



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	ROSA DIANA MORENO MARIN
Demandados	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.
Llamado en Garantía	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
Radicación	760013105013202200093 01
Tema	Ineficacia del Traslado de Régimen
Sub Temas	Deber de información: En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. Las Administradoras de Fondos de Pensiones deben suministrar al afiliado toda la información respecto de los aspectos positivos y negativos del traslado de régimen sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse. Respecto al <u>traslado de los aportes y rendimientos financieros</u>, así como los gastos de administración, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al RAIS, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P. CLARA CECILIA DUEÑAS. La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional no vulnera el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, debido a que, los recursos que debe reintegrar las AFPS PORVENIR S.A y SKANDIA, a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Traslados de administradoras dentro del RAIS: La actuación viciada del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, <u>no se convalida por los traslados de administradoras</u>

	<u>dentro de este último régimen.</u> Procede la condena en costas, en primera y segunda instancia, en virtud del numeral 1º del artículo 365 del CGP, cuando la parte ejerce oposición y resulta vencida en juicio.
--	---

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días del mes de octubre de 2023, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con los demás integrantes de la Sala de Decisión, nos disponemos a dictar sentencia, en Segunda Instancia, conforme los lineamientos definidos en el **numeral 1º del Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022**, en el proceso de la referencia.

En el acto, se proceden a **resolver los recursos de apelación** formulados por las **demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia, S.A.**, contra la **Sentencia 059 del 24 de abril de 2023**, proferida por el **Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali**; e igualmente surtir el **grado jurisdiccional de consulta** de la misma, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Alegatos de Conclusión

Los presentados por las partes, son tenidos en cuenta en la presente decisión.

No habiendo pruebas que practicar y surtido el trámite legal, procede la Sala, a proferir la siguiente,

SENTENCIA No. 168

Antecedentes

ROSA DIANA MORENO MARIN presentó demanda Ordinaria contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, la **Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A.**, y la **SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.**, y el llamado en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, con el fin que se declare **la nulidad y/o ineficacia** de su afiliación al Régimen de

Ahorro Individual con Solidaridad, y consecuentemente, se ordene su regreso al Régimen de Prima Media, junto con el traslado de todos los valores de la cuenta de ahorro individual, con sus rendimientos, debidamente indexados. Además, se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen de los hechos, la actora señaló que, estuvo afiliada y realizó cotizaciones al Sistema General de Pensiones administrado para la época por el Instituto de Seguros Sociales ISS, desde septiembre de 1986.

Que, en junio de 2006, se afilió al RAIS administrado por PORVENIR S.A., hasta octubre de 2013; Indicando que, en noviembre de 2013, fue trasladado a SKANDIA S.A., entidad con la que cotiza hasta la fecha.

Que, en su deseo de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación definida R.P.M., en fecha octubre 12 de 2021, radicó petición ante PORVENIR S.A., en la cual solicitó toda la información relevante frente al traslado de Régimen que se efectuó en el año 2006, misma que fue contestada el 05 de noviembre de 2021, informando, que:

PRIMERO: *En lo que respecta a los cálculos matemáticos y/o proyecciones pensionales antes de efectuarse el traslado y que la asesoría se brinda de manera verbal en el momento de la vinculación; dejamos claro que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) el cálculo de la mesada pensional se efectúa de acuerdo con el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual así como el bono pensional al cual tiene derecho más los rendimientos.*

Como las asesorías se realizan de forma verbal no hay soportes, no obstante esta situación se ratifica con la suscripción del Formulario de Afiliación en el cual expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones.

SEGUNDO: *Es indispensable mencionar que a la fecha de traslado de la señora Rosa los fondos privados no tenían la obligación de brindar la información en los términos solicitados (proyecciones pensionales), por cuanto no obstante la existencia del deber de asesoría sólo inicia formalmente, hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.1..."*

Que, radicó en fecha octubre 28 de 2021, petición ante SKANDIA, en la cual se solicitó el estudio de pensión anticipada y de vejez que realizó la entidad en el momento de la asesoría, simulación pensional comparando R.A.I.S. y R.P.M., certificación si se cuenta con el capital necesario para pensión, copia completa de la historia laboral y la

asesoría brindada. Esta fue contestada el día 19 de noviembre de 2021, exponiendo lo siguiente:

