

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:	66001310500520180054701
Demandante:	BLANCA ESTHER CARVAJAL NAVAS
Demandado:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A.
Vinculado:	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia (24 de marzo de 2022)
Juzgado:	Quinto Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 27 DEL 21 DE FEBRERO DE 2023

Hoy, veintidós (22) de febrero 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 apoderadas judiciales de la parte demandada contra la sentencia de primera instancia, así como el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de COLPENSIONES en la misma providencia, proferida por el Juzgado Quinto Laboral Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **BLANCA ESTHER CARVAJAL NAVAS** contra la **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A.** y el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** como vinculado, radicado **66001310500520180054701**.

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. 30

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

BLANCA ESTHER CARVAJAL NAVAS, pretende se declare la nulidad de la afiliación que hizo a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. de la cual se produjo el traslado de régimen desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, asimismo, el traslado que hizo a SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL y HORIZONTE hoy PORVENIR. En consecuencia, solicita que se condene a COLPENSIONES a recibirla nuevamente como afiliada

cotizante y a las AFP a liberar de sus bases de datos a la parte actora haciendo el respectivo traslado de sus cotizaciones y rendimientos. Además, solicita se condene en costas y lo ultra y extra petita

2. Hechos

En sustento de lo pretendido, relata que nació el 25 de septiembre de 1961 y empezó su vida laboral en el mes de julio de 1979 con el empleador MANTILLAL Y CASTILLO LTDA., cotizando al régimen de prima media hasta el mes de junio de 1995. Posteriormente, la actora firmó formulario de afiliación con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. desde el 11 de junio de 1997, pero aunque firmó de forma libre y voluntaria, no le brindaron la asesoría completa por parte de COLMENA sobre las implicaciones que tendría el trasladarse de régimen pensional. Seguidamente, el 03 de febrero de 2000 se trasladó a AFP HORIZONTE hoy PORVENIR. Luego, en septiembre de 2003 se trasladó a SKANDIA hoy OLD MUTUAL, pero no recibió el asesoramiento correspondiente sobre las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen. Finalmente, el 12 de septiembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES el traslado al RPM, sin embargo, fue negado por encontrarse a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

3. Posición de las demandadas.

COLPENSIONES, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones al considerar que la actora decidió trasladarse sin presiones al RAIS, afiliación que tiene plena validez puesto que, la AFP cumplió con los requisitos legales pues los asesores comerciales de COLMENA le indicaron respecto de las características del RAIS y en cualquier caso, la demandante no hizo uso del derecho al retracto. Agregó que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal para trasladarse al RPM porque le faltan menos de 10 años para obtener la pensión. Como excepciones propuso: **inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas.**

OLD MUTUAL antes SKANDIA manifestó que la demandante se trasladó al RAIS de forma libre, espontánea y sin presiones, por lo cual, resulta extraño que durante 22 años la demandante no haya manifestado ninguna inconformidad respecto de la validez del acto jurídico mediante el cual se trasladó de régimen. Agregó que ante la eventual nulidad relativa que hubiere podido configurarse se ha visto subsanada por el paso del tiempo y por la ratificación de la voluntad de la parte actora de seguir permaneciendo afiliada al RAIS. Como excepciones propuso: **no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, validez de la afiliación a OLD MUTUAL e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la eventual nulidad relativa, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.**

PROTECCIÓN S.A. señaló que se opone a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que la actora no pudo ser víctima de la omisión en la información al momento del traslado porque no era sujeto susceptible de beneficiarse del régimen de transición, por no haber cotizado al sistema los 15 de años de prestación de servicios que exige la ley y la jurisprudencia. Como excepciones propuso: **Genérica o innominada, prescripción, buena**

fe, compensación, exoneración de condena en costas, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada, 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.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO informó que no le constan los hechos de la demanda y se opuso a las pretensiones, por cuanto, los supuestos engaños de que fue objeto la demandante por parte de los fondos privados deben ser plenamente probados, pues no basta con el solo hecho de manifestar un posible engaño en la asesoría brindada por el funcionario del fondo. Agregó que, la OBP responde únicamente por la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de bonos pensionales o cupones de bonos pensionales. Como excepciones propuso: **prescripción, violación al principio constitucional de la sostenibilidad financiera y la excepción genérica.**

