

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:	66001310500520210014001
Demandante:	NUBIA MARGARITA GONZÁLEZ CABEZAS
Demandado:	COLPENSIONES, SKANDIA S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Llamada en garantía:	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia (16 de enero de 2023)
Juzgado:	Quinto Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 94 DEL 13 DE JUNIO DE 2023

Hoy, dieciséis (16) de junio 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 COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. 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 **NUBIA MARGARITA GONZÁLEZ CABEZAS** contra la **COLPENSIONES, SKANDIA S.A. Y PROTECCIÓN S.A.** radicado **66001310500520210014001**.

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. 96

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

NUBIA MARGARITA GONZÁLEZ CABEZAS, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que hizo al RAIS efectuado a SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. 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 26 de noviembre de 1962; que se afilió al RPM en febrero de 1983 y cotizó hasta diciembre de 1995; que el 02 de enero de 1996 se trasladó de régimen y suscribió formulario de afiliación con SKANDIA S.A. y el 25 de octubre de 2012 se trasladó a la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A.; no obstante, ambos traslados se efectuaron sin el lleno de los requisitos pues los asesores de los fondos no le brindaron la información, completa y suficiente para trasladarse, incumpliendo con ello su deber de información. Conforme a lo anterior, el 02 de marzo de 2021 solicitó ante COLPENSIONES el traslado de régimen pero fue negado dado que se encontraba a diez años o menos de cumplir el requisito de edad para pensionarse.

3. Posición de las demandadas.

COLPENSIONES, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones al considerar que en la historia laboral de la entidad registra que la actora se afilió el 01 de enero de 1996 hasta el 31 de enero del mismo año, es decir, que no cuenta con cotizaciones anteriores a 1996; en todo caso, no arrimó pruebas que pudieran demostrar que existió engaño de SKANDIA y PROTECCIÓN al momento del traslado de régimen pensional, por lo que, el cambio se efectuó en virtud de la libertad de escogencia del régimen sin ningún vicio en el consentimiento. Como excepciones propuso: **validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.** (Anexo07)

OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. Se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que resulta extraño que durante 25 años la demandante no hubiese manifestado ninguna inconformidad respecto de la validez del traslado de régimen frente a la supuesta asesoría deficiente que recibió por parte del fondo. Agregó que la AFP cumplió con el deber de información y no tenía la obligación legal de realizar proyecciones financieras de las mesadas pensiones de los potenciales afiliados, ni mucho menos, mantener constancia escrita de las asesorías suministradas. Como excepciones propuso **validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, inexistencia de la obligación de trasladar la comisión de administración, en caso de que se declare la ineficacia o inexistencia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de trasladar el pago al seguro previsional cuando se declara la ineficacia o inexistencia de la afiliación al RAIS, pago, compensación, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.** (anexo6)

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que la actora no pudo ser víctima de la omisión en la información al momento de trasladarse de régimen, pues fue un acto de su propia voluntad, máxime cuando la actora no era beneficiaria del régimen de transición, mucho menos pudo ser sujeto susceptible de engaño por no habersele hecho incurrir en error sobre la contratación en lo relativo a sus derechos prestaciones, características y condiciones del régimen que la acogía. Como

excepciones propuso: **genérica o innominada, prescripción, buena fe, compensación, exoneración de condena en costas, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de la AFP, inexistencia de la fuente de la obligación, inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de la AFP, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado, excepción de mérito seguro previsional, excepción de mérito cuotas de administración.** (Anexo09)

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y admitió que recibió el pago de las primas correspondientes al seguro previsional con el cual es llamado en garantía, pero como lo afirma SKANDIA S.A., lo que se contrató con MAPFRE fueron los riesgos de invalidez y muerte, con esta vinculación se confunde en este caso por la entidad llamante los términos de prima y capital ahorrado, pues la prima le pertenece a la aseguradora y fue debidamente causada a su favor por haber asumido el riesgo, el capital ahorrado lo administra directamente SKANDIA y es al que había que trasladar a COLPENSIONES si la sentencia así lo llegara a ordenar, por tanto, considera que no hay lugar a vincular a MAPFRE al proceso. Como excepciones propuso: **Ausencia de cobertura, ausencia de causa onerosa, cobro de lo no debido, hechos ajenos a la póliza de seguros, límite del riesgo y la excepción genérica.** (Anexo16)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Quinto Laboral Circuito de Pereira, resolvió:

