en la prohibición de cambiarse de régimen, es decir cuando faltaren menos de 10 años para acceder a la edad pensional, pues lo que se evidencia aquí es la falta de acompañamiento, y aún, ante el supuesto que esta tuviera presente dicha disposición, debe tenerse en cuenta que la falta de asesoramiento de la que fue objeto, no le permitía distinguir cuál régimen era el que más le convenía, pues nunca le mencionaron las características del RAIS, no le expusieron las diferencias con el RPM con PD y menos aún de los riesgos, consecuencias, requisitos de las diferentes modalidades de pensión y demás características que finalmente la demandante desconocía para adoptar una decisión debida y completamente informada.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia del afiliado por varios años al RAIS no es un aspecto que derruya las conclusiones a las que arribó la *a quo*, pues al tratarse de circunstancias ulteriores, no tienen incidencia alguna en los efectos asociados a la forma en que se ejecutó la afiliación primigenia con la cual se materializó el cambio de régimen pensional cuya ineficacia se debate en este proceso.

De otro lado, tampoco puede afirmarse que la actora hizo *actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad de pertenecer al RAIS* por el hecho de permanecer allí por varios años o por los traslados horizontales que hizo al interior del RAIS. 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 obediencia de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.

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

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles, 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,

² M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 ineficacia³. Sin embargo, dicho criterio es aplicable solo para el caso de afiliados, pues, tratándose de pensionados, la alta Corporación ha definido, en sentencia (SL 373/2021), que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer. Dicha situación aquí no ocurre, por cuanto la demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionada, en tanto que aún se encuentra vinculada laboralmente y fue enfática en indicar que no ha solicitado la pensión.

Conforme a lo expuesto, la ineficacia del traslado que fue decretada por la *a-quo* se generó por la falta de asesoría al momento de realizar el traslado a la AFP del RAIS, situación que permite su retorno al RPM, independientemente que se encuentre a menos de 10 años de cumplir la edad pensional, pues ello no impide el retorno al RPMPD porque no se está frente a un nuevo traslado sino frente a una declaratoria de ineficacia del primigenio que retrotrae las cosas al estado original.

Con todo, se deberá confirmar la ineficacia declarada por la *a quo* al no tener vocación de prosperidad los argumentos planteados por los recurrentes.

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen

Frente al reproche de la AFP recurrente sobre la orden de devolver los gastos de administración, comisiones y cuotas de garantía de pensión mínima indexadas, ello resulta procedente, dado que, la consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado es que la afiliación se retrotrae al estado en que se encontraba, lo que implica que los fondos privados deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como los dispone el artículo 1746 del C.C., incluidos los gastos de administración, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral

³ CSJ Sentencia SL1688-2019

de la CSJ entre otras, en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

Lo anterior implica que además de ser trasladado a Colpensiones los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual de la actora, esto es, por concepto de aportes y rendimientos se hubieren producido, también se deben retornar todos los valores cobrados por cada AFP donde estuvo afiliado(a) la accionante, que fueron a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes destinados para el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, **debidamente indexados**, con cargo a sus propios recursos, por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, tal y como lo dispuso la jueza de primer orden.

Además, es de precisar que dichos emolumentos deben ser abonados en el fondo común que administra **Colpensiones**, ya que son utilizados para la financiación de la pensión de vejez de la parte demandante (SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4141-2021, SL3611-2021, entre otras más).

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

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

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

Frente a las órdenes impartidas a la AFP, 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 tampoco afecta a las aseguradoras con quienes, en su momento, las AFP contrataron el seguro previsional porque la orden no está dirigida a restituir el pago de la prima, sino, se itera, a devolver lo descontado de la

cotización que estaba destinada para financiar, entre otros, los seguros previsionales, lo cual es diferente.

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

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

Con todo, sin bien los argumentos expuestos por la AFP recurrente no tienen vocación de prosperidad frente a los emolumentos a trasladar a Colpensiones, para otorgar mayor claridad, se adicionará el literal B. del ordinal Segundo de la sentencia para aclarar que los valores a remitir a Colpensiones tanto por la AFP Porvenir S.A. como por Protección S.A., en virtud de los traslados horizontales que se presentaron y la fusión o cesión que se dio respecto de varios fondos de pensiones, se entenderá que dichos valores corresponden al tiempo en que la demandante permaneció vinculada a las respectivas AFP, incluidas aquéllas que recibieron por cesión o fusión.

Consulta de la sentencia en los aspectos no recurridos

Con relación al bono pensional, comoquiera que obra en el proceso que la actora estaba vinculada al ISS hoy Colpensiones al momento de traslado, momento para el cual contaba con 8.43 semanas, se entiende que, al no contar con el mínimo de las 150 semanas, en tal sentido no se generaría bono pensional, razón por la cual no había órdenes que disponer en este aspecto, tal y como lo concluyó la jueza.

Conclusión

Del análisis integral de los medios de prueba, se puede afirmar que la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada en su integridad y, al no prosperar los recursos invocados por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, en esta sede, se les condenará en costas a favor de la parte accionante.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR para aclarar el literal B del ordinal segundo de la sentencia, el cual quedará así:

“B. CONDENAR a los fondos privados de pensiones PORVENIR S.A. (Antes Horizonte) y PROTECCIÓN S.A. (Antes Colmena e ING) para que, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, procedan a restituir, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados y que corresponden al tiempo en que la demandante permaneció vinculada como a cada AFP, incluidas aquéllas que asumieron por cesión o fusión.

Al momento de darse cumplimiento a lo ordenado en el numeral segundo, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en su integridad, la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira del 26 de septiembre de 2023.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., a favor de la parte demandante. Sin costas respecto de Protección S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Quienes integran la Sala,

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: **a7533c5c51aa64b8d7376053f20f53bcd3ec4ebd4b43c70d3114f229c238aebb**

Documento generado en 16/02/2024 10:05:56 AM

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