“...De acuerdo con las citadas normas y teniendo en cuenta los datos informados, así como los registrados en la cuenta individual de la señora ROSA DIANA MORENO MARÍN, se procedió a realizar la respectiva proyección:

Fecha nacimiento afiliada: 2 de abril de 1961

Saldo Cuenta Individual a 19/11/2021: \$171.916.131

Valor Bono Pensional Acreditado en la Cuenta de Ahorro Individual

Ingreso Base de Liquidación IBL \$4.733.991

- Semanas cotizadas al S.G.P. : 1.527

- Número de mesadas al año : 13

En el Régimen de Ahorro Individual (RAIS), bajo la modalidad de retiro programado, realizando la proyección a la edad actual, teniendo en cuenta el capital acumulado en la Cuenta de Ahorro Individual, sin aportes futuros, la señora ROSA DIANA MORENO MARÍN no completaría el capital necesario para sustentar una mesada pensional en este Régimen.

*No obstante lo anterior, es importante aclarar que teniendo en cuenta que la señora ROSA DIANA MORENO MARÍN ha cotizado **más de 1.150 semanas**, a la edad actual, tendría derecho a la Garantía de Pensión Mínima de Vejez de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos para el efecto por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de hacienda y Crédito Público (OBP), haciendo claridad que es dicha entidad quien hace el respectivo estudio y aprueba o rechaza la solicitud.*

A la edad actual en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), de acuerdo con el IBL actual y el número de semanas cotizadas, tendría una mesada proyectada de \$2.965.000.

*Es de resaltar que, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en el caso de muerte del **afiliado o pensionado**, si no hubiere beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los saldos acumulados en la cuenta individual harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante. En el régimen de Prima Media con Prestación Definida no existe esta figura...”*

Que, el 21 de diciembre de 2021, radicó formulario de afiliación ante Colpensiones con el fin de trasladarse de la AFP SKANDIA; El mismo día, esta fue desatada negativamente.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, al dar contestación a la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma, y en su defensa propuso las excepciones de mérito: **Falta de legitimación en la causa, Desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones art 48 de la Constitución Política adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005, Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, Inoponibilidad por ser tercero de buena fe, Improcedencia de la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, cuando la parte demandante se encuentra pensionada en el régimen de ahorro individual, Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad**

social, Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, Ausencia de vicios en el traslado, Buena fe, Prescripción, innominada o genérica, Aplicabilidad del precedente respecto del art. 1604 del C.C., Aplicabilidad del artículo 167 del CGP en relación a la carga dinámica de la prueba, Aplicabilidad del criterio sobre el derecho al traslado.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a todas las pretensiones incoadas, y en su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Prescripcion, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y Buena fe.**

SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., se opuso a todas las pretensiones incoadas, y en su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Prescripcion, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.**

La llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, se opuso a todas las pretensiones incoadas, y en su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Las planteadas por la entidad que formuló el llamamiento en garantía, Inexistencia de los vicios que nuliten o sustenten una declaratoria de ineficacia respecto del traslado del actor al fondo de pensiones administrado por Skandia, Falta de legitimacion en la casua para formular el llamamiento en garantía, Inexistencia de cobertura, El llamamiento en garanita se torna improcedente al contrariar el principio de asuncion de riesgos vs el objeto del itigio, estando la prima devengada en los contratos que existieron, Inexistencia de la obligación indemnizatoria o de cualquier otra índole a cargo de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., Inexistencia de obligación de la devolución de prima de a cargo de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. por terminación de vigencia del contrato de seguro, excepción genérica.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **sentencia 059 del**

24 de abril de 2023; declarandó no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, y la ineficacia de la afiliación de la señora ROSA DIANA MORENO MARIN, al RAIS, a través de los fondos privados PORVENIR S.A del 01 de mayo de 2006 al 31 de octubre de 2013 y como efecto de ello SKANDIA S.A. desde el 01 de noviembre de 2013 hasta la actualidad. Condenando a SKANDIA S.A, a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, todos los recursos de la cuenta de ahorro individual con rendimientos de la señora ROSA DIANA MORENO MARIN, incluyendo los gastos de administración, la deducción para garantizar el seguro previsional, el porcentaje con destino el fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y todo lo que sea anexo a la cotización, y sobre los ingresos bases de cotización y con la debida debidamente información sobre estos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Condenando a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima de los tiempos en los que la señora ROSA DIANA MORENO MARIN estuvo afiliada, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, estos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Ordenando a COLPENSIONES a recibir de SKANDIA S.A y PORVENIR SA, tanto los recursos como la información de la señora ROSA DIANA MORENO MARIN, y los contabilice como si la demandante hubiera estado afiliada durante esos ciclos efectivamente cotizados al RAIS, a ese fondo común, sin solución de continuidad respecto de los ciclos efectivamente cotizados al RAIS, debiendo igualmente, proceder con la actualización de la historia laboral. Absolviendo a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, de todas y cada una de las pretensiones. Y finalmente, impuso costas a las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A..