“1. DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen que NUBIA MARGARITA GONZÁLEZ CABEZAS efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante solicitud del 2 de enero de 1996, efectivo a partir del 01 de febrero de ese mismo año, a través de PENSIONAR hoy SKANDIA S.A., así como el traslado posterior efectuado mediante solicitud del 25 de octubre de 2012, efectivo a partir del 1 de diciembre de ese mismo año, a través de ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

2. ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., que proceda a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, la totalidad de las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de NUBIA MARGARITA GONZÁLEZ CABEZAS, por concepto de cotizaciones recaudadas durante la vigencia de la afiliación a dicho fondo y a Pensionar hoy Skandia S.A., así como las sumas adicionales, junto con sus respectivos rendimientos, frutos e intereses; y sin descontar suma alguna por concepto comisiones, gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, los que se asumirán con cargo su patrimonio y restituirá a COLPENSIONES debidamente indexados desde el 1 de diciembre de 2012, en adelante.

3. CONDENAR a SKANDIA S.A. que devuelva a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos el valor de las comisiones y cuotas de administración que cobró, así como las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales que descontó durante el período que NUBIA MARGARITA GONZÁLEZ CABEZAS, estuvo afiliada a ese fondo, inclusive el periodo de PENSIONAR, debidamente indexados, esto es, desde el 1 de febrero de 1996 hasta el 30 de noviembre de 2012.

4. COMUNICAR a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y al DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ, la presente decisión, con el fin de que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, ejecuten todas las acciones a que haya lugar para dejar las cosas en el estado en el que se encontraban para el 31 de enero de 1996, (día anterior a la efectividad del traslado), debiendo proceder, entre otras cosas y de ser el caso, a anular o dejar sin vigencia el bono pensional que se hubiere generado en favor de NUBIA MARGARITA GONZÁLEZ CABEZAS y que debía tener como fecha de redención normal el 26 de noviembre de 2022, aplicando con ello lo previsto en el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016. En

caso de haber efectuado el pago del bono pensional ejercer las acciones pertinentes para obtener la efectividad de la restitución.

5. ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. que en caso de haberse efectuado la redención del bono pensional proceda a restituir a la OBP DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO o a la entidad correspondiente el valor pagado por ese concepto en la suma respectiva, la cual deberá ser indexada, precisándose que esa actualización debe ser cancelada con cargo a los recursos propios del fondo de pensiones.

6. ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, que acepte el retorno de NUBIA MARGARITA GONZÁLEZ CABEZAS, sin solución de continuidad, desde el momento en que se afilió al régimen que administra.

7. DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por las codemandadas, conforme las consideraciones esbozadas.

8. DECLARAR probadas las excepciones de Ausencia de Cobertura y Ausencia de Causa Onerosa formuladas por la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. contra SKANDYA S.A.

9. CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. en un 100%, por partes iguales, a favor de la parte actora, y a SKANDIA S.A. a pagar costas en favor de la llamada en garantía. Por secretaría liquídense. Sin costas respecto de COLPENSIONES.”

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 las AFP hubiesen acreditado que informaron debidamente a la afiliada al momento del traslado; que solo arrió el formulario e historiales que resultaron ser insuficientes para acreditar que cumplieron con el deber de información. En consecuencia, ordenó a COLPENSIONES a recibir a la actora en el RPM.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión los apoderados de las AFP recurrieron la sentencia, así:

SKANDIA S.A. señaló que no es procedente devolver los gastos de administración, aportes a solidaridad pensional y las primas de seguros previsionales porque son emolumentos que se reducen por orden legal, las cuales son resultado de la buena administración del fondo al capital de la cuenta de ahorro individual, de manera que los aportes fueron trasladados a PROTECCIÓN cuando se hizo el cambio de fondo. Agregó que no es posible que la actora obtenga todos los rendimientos por una labor efectuada por la AFP. Agregó que la suma por primas de seguros se encuentra en manos de MAPFRE, por tanto, le corresponde a dicha entidad hacer la devolución. Finalmente, frente a la condena en costas, advirtió que el fondo actuó conforme a la ley que se encontraba vigente al momento del traslado y la ineficacia de traslado se declara conforme a la jurisprudencia y no a las normas que regulan el caso.