PORVENIR S.A. indicó que la afiliación que hizo la demandante a HORIZONTE es un acto válido, en la medida en que aquella suscribió la solicitud de vinculación a dicha AFP, de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría respecto a todas las implicaciones de su decisión, tal y como lo hace constar la actora al imponer su firma en el formulario de afiliación. Como excepciones propuso: **validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la eventual nulidad relativa, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, pago, compensación, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Quinto Laboral Circuito de Pereira, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen que BLANCA ESTHER CARVAJAL NAVAS efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante solicitud inicial del 18 de abril de 1997, con efectividad a partir del 1 de junio del mismo año, a través de PROTECCIÓN S.A., y los demás traslados que efectuó, esto es, a PORVENIR S.A. y finalmente a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., fondo de pensiones al que actualmente se encuentra afiliada, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. que procedan a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de BLANCA ESTHER CARVAJAL NAVAS, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación

y sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses, sin descontar suma alguna por concepto de comisiones, gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, los que deberán asumir con cargo a su patrimonio y deberán ser devueltos indexados a Colpensiones. **TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, que acepte el retorno de BLANCA ESTHER CARVAJAL NAVAS, sin solución de continuidad, desde el momento en que se afilió al régimen que administra. **CUARTO: ORDENAR** a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. que proceda a restituir a la Oficina de Bonos Pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, la suma transferida por la redención del bono pensional a la cuenta de ahorro individual de BLANCA ESTHER CARVAJAL NAVAS en virtud de la Resolución No. 25565 del 22 de septiembre de 2021, valor que deberá restituir indexado, desde la fecha de su pago, es decir desde la fecha en que ingresó a la cuenta de ahorro individual de la actora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el respectivo reintegro, con cargo de esta indexación a los recursos propios del fondo privado de pensiones. **QUINTO: AUTORIZAR** a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que en un trámite interno, ejecute las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban al 30 de mayo de 1997, esto es el día anterior a la efectividad del traslado de la actora, procediendo, entre otras cosas a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que generó en favor de BLANCA ESTHER CARVAJAL NAVAS, así como, ejercer las acciones pertinentes para obtener la efectividad de la restitución por parte de la AFP Porvenir S.A. **SEXTO: DECLARAR** no probados los medios exceptivos propuestos por las codemandadas, conforme las consideraciones esbozadas. **SÉPTIMO: CONDENAR** en costas a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en un 100% a favor de la parte actora. Por secretaría líquidense las costas. Sin costas respecto de COLPENSIONES. **OCTAVO: REMITIR** el expediente en grado jurisdiccional de consulta para que sea revisada respecto de Colpensiones dado que le fueron adversas las resultas del proceso a sus intereses”

En síntesis, el juez de instancia dedujo con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que el caso debía de abordarse desde la ineficacia en sentido estricto al ser la razón la falta de información para la formación del acto; que dicha figura se aplica, independientemente de que sea o no el afiliado beneficiario del régimen de transición, siendo la AFP a quien le incumbe la carga de probar que, de acuerdo al momento histórico en que se formó el acto, cumplió con el deber de información; esto es, que le brindó información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, riesgos, diferencias, condiciones, beneficios y consecuencias de ambos regímenes, sin que sea suficiente la sola suscripción del formulario de afiliación porque solo acreditan que existió un consentimiento más no que hubiese sido informado.

En suma, no encontró que la AFP hubiese acreditado que informó debidamente al afiliado al momento del traslado; que solo arrió el formulario e historiales que resultaron ser insuficientes para acreditar que cumplieron con el deber de información.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconformes con la decisión las apoderadas de Colpensiones y Porvenir recurrieron la sentencia, así:

PROTECCIÓN S.A. manifestó que la actora sí recibió las asesorías correspondientes y mantuvo su voluntad de permanecer en el RAIS, se benefició de sus rendimientos por más de 24 años, realizó múltiples traslados de manera horizontal entre fondos privados. Agregó que anteriormente solo existía la obligación de firmar el formulario de afiliación y la asesoría se brindaba de forma verbal, por ende, no es posible que exija los nuevos requisitos a hechos presentados en el pasado, pues se estarían dando efectos retroactivos a normas que no lo tienen. Tampoco se puede desconocer el grado de instrucción de la actora, pues si bien no es abogada, es contadora pública y eso le da un nivel de entendimiento superior sobre los rendimientos y aportes en la cuenta de ahorro individual.

