

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:	66001310500320210026901
Demandante:	SORANGELA CÉSPEDES DÍAZ
Demandado:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.
Llamada en Garantía:	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
Asunto:	Apelación Sentencia (27 de febrero de 2023)
Juzgado:	Tercero Laboral Del Circuito De Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 137 DEL 29 DE AGOSTO DE 2023

Hoy, cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral integrada por los magistrados Dra. **OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**, Dr. **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** y como ponente Dr. **GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Laboral Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **SORANGELA CÉSPEDES DÍAZ** contra la **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.** y la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, radicado **66001310500320210026901**.

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. 147

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

SORANGELA CÉSPEDES DÍAZ, pretende se declare la ineficacia del traslado que hizo a **PROTECCIÓN S.A.** y luego a **SKANDIA S.A.** En consecuencia, solicita que se condene a **COLPENSIONES** a recibirla nuevamente como afiliada cotizante y a las AFP a liberarla de sus bases de datos y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones junto con los rendimientos. Además, solicita se condene en costas y lo ultra y extra petita que resulte probado.

2. Hechos

En sustento de lo pretendido, relata que nació el 25 de diciembre de 1961 en Santander y que se afilió inicialmente al RPM el 02 de junio de 1981 con el empleador Alonso Alfaro Mendoza. El 29 de mayo de 2008 suscribió formulario de afiliación con la AFP PROTECCIÓN y luego, el 23 de enero de 2009 se afilió a la AFP SKANDIA; sin embargo, sostiene que ninguna de las AFP brindaron información completa, veraz y suficiente al momento del traslado. Por último, señaló que el 02 de julio de 2021 COLPENSIONES negó la solicitud de traslado argumentando que la actora se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad pensional.

3. Posición de las demandadas.

SKANDIA S.A. en su contestación manifestó oposición a las pretensiones de la demanda argumentando que para la época del traslado, las mesadas pensionales proyectadas por el RAIS eran significativamente superiores a las proyectadas en el RPM, debido a las altísimas tasas de interés que incidían de forma positiva en las tasas de rentabilidad ofrecidas por los Fondos de Pensiones. Agregó que el documento que respalda el asesoramiento brindado por el fondo es el formulario de solicitud de vinculación al fondo, pues para la época del cambio de régimen no era obligación por parte de las AFP del RAIS, mantener constancia escrita de la asesoría brindada a los afiliados. Como excepciones propuso: **validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento, 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, prescripción, buena fe, innominada o genérica.** (Anexo10 – Cuaderno de primera instancia)

PROTECCIÓN S.A. en su contestación se opuso a las pretensiones y señaló que los asesores del fondo cuenta con lealtad moral suficiente y el profesionalismo del decreto 2241 de 2010 para asesorar los clientes o potenciales en debida forma, en virtud de ello, al momento del traslado se le explicó a la actora la diferencia entre devolución de saldos vs indemnización sustitutiva y las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen, pero en ningún momento le indicaron que el ISS se iba a acabar. Que la demandante no arrimó pruebas o documentos que demuestre que el asesor de Protección brindó información errada que pudiesen acarrear un vicio en el consentimiento, de manera que la afiliación se efectuó de forma libre, voluntaria y sin presiones. Como excepciones propuso: **inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir y buena fe.** (Anexo16 – Cuaderno de primera instancia)

COLPENSIONES, al contestar la demanda indicó que no le constan los hechos narrados y se opuso a las pretensiones al considerar que se la actora se encuentra dentro de la prohibición legal para trasladarse, por lo que no habría lugar a declarar la ineficacia, mucho a menos a imponer su afiliación al Régimen de Prima Media. Como excepciones propuso: **inexistencia de la obligación, excepción de buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, excepción innominada y prescripción.** (Anexo17-Cuaderno de primera instancia)