PROTECCIÓN S.A. indicó que según las pruebas practicadas dentro del proceso es posible inferir que la afiliación al fondo se encuentra ajustada a derecho, en la medida en que se aplicaron las normas vigentes para la época del traslado. Agregó que la actora fue consiente de la decisión tomada y sus consecuencias jurídicas, por tanto, no es posible alegar que no obtuvo la información suficiente para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Advirtió que no se arrimaron pruebas sobre la asesoría brindada porque al momento del traslado la AFP era ING y, además, las asesorías se otorgaban de forma verbal y no escrita. Insistió en que la actora no hizo uso del derecho al retracto y era imposible prever los salarios y condiciones familiares en el futuro a fin de brindar una proyección de la mesada pensional. Finalmente, sobre la devolución de gastos de administración no debe ordenarse su retorno porque desconocería la labor efectuada por el fondo para generar mejores rendimientos en la cuenta de ahorro individual y se ocasionaría un enriquecimiento sin causa.

COLPENSIONES Indicó que la actora suscribió el formulario de afiliación de forma libre, voluntaria y sin ninguna presión, lo que permite concluir que el traslado es válido y cumplió con los requisitos legales. Agregó que por su profesión la demandante ya cuenta con conocimientos básicos que le sirvieron para comprender las consecuencias del traslado, tanto así que decidió trasladarse de manera horizontal aunque en el interrogatorio de parte negó las asesorías que fueron brindadas por los fondos privados. Insistió que no es posible imponer una carga probatoria a las AFP que no se exigía al momento del traslado. Advirtió que la demandante está inmersa dentro de la prohibición legal para trasladarse por su edad y acceder a las pretensiones atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional. En consecuencia, solicita sea revocada la sentencia de primera instancia y sea eximida de la condena en costas en segunda instancia.

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 el 26-11-1962 (Anexo4, fl.1). **ii)** El 01-01-1996 se vinculó a COLPENSIONES, el 02-01-1996 se trasladó a SKANDIA, luego se cambió a ING el 25-10-2012 y por una cesión por fusión se afilió a PROTECCIÓN (fl.47, anexo9) **iii)** La fecha de redención del bono data del 26-11-2022 (fl.48, anexo9)

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 la AFP que estuvo 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, aunque la demandante hubiese firmado los formularios de afiliación a las AFP demandadas, no es posible señalar que aceptó haberlo realizado de manera “*libre, voluntaria y sin presiones*” y 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 actualmente labora en la Secretaría de Integración Social con especialización en auditoría tributaria; que antes de trasladarse cotizaba a la Caja de Previsión Distrital y cuando se trasladó de régimen de PENSIONAR hoy SKANDIA un asesor fue hasta su puesto de trabajo para informarle, en 10 minutos más o menos, que en ese fondo la pensión sería más alta, que si no deseaba pensionarse se podría retirar en cualquier momento y le devolvería lo ahorrado en la cuenta y que el Seguro Social iba a desaparecer por lo que corría el peligro de perder todos los aportes si se trasladaba a esa administradora. Asegura que no le informaron sobre rendimientos, que la pensión dependía de un capital por estar en un fondo privado, tampoco le informaron sobre los requisitos para pensionarse en el Seguro Social, ni le explicaron la diferencia entre las formas de pensionarse en el RAIS. Cuando se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el asesor lo único que le informó fue que si se cambiaba a ese fondo la pensión sería más alta sin brindarle más información, solo firmó el formulario de forma voluntaria y sin presiones.

Pues bien, 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.