Respecto de los gastos de administración, advirtió que dichos descuentos fueron autorizados por la norma, por ende, al declararse la ineficacia del traslado debe entenderse que no debió existir unos rendimientos y los gastos de administración no se generaron. Agregó que los seguros previsionales son producto de un contrato con terceros que nada tiene que ver con el fondo; en consecuencia, debe revocarse la sentencia de primera instancia.

PORVENIR S.A. y **SKANDIA S.A.** por medio de la misma apoderada, manifestó que ambas AFP deben ser absueltas de las condenas impuestas por el despacho, teniendo en cuenta que el nivel de asesoría para la época era primario tal como exigía la norma, además, la actora realizó varios traslados horizontales durante su afiliación al RAIS, primero en PORVENIR y luego a SKANDIA, por lo que, la actora recibió varias asesorías que conforme a la legislación vigente se exigía para la época. Agregó que, tal como lo explicó en el interrogatorio de parte, se evidencia que conoce las características propias del RAIS y aunque contaba con las herramientas legales para retractarse, nunca lo hizo; por ende, su permanencia en el RAIS por tantos años y sus múltiples traslados ractifican su voluntad de permanecer en dicho régimen pensional. Ahora, por una inconformidad económica no se puede pretender declarar la ineficacia de traslado, pues prima el consentimiento de la actora y la firma de los formularios de afiliación, pero en caso de sentirse perjudicada debió adelantar un proceso diferente para obtener la indemnización de perjuicios.

Respecto de las condenas de devolución de los emolumentos de gastos de administración, consideró que son fijados como contraprestación por haber hecho rentar los aportes de la actora, además surgen por mandato legal y ordenar su devolución implica un enriquecimiento sin causa en favor de la actora y Colpensiones y en detrimento de los fondos privados, máxime cuando se ha beneficiado del aseguramiento y los rendimientos generados.

Por último, frente a la condena en costas, debe ser revocada para ambos fondos, pues actuaron conforme a la ley y cumplieron el deber de información.

COLPENSIONES explicó que la demandante persigue un interés netamente económico para solicitar la ineficacia de traslado, lo cual no se acompasa con la falta de información que alega en la demanda. Advirtió que la declaratoria de la ineficacia atenta contra la sostenibilidad financiera del

RPM, pues se le impone la carga de resarcir un daño que no causó y se dio como consecuencia de la voluntad de la demandante que nunca se preocupó por retornar al RPM sino hasta muy tarde cuando evidenció el monto de su mesada pensional en el RAIS, lo cual, se basa en meras conveniencias y no en un vicio del consentimiento. Aunado a ello, manifestó que la actora realizó actos de relacionamiento cuando se trasladó varias veces entre fondos privados, siendo asesorada en múltiples ocasiones, teniendo claro los beneficios y desventajas del traslado de régimen, más cuando se evidencia la profesión que tiene como contadora.

Finalmente, solicitó que en segunda instancia se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor a Colpensiones y se revoque la sentencia proferida en primera instancia absolviendo a la Administradora de las condenas.

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

IV. ALEGATOS

Atendiendo a que la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídicamente sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se tendrán en cuenta los alegatos que guardan relación directa con los temas debatidos.

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

V. CONSIDERACIONES

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 comisiones y cuotas de administración que cobraron, así como las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales hacia Colpensiones.
- (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)** la demandante nació 25 de septiembre de 1961 (Anexo4, fl.1). **ii)** El 01-07-1979 se afilió al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES (fl.2, anexo17) **iii)** El 18-04-1997 se trasladó de COLPENSIONES a COLMENA hoy PROTECCIÓN. Luego, se cambió a HORIZONTE hoy PORVENIR el 03-02-2000 y finalmente, se dio un traslado automático a SKANDIA hoy OLD MUTUAL el 06-08-2003 (fl.68, anexo51).

Iv) La fecha de redención normal del bono pensional es de 25-09-2021 (fl.7, anexo04)

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 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 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).

¿Se acreditó el cumplimiento del deber de información por parte de las accionadas?