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que no es la entidad que administró la cuenta de ahorro individual y durante la vigencia de la póliza no se configuró el riesgo de la invalidez o muerte del afiliado, caso en el cual, hubiese estado obligada a completar a SKANDIA la suma faltante para la pensión; en ese sentido, considera que es el fondo el que tiene el capital ahorrado y quien debe trasladar los dineros a COLPENSIONES, en caso de salir avante la ineficacia de traslado. Como excepciones propuso: **ausencia de cobertura, excepción ausencia de causa onerosa, cobro de lo no debido, hechos ajenos a la póliza de seguros, límite del riesgo y excepción genérica.**
(Anexo21-Cuaderno de primera instancia)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Tercera Laboral Circuito de Pereira, mediante sentencia, resolvió:

“PRIMERO: Declarar que la AFP PROTECCIÓN S.A. el 16 de junio el año 2006 cumplió con la obligación que tenía, conforme a la ley 100 de 1993 de transmitirle información básica a su afiliada para generar el cambio de régimen pensional.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, negar la totalidad de las pretensiones que fueron contenidas en la demanda que se presentó por cuenta de la señora SORANGELA CÉSPEDES DIAZ frente a las AFP PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. Y COLPENSIONES, respectivamente.

TERCERO: Declarar plenamente eficaz el traslado de régimen pensional que se efectuó por cuenta de la señora SORANGELA CÉSPEDES DIAZ el 16 de junio el año 2006, como se explicó precedentemente.

CUARTO: Declarar probadas las excepciones de mérito que fueron planteadas por las entidades AFP PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A, en los términos indicados precedentemente.

QUINTO: Condenar en costas procesales a la demandante frente a las entidades demandadas en cuantía equivalente al 100% de las causadas.

SEXTO: Condenar en costas procesales a la entidad llamante en garantía AFP SKANDIA S.A. respecto de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., como se explicó anteriormente.”

En síntesis, la juez señaló que al momento del traslado PROTECCIÓN S.A. le brindó la información completa a la demandante; además, antes de estar inmersa en la edad de prohibición de trasladarse se le otorgaron varias reasesorías donde se efectuaron proyecciones pensionales, le explicaron las diferencias entre los regímenes y se realizaron cálculos que permitieron indicarle a la actora la inconveniencia de permanecer en el RAIS y que debía pasarse al RPM administrado por COLPENSIONES; a pesar de ello, la demandante decidió quedarse afiliada a dicho régimen, lo cual, se ratifica con el cambio que hizo posteriormente a SKANDIA S.A. De manera que, lo expresado por la actora en la demanda y en el interrogatorio de parte, no coincide con las pruebas arrimadas por el fondo que demuestran que cumplió con el deber de información, lo que genera la validez y vigencia del acto jurídico del traslado realizado en el año 2006. Finalmente, respecto de la llamada en garantía, indicó que resultó inadecuada su vinculación por encontrarse la demandante en la edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

Como consecuencia, la *a quo* declaró que la demandante se trasladó de forma libre y voluntaria y negó la ineficacia de traslado condenando en costas a la actora.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia la apoderada del **DEMANDANTE** interpuso recurso e indicó que si bien se aportaron documentos sobre la asesoría brindada a la demandante, en el interrogatorio de parte la demandante nunca demostró ningún conocimiento claro y preciso sobre la información suministrada por parte de PROTECCIÓN y en todo caso, las reasesorías no subsanan los yerros cometidos sobre el deber de información al momento del traslado de régimen. Agregó que en el formulario del 2007 la asesora comercial de la AFP tuviera pleno desconocimiento de que la actora ya se encontraba vinculada dentro de ese fondo, pues aparece como una vinculación inicial, desconociendo así los tiempos aportados al RPM, también desconocía que tenía tiempos cotizados en Ecopetrol y otras entidades, de modo que, resulta cuestionable la forma en que se efectuaron las proyecciones sin conocer los aportes, el valor del bono pensional ni la cantidad de semanas cotizadas en el RPM.

En consecuencia, solicita la revocatoria de la sentencia y conceda la ineficacia del traslado.

IV. ALEGATOS

Teniendo en cuenta 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 hay lugar a revocar la providencia proferida en primera instancia, y en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.
- (ii) Se debe ordenar a las AFP demandadas 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) Determinar la condena en costas.