Aun cuando COLPENSIONES alega que la demandante por su profesión, contaba con un grado de escolaridad que le permitía conocer el funcionamiento de los fondos y su parte financiera, dichas circunstancias no pueden llevar a concluir que las AFP quedaran exoneradas de brindar la información completa, clara y verídica de las consecuencias del traslado de

régimen. 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 le correspondía, máxime cuando **no tuvo ninguna reasesoría por parte de asesores de los fondos cuando se efectuó el traslado de régimen ni mucho menos antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad pensional** y, en todo caso, resulta notorio que las demandadas faltaron a su deber de «*información y buen consejo*», pues omitieron informar a la actora 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 debía observar el fondo de pensiones durante el traslado de la parte accionante eran las contenidas en las normas del sistema vigentes a esa época. De modo que, al ser la solicitud del año 1996, es factible pregonar sin vacilación que a 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, 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, pues nunca presentó una solicitud de afiliación.

Aquí, se ha de precisar que la permanencia de la afiliada por varios años, no son aspectos que derruyan las conclusiones a las que arribó la *a quo*, pues al tratarse de circunstancias ulteriores, no tienen incidencia alguna en los efectos asociados a la forma en que se ejecutó la afiliación primigenia

con la cual se materializó el cambio de régimen pensional cuya ineficacia se debate en este proceso.

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 dichas AFP y realizar traslados horizontales en diferentes fondos privados. 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 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.

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 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 la *a-quo* se generó por nulidad en el acto jurídico y 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, al no tener vocación de prosperidad los argumentos esbozados por las demandadas, se deberá confirmar la ineficacia declarada por la *a quo* de los traslados efectuados a las AFP PROTECCIÓN y SKANDIA S.A.

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 lo dispone el artículo 1746 del C.C, incluidos los gastos de administración, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre otras, en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

² CSJ Sentencia SL1688-2019

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.

Por este motivo, es que no es posible endilgar la responsabilidad en cabeza de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. como lo pretende la AFP SKANDIA, ya que, tal como se explicó con antelación los emolumentos que debe devolver el fondo privado corresponden a pagos emanados de sus propios recursos, de modo que, es aquella administradora que debe adelantar otro proceso judicial en contra de la aseguradora si pretenden responsabilizarla por dichas sumas de dinero, discusión que no es la que se discute en el proceso de declaración de ineficacia de traslado.

Así lo ha expresado la Alta Corporación de lo Ordinario Laboral en sentencias como la 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 de primera instancia.

Del bono pensional

Respecto del bono, como quiera que la fecha estimada de redención normal de dicho instrumento data del 26-11-2022 (fl.48, anexo9), razón tuvo la juez en ordenar la orden de comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí adoptada, además, la orden que en el evento de haberse pagado el bono a favor de la cuenta de ahorro individual, la AFP PROTECCIÓN deberá Restituir la suma que hubiese sido pagada por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente actualizada a valor presente, debiendo cancelarse dicha indexación, con los recursos propios de dicha AFP. Por lo anterior, se confirmará la sentencia en este aspecto.

De la imposición de costas.

Finalmente, frente al reproche sobre la imposición de costas procesales en primera instancia a cargo de SKANDIA, debe advertirse que son consecuencia de las resultas del proceso donde la parte que resulta vencida procede la imposición de costas, al tenor del artículo 365 del C.G.P. Ello implica, que no tienen asidero los argumentos esbozados por la AFP consistentes en que cumplieron con la ley y que actuaron de buena fe, lo cual no se constituye como una excepción para exoneración de la condena impuesta. Por ende, no hay lugar a revocar la impuesta en primera instancia.

Tampoco habría lugar a exonerar de costas de segunda instancia a COLPENSIONES, pues presentó recurso de apelación que fue resuelto negativamente, por tanto, de conformidad con la norma anteriormente mencionada, debe ser impuesta dicha condena. En virtud de ello, se confirmará en su totalidad la sentencia apelada y consultada que declaró la ineficacia del traslado de régimen y como se resolvieron de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES**, 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: CONFIRMAR en todo la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, en 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: **1405e05d7ee6f33bd3c1197a812100ebe107daa4df17b1c37bf3c6e245e12e41**
Documento generado en 15/06/2023 02:46:30 PM

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