Aplicando los anteriores criterios al caso que nos ocupa, debe decirse que de la documental adosada por las AFP que estuvieron a cargo del traslado de régimen de la demandante, ninguna prueba idónea presentaron para demostrar que en la antesala de la decisión que tuvo la afiliada para migrar del RPM con PD, las AFP cumplieron 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 parte demandante signó el formulario del traslado, lo cual aceptó haberlo realizado de manera “*libre, voluntaria y sin presiones*”, de ello no se puede deducir que hubo un consentimiento o decisión de cambio de régimen debida y suficientemente informada cuando justamente

a ese momento se careció del conocimiento necesario acerca de las características, ventajas, desventajas, condiciones económicas y del mercado, del funcionamiento diferenciado de los sistemas pensionales y de las consecuencias que podría acarrear su decisión, bajo la perspectiva de sus derechos pensionales, teniendo en cuenta que, era deber de las AFP realizar un proyecto pensional, en donde se informara sobre las posibilidades de contar con un *quantum* ajustado a las expectativas en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y bajo una decisión claramente racional.

Para auscultar si se cumplió con ese propósito, se escuchó **en interrogatorio a la parte demandante** en lo que respecta a la información que le antecedió a la decisión de trasladarse de régimen, refirió que es profesional en contaduría pública y para la época del traslado los asesores de Colmena fueron a su lugar de trabajo para asesorarla sobre el traslado de régimen, explicándole que el seguro social se iba a acabar y se perderían las semanas cotizadas, pero, trasladándose a un fondo privado podría pensionarse a cualquier edad o solicitar la devolución de saldos. Señaló que cuando se dio cuenta del monto que recibiría como mesada pensional en el RAIS se asesoró de un abogado y le explicó que en Colpensiones podría pensionarse con un monto más alto debido a su salario. Advirtió que no solicitó el retracto porque los asesores de los fondos nunca le explicaron sobre ese derecho y siempre estuvo segura y convencida de que quedaría mejor pensionada en el RAIS, por ende, nunca pensó en trasladarse.

Pues bien, contrario a lo expuesto por los apelantes 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 estaban obligadas las AFP en la antesala del traslado de régimen pensional, lo que implica que las AFP solo probaron que el formulario se suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones, pero no que cumplieron con el deber de información.

Aun cuando las demandadas alegan que la demandante por ser contadora pública contaba con un grado de escolaridad que le permitía conocer el funcionamiento de los fondos y su parte financiera, lo cierto es que dichos argumentos no son de recibo para el despacho, pues, tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ***“La profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, no eximen a las administradoras de fondos de pensiones del cumplimiento de su deber de información, pues independiente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal de quien decide trasladarse, es obligación de las administradoras ilustrarlo en forma suficiente sobre el traslado, lo cual no solo debe incluir las ventajas, sino la especificación de los diferentes escenarios o posibles consecuencias de tal decisión”*** (SL112-2023) (Negrilla fuera de texto)

Y es que, al analizar la totalidad del 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, las AFP hubieren cumplido con el deber de información que les correspondía. Es que es notorio que las demandadas faltaron a su deber de *«información y buen*

consejo», pues omitieron informar a la parte demandante sobre las ventajas, desventajas, características, riesgos, posibilidades de pensión en cada régimen y demás aspectos que le permitiesen comprender claramente la conveniencia o inconveniencia de su decisión, condiciones que debían probar las AFP pero no lo hicieron, situación que se acompasa con lo lineado en las sentencias SL12136-2014 y SL4373-2020, entre otras.

A lo anterior se suma, que las obligaciones que 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 1997, es factible pregonar sin vacilación que a las AFP demandadas, les 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.

¿El actuar de la parte actora ratifican la voluntad de permanecer en el RAIS? ¿Era la ineficacia la acción a emprender?

Frente al tema, no se puede pretender que se tenga como ratificación el tiempo en que la demandante permaneció en el RAIS administrado por los fondos privados, el hecho que no se hubiese retractado de su decisión o que no hubiese manifestado la intención de regresar al régimen de prima media, antes de encontrarse inmersa en la prohibición de cambiarse de régimen, es decir, cuando faltaren menos de 10 años para acceder a la edad pensional, pues lo que se evidencia aquí es la falta de acompañamiento, y aún, ante el supuesto que esta tuviera presente dicha disposición, debe tenerse en cuenta que la falta de asesoramiento de la que fue objeto, no le permitía distinguir cual régimen era el que más le convenía, amén que si bien al momento del traslado se le hizo mención de algunas de las características del RAIS, nunca se le expusieron las diferencias con el RPM con PD y menos aún de los riesgos, consecuencias, requisitos de las diferentes modalidades de pensión y demás características que finalmente la demandante desconocía para adoptar una decisión debida y completamente informada.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia de la afiliada por varios años, no son aspectos que derruyan las conclusiones a las que arribó el *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.