Para iniciar, es de tener en cuenta que los siguientes hechos no presentan discusión: **i)** La demandante nació el 25 de diciembre de 1961 (Anexo5) **ii)** El 02 de junio de 1981 se afilió a COLPENSIONES (fl.495 anexo17). **iii)** El 29 de mayo de 2008 se trasladó a PROTECCIÓN S.A. y finalmente, el 23 de enero de 2009 se cambió a SKANDIA S.A. (fl.60 anexo10) **iv)** La fecha de redención normal del bono pensional es del 25-12-2021 (fl.59, anexo10)

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 el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la calidad de la asesoría brindada.

Además de lo expuesto, la Corte ha reiterado (SL1017/2022) que, la 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 la accionada?

Aplicando los anteriores criterios al caso que nos ocupa, desde ya debe decirse que, contrario a lo expresado por la *a quo*, 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, la AFP cumplió con su deber de información, esto es, dotando a la reclamante de todo el conocimiento que requería para adoptar una decisión consciente, racional y ajustada a sus expectativas pensionales.

Ahora, a pesar de que la 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 en su lugar de trabajo se hizo la afiliación cuando un asesor de PROTECCIÓN informó a varios trabajadores que el seguro social se iba a acabar y que era mejor afiliarse al fondo privado, que podía reclamar un bono pensional y que todo lo ahorrado se iba a devolver con intereses, después de eso firmó el formulario de afiliación. Aclaró que no le hicieron proyecciones de las mesadas pensionales que podría obtener y tampoco le hicieron reasesorías posteriores. Luego de la exhibición de documentos sobre la reasesoría obtenida en el año 2006, indicó que sí es su firma, pero no recuerda el contenido de dichos documentos, que no *“hizo caso a eso”* y que no le informaron sobre la posibilidad de trasladarse de régimen y regresar a COLPENSIONES. Manifestó que se trasladó a SKANDIA porque le dijeron que podría obtener mayores rendimientos; sin embargo, ahora entiende que la mejor posibilidad es pensionarse en el RPM pues se sintió engañada por la falta de asesoría por parte de los fondos privados. Agregó que en el año 2008 le brindaron otra asesoría, decidió quedarse en el fondo privado por la rentabilidad que le ofrecían y porque se conformó con recibir una pensión mínima, pero, reiteró, no le dijeron que podría retornar al RPM. Explicó sobre la reasesoría recibida en el año 2006 y 2008 que no recuerda que le hubiesen expresado que no le convenía quedarse en el RAIS y que debía pasarse al RPM porque de ser así lo hubiese hecho y, a pesar de que estuviesen los documentos de reasesoría firmados por ella está segura que ningún asesor de PROTECCIÓN insistió en que se trasladara al RPM.

Ahora, revisadas las pruebas allegadas por PROTECCIÓN se encuentra que el 16-jun-2006 se firmó el formulario de afiliación a dicha AFP como un traslado de régimen (fl.14, anexo16), luego el 20-jun-2007 aparece otro formulario de afiliación de traslado a PROTECCIÓN (fl.15, anexo16) y para el 29-may-2008 un tercer formulario marcado como “vinculación inicial” al fondo PROTECCIÓN (fl.17, anexo16), todos firmados por la demandante.

Seguidamente, se anexa el documento denominado “REASESORÍA PENSIONAL” efectuada el 16-sept-2008 (fl.20, anexo16) donde figura como resultado de los cálculos la inconveniencia de quedarse en PROTECCIÓN, con la decisión del afiliado de permanecer en dicho fondo y en la carta de validación del 21-jun-2006 se indica que *“La señora Sorangela tiene clara la asesoría brindada por la ejecutiva Luz Edith Guerrero es conciente –sic- que debe continuar cotizando con el mismo nivel salarial para obtener la pensión, de lo contrario única/ recibirá dev. De saldos, ella manifiesta haber cotizado al ISS desde 1980 pero no está segura del tiempo”* (fl.21, anexo16).

