

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:	66001310500220210016401
Demandante:	IRMA LUCILA NUÑEZ BARRERA
Demandado:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.
Llamada en garantía:	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta Sentencia (21 de abril de 2023)
Juzgado:	Segundo Laboral del Circuito de Pereira
Tema:	Ineficacia de traslado

APROBADO POR ACTA No. 156 DEL 03 DE OCTUBRE DE 2023

Hoy, nueve (09) de octubre 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, PORVENIR y SKANDIA en 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 Segundo Laboral Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **IRMA LUCILA NUÑEZ BARRERA** contra la **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.** como llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, radicado **66001310500220210016401**.

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. 169

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

IRMA LUCILA NUÑEZ BARRERA, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que hizo al RAIS efectuado a PROTECCIÓN S.A, luego a PORVENIR S.A. y COLFONDOS 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 03 de julio de 1960 en Guican, Boyacá, que se afilió al RPM en el mes de julio de 1984 cuando laboraba con la Compañía de Inversiones Colombia S.A. y continuó cotizando hasta el mes de agosto de 1996. Indicó que el 20 de septiembre de 1996 se afilió a COLFONDOS S.A., luego, el 24 de mayo de 2001 se cambió a PORVENIR S.A. antes HORIZONTE; no obstante, afirma que al momento de los traslados ninguna de las AFP le brindó la información necesaria para efectuar dicho cambio, pues solo le hablaron de los beneficios y no de las desventajas de trasladarse del RPM al RAIS. Por ese motivo, solicitó ante COLPENSIONES el traslado, pero la entidad el 18 de marzo de 2021, negó dicha solicitud debido a su edad.

3. Posición de las demandadas.

PORVENIR S.A. señaló que la demandante suscribió formulario de afiliación con HORIZONTE hoy PORVENIR, entidades que son totalmente diferentes, en todo caso, la actora no demostró que para la época del traslado se hubiese inducido al engaño o error para que tomara la decisión de cambiarse de régimen. Agregó que para esa calenda las AFP no tenían la obligación de realizar proyecciones financieras de las mesadas pensionales de los potenciales afiliados, ni mucho menos, mantener constancia escrita de las asesorías suministradas. Como excepciones formuló: **validez y eficiencia 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 y la innominada o genérica.** (Anexo8)

COLFONDOS S.A. indicó que la AFP brindó una asesoría de manera integral y completa, sobre el régimen general de pensiones, téngase en cuenta que la vinculación o traslado, ya sea de Régimen o de Fondo de Pensiones dentro del mismo Régimen, depende exclusivamente del cliente, quien determina la conveniencia del mismo, luego de examinar los beneficios y desventajas de los diferentes regímenes pensiones o administradoras de pensiones, tal como ocurrió en el caso la demandante, quien luego de haber recibido la asesoría pertinente optó por trasladarse de manera, informada, libre y espontánea y sin presión alguna, como quedó consignado en la solicitud de vinculación que se adjunta, donde quedó claramente plasmado su consentimiento. Como excepciones propuso: **inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios en el consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.** (Anexo9)

COLPENSIONES, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones aduciendo que no le constan los hechos de la demanda por ser ajenos al conocimiento de la entidad. Señaló que no se evidencia que la existiere por parte de las AFP engaño alguno o acto que evidencie motivo para que se declare el traslado ineficaz o nulo, puesto que, la actora en virtud de su libertad de escogencia de régimen pensional decidió cambiarse de régimen pensional. Además, la actora se encuentra dentro de la imposibilidad legal para efectuar el retorno al régimen de prima media. 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 legal, buen fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones.** (Anexo11)

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones e indicó que la actora firmó el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, pues la asesoría brindada cumplió con los requisitos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Agregó que la actora no es víctima de la omisión en la información, pues fue un acto de propia voluntad, no es beneficiaria del régimen de transición y el asesor le brindó toda la información real, completa y necesaria para efectuar el traslado de régimen con conocimiento de causa. Como excepciones de fondo 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 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, excepción de mérito seguro previsional, excepción de mérito cuotas de administración.** (Anexo16)

SKANDIA S.A. manifestó que el acto jurídico mediante el cual la Demandante se trasladó de régimen, produjo los correspondientes efectos, particularmente la realización de aportes a su cuenta de ahorro individual, durante más de 25 años. Advirtió que el hecho de que las mesadas pensionales proyectadas en la actualidad en el RAIS sean inferiores a las estimadas hace más 25 años, no significa que la información brindada por el asesor de COLFONDOS, hubiese sido engañosa y falsa. Preciso que la inconveniencia económica de un negocio jurídico no le resta eficacia desde el punto de vista legal. Como excepciones presentó: **“validez y eficacia de la afiliación de la demandante a Skandia e inexistencia de vicios en el consentimiento, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la ineficacia de la afiliación al RAIS, pago, compensación, prescripción, buena fe, innominada o genérica.** (Anexo28)

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. manifestó que es extraña la vinculación que pretende Skandia frente a mi representada, pues desconoce que lo que se contrató con MAPFRE fueron los riesgos mas no la pensión ni la administración del ahorro individual, es decir, si durante la vigencia de la póliza se hubiera realizado el riesgo de la invalidez o muerte del afiliado,

