República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **032 2020 00346** 01
DEMANDANTE:	JUAN RICARDO RAMÍREZ LESMES
DEMANDADOS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA.
LLAMADA:	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA

Bogotá DC, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Skandia y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, respecto de la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2022, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media, con prestación definida con el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado en julio y solicitado a Protección y a partir del 1º de septiembre de 1997; y, del traslado de Colpensiones a Old Mutual, solicitado en septiembre y efectuado a partir de noviembre de 2007; se condene a Protección y Old Mutual realizar el traslado de su afiliación a Colpensiones; se ordene a Old Mutual trasladar los valores que hubiere recibido por cotizaciones al RAIS, bonos pensionales y sumas que la entidad posea en la cuenta de ahorro individual con motivo de su afiliación, sumas adicionales,

rendimientos, frutos e intereses, en forma indexada; que se condene a Colpensiones a declarar que no medio solución de continuidad en su afiliación, recibirlo en el RPMPD, y en costas a las demandadas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expone que nació el 23 de marzo de 1962, estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones, desde el 27 de junio de 1984 hasta el 31 de agosto de 1997, cotizando un total de 456,14 semanas para pensión; que en julio de 1997 firmó solicitud de vinculación a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Davivir SA, hoy Protección SA, a raíz de la falta de información veraz y oportuna por parte del asesor, sin tener acceso a información clara, cierta, comprensible de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional; que en septiembre de 2007 se trasladó a Old Mutual, ahora Skandia, entidad que tampoco le brindó información en los términos referidos; que no tuvo la oportunidad de discutir sobre sus derechos pensionales, ni con su empleador ni con los fondos de pensiones, presentó reclamación ante Colpensiones sin que a la fecha haya recibido respuesta (pág. 11 a 19, arch. 01, C001).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida luego de ser subsanada, el 7 de diciembre de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas; en auto del 21 de mayo de 2021 se tuvo por contestada, así mismo, el 12 de noviembre siguiente, se admitió el llamamiento en garantía a Mapfre, formulado por Skandia; y, el 11 de marzo de 2022 se le tuvo por contestada la demanda y el llamamiento (arch. 04, 09, 11 y 14, C001).

Skandia se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda que recaigan en la entidad, de las que solicitó se le absuelva. Formuló las excepciones que tituló: Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; ausencia de configuración de causales de nulidad; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera

parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante; prescripción; y, buena fe (pág. 2 a 18, arch. 05, C001).

Protección presentó oposición a cada una de las pretensiones que la involucren. Formuló las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; y, traslado de aportes (pág. 3 a 22, arch. 07, C001).

Colpensiones se opuso a todas las pretensiones, invocando como medios de defensa las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; y prescripción (pág. 2 a 44, arch. 08, C001).

Mapfre se opuso a las pretensiones de la demanda respecto de la llamante y a las del llamamiento en garantía. Propuso frente a la primera, las excepciones que denominó: el acto jurídico de afiliación al RAIS y el de su posterior traslado a otra AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por la afiliada se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación del demandante a Old Mutual (hoy Skandia SA); prescripción de la acción de nulidad; legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional.

Respecto al llamamiento, las tituladas “Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías SA” frente a la acción material ejercida por la parte demandante, carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado frente a “Mapfre Colombia Vida Seguros SA”; “Mapfre Colombia Vida Seguros SA” no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados; a “Mapfre Colombia Vida Seguros SA” no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA” y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; inexistencia de derecho contractual por parte de “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA”; y, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (arch. 06.1, C001).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 12 de septiembre de 2022, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, y probada la de inexistencia del derecho contractual por parte de Skandia, formulada por la llamada en garantía; declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el actor a través de la AFP Davivir hoy Protección SA el 1º de septiembre de 1997, así como sus posteriores traslados entre administradoras del RAIS; en consecuencia, condenó a Protección SA a trasladar a Colpensiones, lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, mientras estuvo afiliado, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; a Skandia a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos aportes efectuados junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y

porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; ordenó a Colpensiones recibir al actor como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado; absolvió a la llamada en garantía; y, condenó en costas a Protección a favor del demandante, y a Skandia a favor de Mapfre.

En síntesis, el juez de primer grado hizo un recuento normativo respecto a los regímenes pensionales existentes y la posibilidad de elección y traslado, libre y voluntario por parte del afiliado. Consideró que, conforme a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, debía declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por el demandante, en la medida en que Protección y Skandia, no acreditaron haber dado cumplimiento al deber de información atinente a indicarle al afiliado las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen y las consecuencias del acto que se estaba celebrando, pues al plenario únicamente se arrimaron los formularios de afiliación, que no dan cuenta del cumplimiento de ese deber de información, y del interrogatorio de parte no se extraía prueba de confesión, de haber recibido información clara y suficiente.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Skandia interpuso recurso de apelación parcial, en cuanto a la orden de trasladar a Colpensiones los gastos de administración y seguros previsionales, y frente a la absolución de la aseguradora Mapfre. Argumentó que tales gastos están legalmente consagrados, así como de manera expresa y no facultativa su destinación, igualmente los conceptos a trasladar al RPMPD en caso de traslado de régimen; que aquellos son rubros de los que no dispone la AFP, que fueron debidamente utilizados en la administración de la cuenta de ahorro individual. Si se confirma la sentencia, solicitó se analice la prescripción frente a los gastos de administración, por tratarse de derechos crediticios prescriptibles, y no derechos pensionales; que como se ordenó el traslado de las primas de seguros previsionales, se condene a Mapfre a pagar esos rubros, puesto que tiene un derecho legal y contractual, para que la aseguradora reembolse las condenas a las que fue sometida Skandia, por cuanto se declaró ineficaz el traslado del demandante, y lo accesorio sigue la suerte de lo principal, lo que trae como consecuencia que el contrato de seguros no produce efecto alguno, pues se pierde

el interés asegurable (art. 1137 C. de Co.); en su defecto, que se declare la prescripción respecto a la devolución de tales primas de seguros, por el transcurso del tiempo.