También se aportó el Simulador Pensional ASPEN emitido el 16-jun-2006 donde se efectuó la proyección de la pensión en el RAIS y en el RPM

concluyendo que *“El afiliado no puede trasladarse al ISS ya que no ha cumplido el requisito de 5 años de permanencia en el fondo. N/A: El afiliado no puede pensionarse anticipadamente a esta edad, porque el capital no le alcanza para financiar una pensión del 110% del SMLV a la fecha de la expedición de la ley 100 de 1.993, actualizado anualmente al IPC. GPM: El afiliado tendrá derecho a las garantías de pensión mínima del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. DS: A partir de los 57 años para mujeres y de los 62 años para hombres, si la pensión es inferior a un mínimo y si no cumple con el tiempo de cotización exigido por la ley para GPM, se genera una devolución de saldos. IS: El afiliado tendrá derecho a la indemnización sustitutiva bajo el régimen de prima media”* (fl.22, anexo16)

Pues bien, para la Sala la información brindada a la actora resulta confusa, dado que, existieron varios formularios de afiliación en el año 2006, 2007 y 2008 que no contenían los datos correctos, pues en unos se indicó que era la primera afiliación, que no tenía semanas cotizadas en el ISS y que no tenía más de 150 semanas en el Régimen de Prima Media, lo cual, resulta incorrecto dado que según la historia laboral aportada por COLPENSIONES la demandante cotizó entre el 02/06/1981 al 06/07/1988 un total de 370,29 semanas (fl.495, anexo17). Además, la afiliación a PROTECCIÓN se generó el 29 de mayo de 2008 como una vinculación inicial, cuando lo cierto era que se trataba de un traslado de régimen. Aunado a ello, en la reasesoría del 16-sept-2008 si bien se señaló que no era conveniente para la accionante permanecer en el RAIS en ningún caso se recomendó trasladarse al RPM administrado por COLPENSIONES, ya que, **“El afiliado no puede trasladarse al ISS ya que no ha cumplido el requisito de 5 años de permanencia en el fondo.”**, que la pensión en el RPM la obtendría a los 65 años, sin tener certeza de la cantidad de semanas cotizadas a la fecha, por un valor de \$642.745 según el salario por la suma de \$1.000.000 en el 2006.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte rendido por la accionante, en todo momento advirtió que no le informaron que podría regresar a COLPENSIONES y que siempre le insistieron quedarse en el RAIS administrado por PROTECCIÓN, de manera que los argumentos expuestos en el interrogatorio no se traducen a manifestaciones que, conjunta o individualmente, puedan calificarse como una confesión de haber recibido la información a que estaba obligada la AFP en la antesala del traslado de régimen pensional.

Así pues, de las pruebas anteriormente descritas debe decirse que, contrario a lo considerado por la juez de primera instancia, no es óbice para concluir que PROTECCIÓN cumplió con el deber de información.

En este caso, la **reasesoría no sana el incumplimiento de la AFP al deber de información**, así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, cuando indicó: **“Brindar el servicio de reasesoría al afiliado no sana el incumplimiento de la administradora de pensiones de su deber de información por dos razones: la primera, porque el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad implica la pérdida de los beneficios derivados del régimen de transición y, la segunda, porque la oportunidad de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado no con posterioridad -un dato sólo es relevante y útil si es oportuno-”** (SL3785-2022) (Negrilla fuera de texto)

Es que es notorio que las AFP demandadas faltaron a su deber de «*información y buen consejo*», pues omitieron el 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 debieron probar las AFP demandadas 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 2008, es factible pregonar sin vacilación que a las AFP 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, debieron ilustrarse a la potencial afiliada sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Caso concreto: ¿El demandante se ratificó en su voluntad de permanecer en el RAIS?, ¿Existieron actos de relacionamiento que validen el acto de traslado de régimen?

Frente al tema, no se puede pretender, como lo supone la juez, que se tenga como ratificación el tiempo en que la demandante permaneció en el RAIS, ni el traslado horizontal que realizó a SKANDIA S.A., 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, el 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 es aspecto que excluya el deber de demostrar que se suministró la información correcta por parte de las AFP, 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.