MAPFRE en virtud del contrato de seguros hubiera estado obligada a completar a SKANDIA la suma faltante para completar la pensión; a cambio de asumir dicho riesgo se acordó para MAPFRE el pago de una prima, prima que se causó porque el riesgo fue asumido, no se puede pretender ahora que MAPFRE reembolse unas primas que ya fueron devengadas. Agregó que SKANDIA es quien tiene el capital ahorrado por la pensionada, y si la solicitud de traslado saliera adelante en la sentencia, SKANDIA debe trasladar las sumas a COLPENSIONES, pues es ella quien las tiene y las administra; MAPFRE prestó un servicio durante un tiempo que fue el aseguramiento por los riesgos de invalidez y muerte en virtud de una póliza ya fenecida. En las 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 la excepción genérica.** (Anexo29)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Segundo Laboral Circuito de Pereira, resolvió en la audiencia:

“PRIMERO. DECLARAR INEFICAZ el traslado realizado por la IRMA LUCILA NUÑEZ BARRERA, el 1/11/1996 del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de Colfondos S.A., por las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. ORDENAR a Protección S.A, como administradora actual de pensiones, que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP, trasladar con cargo a sus propios recursos si es necesario, las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, comisiones, gastos de administración, valores utilizados en los seguros previsionales, los emolumentos destinados a constituir el fonde de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y entregar el archivo del detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS.

TERCERO. ORDENAR a Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A. que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a trasladar los valores descontados de gastos de administración, valores utilizados en los seguros previsionales, los emolumentos destinados a constituir el fonde de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Acudiendo incluso a sus propios recursos conforme se señaló en la parte considerativa.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que una vez Protección S.A., Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A. den cumplimiento a lo ordenado en el numeral anterior, proceda a aceptar el traslado de la demandante, del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, convalidando la información en su historia laboral.

QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.

SEXTO. ABSOLVER, a la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, de las pretensiones incoadas en su contra como entidad llamada en garantía.

SEPTIMO. CONDENAR en costas a la parte demandada Protección S.A., Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A. y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente por cada entidad. No se imponen costas a cargo 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 la AFP hubiese acreditado que informó debidamente a la afiliada al momento del traslado; que solo arrió el formulario e historiales que resultaron ser insuficientes para acreditar que cumplió con el deber de información. En consecuencia, declaró la ineficiencia y ordenó a COLPENSIONES a recibir a la actora en el RPM.

Con relación a la aseguradora, indicó que cumplió con su deber de cubrir las contingencias de invalidez y muerte por el tiempo en que existió el contrario correspondiente, por ende, es al fondo que le corresponde cumplir con la obligación de devolver los emolumentos pagados con destino a COLPENSIONES.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión el apoderado de COLPENSIONES recurrió la sentencia, así:

COLPENSIONES Indicó que la demandante firmó el formulario de forma libre y voluntaria y durante más de 20 años no ejerció su derecho al retracto, además, hizo traslados horizontales, afirmando su deseo de permanecer al RAIS. Agregó que la inconformidad por el monto de la prestación no es óbice para acceder a la ineficiencia del traslado, máxime cuando no se demostró que las AFP hubiesen incurrido en error, engaño o faltaron al deber de información que les correspondía. Advirtió que COLPENSIONES no debe asumir el daño de un tercero que ella no ocasionó, por ende, debe revocarse la sentencia apelada.

El apoderado de **PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** manifestó que no es válido trasladar los gastos de administrados y el monto pagado por los seguro previsionales, pues son emolumentos que sugen por autorización legal y es resultado de la buena administración de las AFP a la gestión de la cuenta de ahorro de la actora. Agregó que la actora no demostró que las AFP hubiesen actuado de mala fe, incluso a la fecha la actora hace muchos años dejó de pertenecer a dichos fondos, por lo que, no existe sustento legal para ordenar la devolución de dineros que no están en cabeza de los fondos privados, sino que fueron pagados a terceros, como sucede con los primas de seguros. En virtud de ello, considera se debe revocar la sentencia de primera instancia.

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 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 03 de julio de 1960 (fl.1, anexo4). **ii)** El 20-09-1996 se cambió de COLPENSIONES a COLFONDOS, luego, se cambió a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 24-05-2001, posteriormente, se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 20-09-2007, después a SKANDIA el 27-02-2013 y finalmente, regresó a PROTECCIÓN el 29-08-2013 donde actualmente continúa afiliada. (fl.52, anexo16) **iii)** La fecha de redención normal del bono data del 03 de julio de 2020 (fl.365, anexo11)