Colpensiones interpuso recurso argumentando que la limitación del derecho de traslado prevista en la ley tiene razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional, justificada en el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y está inmerso en la prohibición legal de traslado; que en este caso no existe un error de hecho sino de derecho, que no vicia el consentimiento y debe tenerse como válida su afiliación, la que con el paso del tiempo fue subsanada, puesto que no solo se afilió sino que tuvo vocación de pertenencia, y su inconformidad se orienta al monto pensional; que para el momento del traslado el deber del fondo solo era brindar información y no realizar proyección pensional ni dar buen consejo; y que, se tenga en cuenta el principio de relatividad jurídica, por cuanto es un tercero, que no hizo parte del acto jurídico de traslado y no puede verse favorecida o perjudicada con la decisión.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por Skandia y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04, C002).

Las recurrentes presentaron alegaciones, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y del llamamiento, así como en la alzada (arch. 5, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la

alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria, y si la aseguradora llamada en garantía tiene obligación legal o contractual de responder por la condena impuesta a la llamante, en lo que toca con las primas de seguro previsional.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** El demandante cotizó a través del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 27 de junio de 1984 hasta el 30 de septiembre de 1995, un total de 456 semanas (pág. 47, arch. 08, C001); y, ***iii)*** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Davivir, luego Santander, hoy Protección, el 1º de septiembre de 1997, posteriormente suscribió formulario de vinculación a Skandia el 23 de septiembre de 2007 (pág. 47, arch. 01; pág. 33, arch. 05, C001), en la que se encuentra afiliado en la actualidad.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en

sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

> Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.
>
> La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.
>
> La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
>
> 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.
>
> Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el 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 a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.
>
> Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.
>
> En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.
>
> No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

> Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los arch.s del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

"(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información, clara, veraz, comprensible y suficiente, corresponde al fondo de pensiones, desde su creación, sin importar si el afiliado

era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Davivir, luego AFP Santander, hoy AFP Protección, desde el 1º de septiembre de 1997, y luego se afilió a Skandia SA, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en los formularios de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> "(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

> El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.
>
> Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el *«deber de información y buen consejo»* que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.
>
> Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las

> sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

> De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

> Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Protección, antes Davivir, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 1º de septiembre de 1997, con su afiliación a la AFP Davivir, hoy Protección.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, en este caso, el efectuado a Skandia, y todas las

administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **adicionarán** los numerales **tercero** y **cuarto** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que tanto la AFP Protección como a la AFP Skandia, efectúen la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por el *a quo*, con la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Respecto de la **excepción de prescripción**, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, "(…) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*[1], por lo que resulta acertada la decisión de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, incluidas las primas de seguros previsionales, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, en tanto están llamados a financiar las prestaciones en el régimen de prima media, asegurando así la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Finalmente, en torno al **llamamiento en garantía** solicitado por Skandia, con el que pretende que sea la llamada aseguradora Mapfre quien devuelva las primas de seguro previsional que pagó la AFP durante el tiempo de vinculación de la demandante a aquella, acorde con la jurisprudencia ampliamente reseñada,

[1] CSJ SL1688-2019.

como ya se indicó, es a las AFP, para el caso del llamamiento, específicamente a Skandia, a quien le corresponde asumir con cargo a su propio patrimonio, lo que fue descontado de los aportes pensionales efectuados a favor del demandante, por concepto de gastos de administración, incluido el valor pagado por tales primas de seguro, y no a la aseguradora, que recibió en virtud de un contrato válidamente celebrado entre las partes, en el que actuó como un tercero de buena fe, y sin que comporte su situación contractual, la obligación de restitución de las sumas recibidas por el contrato de seguros, por cuanto realmente no se dan las circunstancias previstas en el art. 1137 del C. de Co., como pretende hacerlo ver la llamante, en tanto al momento de celebrarse el contrato de seguros sí existía un interés asegurable, y en todo caso, no tiene la aseguradora la obligación legal o contractual de soportar las consecuencias de la omisión de la AFP, pues ese no es el riesgo asegurado, ni la llamante el derecho de exigir la devolución de tales primas a la aseguradora, ante la ineficacia del traslado de régimen que sí conlleva tal devolución, pero con cargo a los recursos de la AFP, como consecuencia de su conducta indebida, ante el incumplimiento de su deber profesional en el traslado, debiendo asumir la merma del capital destinado a la financiación de las prestaciones en el régimen de prima media.

Por lo anterior, se **confirmará** la absolución de la llamada en garantía.

Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales **tercero** y **cuarto** de la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2022, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA** y **Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA**, deberán devolver los conceptos allí relacionados con ocasión de la vinculación del demandante, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado

de los ciclos, IBC y aportes pagados, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Hipervínculo al expediente digital* 11001310503220200034601

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **f6cddf6364fbf38ae66ae3b093768075aee79692425da67ace7f7f84706ad891**

Documento generado en 05/05/2023 08:56:40 AM

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