Significa lo anterior que, frente al argumento consistente en que la actora hizo **actos de relacionamiento que convalidaron su voluntad de pertenecer al RAIS** por el simple hecho de permanecer por varios años un fondo privado.

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.

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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus que no es razonable retrotraer. Dicha situación aquí no ocurre, por cuanto el demandante en la actualidad no tiene la condición de pensionado y sigue laborando.

Conforme a lo expuesto, al no obrar en el expediente prueba suficiente que conlleve a afirmar que las AFP cumplieron su deber de información, se deberá **REVOCAR** la decisión de primera instancia, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que se efectuó el 29 de mayo de 2008 a PROTECCIÓN S.A. y la del 23 de enero de 2009 a SKANDIA S.A., pues se reitera, la falta de asesoría de la afiliada al momento de realizar su traslado a las AFP permite su retorno al RPM independientemente que se encuentre a menos de 10 años de cumplir la edad pensional, pues ello no impide el cambio 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.

De las condenas que se imponen en segunda instancia.

Como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado, se ordenará a SKANDIA S.A. remitir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante. Del mismo modo, se ordenará a PROTECCIÓN S.A. para que con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, retorne 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. Lo anterior, 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.»

Acorde con lo dicho, basta con 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)”.

Por lo anterior, respecto de la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, se ordenará su desvinculación del proceso, teniendo en cuenta que los fondos privados son los responsables de retornar con sus propios recursos las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, pues eran las obligadas a brindar la información a la actora y administrar los dineros de la cuenta de ahorro individual.

Del bono pensional

Respecto del bono, se evidencia que la redención normal de dicho instrumento data del 25-12-2021 (fl.59, anexo10), razón por la cual, se ordenará comunicar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí adoptada, además, que en el evento de haberse redimido a la AFP SKANDIA S.A. deberá Restituir la suma que hubiese sido pagada por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debidamente indexada con los recursos propios de dicha AFP.

De la imposición de costas.

Ahora, como producto de la revocatoria de la decisión de primera instancia, al tenor del artículo 365 del C.G.P., procederá la imposición de costas procesales en ambas instancias a cargo de la AFP SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. y en favor del demandante, en consideración a que la demandada resultó vencida en juicio. Dado que COLPENSIONES no tuvo participación en ello, se le absolverá de las mismas.

Finalmente, ante la prosperidad del recurso de apelación de la demandante y la decisión de ineficacia de traslado, se declararán no probadas las demás excepciones propuestas por las demandadas.

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: REVOCAR la sentencia proferida el 27 de febrero de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del circuito de Pereira.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuada por **SORANGELA CÉSPEDES DÍAZ** al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado por **PROTECCIÓN S.A.** el 29 de mayo de 2008, asimismo, el traslado posterior a **SKANDIA S.A.** el 23 de enero de 2009.

TERCERO: DECLARAR que **SORANGELA CÉSPEDES DÍAZ** se encuentra afiliada al régimen solidario de prima media con prestación definida a través de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, sin solución de continuidad, como si nunca hubiere pertenecido al régimen de ahorro individual. En consecuencia, COLPENSIONES deberá activar la afiliación de la actora y deberá recibir las sumas que le sean trasladadas por la AFP SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.

CUARTO: ORDENAR a **SKANDIA S.A.** remitir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** la totalidad de los aportes y rendimientos que se hubieren producido y que hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la señora **SORANGELA CÉSPEDES DÍAZ** y que corresponde a todo el tiempo en que ha permanecido en el RAIS. Además, **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** deben remitir con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, 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.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR en costas en ambas instancias a **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** a favor de la parte demandante.

SÉPTIMO: ABSOLVER de la condena en costas a COLPENSIONES.

OCTAVO: DESVINCULAR a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA
Aclaración de Voto

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Salvo voto

Firmado Por:

**German Dario Goetz 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 Salvamento 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: **14452504135b86414d71ee392e441aad4f6e7daae2d0167a83ffe63193e8de9c**

Documento generado en 31/08/2023 04:01:08 PM

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