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)¹, que en lo pertinente recalcó:

“... si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 ineficacia². Sin embargo, dicho criterio es aplicable solo para el caso de afiliados, pues, en tratándose de pensionados, la alta Corporación ha definido en reciente sentencia (SL 373/2021), que la calidad de pensionada es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable

² CSJ Sentencia SL1688-2019

retrotraer. Dicha situación aquí no ocurre, por cuanto la demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionada.

Conforme a lo expuesto, la ineficacia del traslado que fue decretada por el *a-quo* se generó por la falta de asesoría de la afiliada al momento de realizar su traslado a las 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, se deberá confirmar la ineficacia declarada por el *a quo* al no tener vocación de prosperidad los argumentos esbozados por las demandadas.

De las condenas impuestas en la sentencia y grado de consulta en lo no recurrido.

Respecto a la orden de devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, por parte de las AFP demandadas, se ha de indicar que la consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado es que la afiliación se retrotrae al estado en que se encontraba, lo que implica que las AFP del RAIS 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 de la CSJ entre otras, en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

Lo anterior implica que las AFP tienen el deber de trasladar todos los dineros que por concepto de aportes y rendimientos se hubieren producido y que hacen parte de la cuenta de ahorro individual 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, amerita confirmar las órdenes impartidas en la sentencia.

Revisión de las condenas y grado de consulta a favor de Colpensiones.

A propósito de ello, al revisar la sentencia, específicamente el ordinal SEGUNDO donde se dispuso:

“SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. que procedan a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de BLANCA ESTHER CARVAJAL NAVAS, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación y sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses, sin descontar suma alguna por concepto de comisiones, gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, los que deberán asumir con cargo a su patrimonio y deberán ser devueltos indexados a Colpensiones.”

Revisadas dichas órdenes, encuentra la Sala la necesidad de modificar el citado ordinal, ya que, erróneamente la *a quo* ordenó que todas las AFP demandadas debían devolver a COLPENSIONES los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, siendo lo correcto condenar a la devolución de aportes únicamente a la última administradora en la que actualmente se encuentra afiliada la actora, esto es, SKANDIA hoy OLD MUTUAL, dado que, la afiliación se efectuó el 06-08-2003 (fl.68, anexo51).

Por otra parte, se deberá excluir la orden de trasladar *“los frutos e intereses”*. Como se observa, la orden dispuesta resulta difusa, en primera medida, porque lo que se ha debido ordenar es el traslado de *“la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual”* a SKANDIA, ya que los demás conceptos a los que allí se hace alusión se entiende que corresponden a los mismos rendimientos financieros.

Del bono pensional

Con relación al **bono pensional**, como quiera que la fecha estimada de redención normal de dicho instrumento data del 25-09-2021 (fl.7, anexo04), razón tuvo el juez en ordenar comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí adoptada, ordenando a SKANDIA a restituir la suma transferida por la OBP y autorizar al MINISTERIO a anular el bono pensional, órdenes impartidas en los numerales CUARTO y QUINTO, los cuales se confirmarán en esta instancia.

De la imposición de costas.

Frente al reproche sobre la imposición de costas procesales realizada por PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A. debe advertirse que las costas son consecuencia de las resultas del proceso, donde la AFP al resultar vencida procede su imposición, al tenor del artículo 365 del C.G.P. Ello implica, que no hay lugar a relevar de las costas a las AFP.

Con todo, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen y como se resolvieron de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, se les impondrá costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada, y para otorgar mayor claridad quedará así:

“SEGUNDO: ORDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. que proceda a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la señora BLANCA ESTHER CARVAJAL NAVAS.

Así mismo, se **ORDENA** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, devuelva a COLPENSIONES los gastos de administración, las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, sumas de dinero que corresponden al tiempo en que la demandante ha permanecido vinculada al RAIS.”

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.** a favor de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Aclaración De Voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Aclaración De 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: **06ca35247886a128040962c92fece6c60e28833a38a14b9625c33204149e3847**

Documento generado en 22/02/2023 10:16:13 AM

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