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 presentó 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, aunque la demandante hubiese firmado el formulario 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 es ingeniera de sistemas y actualmente trabaja en el soporte técnico de Bancolombia. Señaló que para el momento del traslado efectuado en el año 1996 los asesores del fondo COLFONDOS arrimaron a la oficina donde laboraba y efectuaron una asesoría grupal en la cual informaron a todos los trabajadores sobre los beneficios del RAIS, les explicaron que era mejor pensionarse en el RAIS que en el Seguro Social porque la mesada sería más alta en el fondo privado, que existían mayores inversiones y rendimientos, además, el ISS se iba a acabar. Agregó que luego de la asesoría grupal, el asesor del fondo se presentó de forma individual para que firmara el formulario de afiliación sin brindar información adicional. Expresó que si bien firmó el formulario de forma libre y voluntaria, lo cierto es, la engañaron

porque contrario a lo expresado por el asesor, la mesada en el RAIS es más baja que la que obtendría en el RPM. Manifestó que luego, se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR, luego a PROTECCIÓN y SKANDIA, pero, ninguna de las AFP le hizo proyecciones de la mesada pensional y solo se limitaron a indicar que cada una tenía mayores rendimientos a comparación de las otras. Advirtió que ninguna de las AFP le hizo proyecciones pensionales, ni le explicó sobre los seguros previsionales, ni la posibilidad que tenía de regresar al RPM antes de los 10 años para cumplir los 57 años. Por último, aceptó que hizo aportes voluntarios que luego retiró para comprar un inmueble.

Pues bien, se advierte que para la Sala 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 no cumplieron el deber de asesoría, aun cuando allegaron el formulario que se suscribió la actora de manera libre, voluntaria y sin presiones, ello no basta para concluir que asesoró en debida forma.

Y es que, al analizar la totalidad del caudal probatorio bajo los parámetros ya traídos a colación, 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, máxime cuando **no tuvo ninguna reasesoría por parte de los asesores de los fondos con posterioridad al traslado de régimen y antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad pensional**; 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 la AFP demandada, le correspondía cumplir con el deber de información que deviene de las disposiciones constitucionales, de la Ley 100 de 1993, artículos 13, literal b), 271 y 272 y del Decreto 663 de 1993, artículo 97, según los cuales, como mínimo, debió ilustrarse 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 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 efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obediencia de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.

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

¹ M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

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 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 ineficacia en el acto jurídico y falta de asesoría de la afiliada al momento de realizar su traslado a la 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 AFP apelantes, se deberá confirmar la ineficacia declarada por el *a quo* del traslado. Sin embargo, se deberá ADICIONAR a la sentencia en lo referente a declarar la ineficacia de los traslados efectuados a PORVENIR el 24 de mayo de 2001, a PROTECCIÓN el 29 de septiembre de 2007, a SKANDIA el 27 de febrero de 2013 y a PROTECCIÓN el 29 de agosto de 2013.

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 la AFP demandada, 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 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

² CSJ Sentencia SL1688-2019

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

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora 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, obliga a las AFP a 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, es de concluir que no tienen vocación de prosperidad los argumentos planteados por las recurrentes, lo cual amerita confirmar las órdenes impartidas en la sentencia.

Del bono pensional

Respecto del bono, como quiera que la fecha estimada de redención normal de dicho instrumento data del 03 de julio de 2020 (fl.365, anexo11), se deberá **ADICIONAR** la providencia, a fin de ordenar 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 anticipadamente a favor de la cuenta de ahorro individual, la AFP PROTECCIÓN S.A. 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.

Ahora, al revisar la sentencia, específicamente el ordinal Segundo se dispuso:

*“SEGUNDO. ORDENAR a Protección S.A, como administradora actual de pensiones, que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP, trasladar con cargo a sus propios recursos si es necesario, las cotizaciones, rendimientos financieros, **bonos pensionales**, comisiones, gastos de administración, valores utilizados en los seguros previsionales, los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y entregar el archivo del detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS.”.* (Negrilla fuera de texto)

Como se observa, dicho ordinal se deberá MODIFICAR porque se hizo alusión a la devolución del bono pensional que, pues dicha orden debía ser comunicada a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Pública que es la encargada de emitir y liquidar los bonos.

De la imposición de costas.

Como quiera que se resolvió de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** se les impondrá costas en esta instancia en favor de la demandante.

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 de primera instancia, que quedará así:

“SEGUNDO. ORDENAR a Protección S.A, como administradora actual de pensiones, que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP, trasladar con cargo a sus propios recursos si es necesario, las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, valores utilizados en los seguros previsionales, los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y entregar el archivo del detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS.”.

SEGUNDO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, para DECLARAR la ineficacia de los traslados efectuados a PORVENIR el 24 de mayo de 2001, a PROTECCIÓN el 29 de septiembre de 2007, a SKANDIA el 27 de febrero de 2013 y a PROTECCIÓN el 29 de agosto de 2013.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, para **ORDENAR** que se comunique a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la decisión aquí adoptada, a fin de retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban al momento en que la demandante se cambió de régimen y en el evento de haberse pagado anticipadamente el bono, la **PROTECCIÓN S.A.** deberá restituir la suma pagada por la OBP, debidamente indexada y con cargo a sus propios recursos.

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

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA 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: **6871bd5c2f3578c9b896aaddff2dec1be802c356171b7b1272a1de7f700d379f**

Documento generado en 09/10/2023 10:05:46 AM

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