Recursos de Apelación

La apoderada de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SKANDIA S.A.**, formuló **recurso de apelación** contra la sentencia de primera instancia, argumentando que, por el hecho de que se adujo que no se allegó ningún tipo de soporte o constancia documental respecto de la asesoría proporcionada, se tuvo por no cumplido el deber de información, cuando para el momento en que se dio la vinculación con skandia, se cumplió a cabalidad con la carga informativa; que, de acuerdo a las evidencias del interrogatorio de parte, la demandante si recibió una asesoría calificada, de conformidad con la normatividad vigente; que la actora indicó que se le informó que tendría como afiliada en el RAIS una cuenta de ahorro individual en la que percibiría unos rendimientos, adicionalmente se le indico lo que sucedería con los mismos en caso de su fallecimiento, se le explicó sobre los bonos pensionales, se le explico sobre las modalidades de pensión, sobre la posibilidad que le asistía de retornar el régimen de prima media en la oportunidad legalmente prevista, entre otras.

Que, para ese entonces skandia no podía negarse al traslado entre AFP que realizara la demandante, puesto que esta cumplía con el lleno de los requisitos legales; que no puede eximirse a la afiliada al deber que le asiste de concurrir suficientemente informada al acto de afiliación, o en general adelantara cualquier tipo de actuación en busca de indagar sobre su situación pensional, con la simple y llana manifestación de que encabeza de la AFP existe una carga informativa, cuando la demandante también le asistía la carga de auto informarse. Igualmente, el hecho que la actora solicitó la ineficacia de la afiliación, ya cuando se encuentra inmersa en la prohibición de traslado y aporta de consolidar su derecho pensional, lo que evidencia que su inconformidad no se da por la ausencia de la debida información, si no por incoformidad del valor de la mesada pensional que recibiría en Skandia, a comparación de la que recibiría en Colpensiones.

Que, se opone a la declaratoria de ineficacia de la afiliación, y a las consecuencias de la mismas: En primer lugar, frente a la orden de retornar rendimientos, aludiendo que, si la demandante nunca se habría

afiliado en régimen de ahorro individual como efecto de la ineficacia declarada, nunca habría tenido una cuenta de ahorro individual, nunca habría gozado de la administración diligente que efectuará su representada, de los rubros allí obrantes, y por tanto no hay lugar a retornar conceptos que en realidad son inexistentes; Manifestó, que, tampoco habría lugar al retorno de los gastos de administración no solamente por que no es acorde a condenas con los Art. 1746 y 1747 del código civil, en lo que respecta a restituciones mutuas, cuando un acto jurídico es declarado nulo, sino que además es claro que estos rubros nunca hicieron parte del patrimonio económico de Skandia, como tampoco tuvieron la finalidad de financiar prestación económica alguna en favor de la actora, de tal suerte que incluso, si se entiende que, el efecto directo de la ineficacia de la afiliación, es que la demandante nunca estuvo vinculada en el Régimen de Ahorro Individual, siempre lo estuvo en el Régimen de Prima Media, es de considerar que en este último régimen los gastos de administración igualmente se causan y son dirigidos a Colpensiones, por lo que una condena en este sentido solamente supondrían un enriquecimiento sin justa causa en favor de la actora a costas del patrimonio de skandia.

Que, respecto al retorno de las primas de seguros previsionales, dado que los dineros que fueron descontados por esos conceptos fueron dirigidos a la aseguradora MAPFRE, siendo la unica encargada en retornar esos rubros, por lo que skandia no esta en la obligacion de retornar dichos dineros, por cuanto, estos fueron destinados para amparar las contingencias de invalidez y muerte de la actora, por lo tanto en caso de declarar la ineficacia, se debe condenar a la aseguradora a retornar las primas pagadas por concepto de pólizas de seguros previsionales; finalmente, alude que la pretensión de la demanda si procede el fenomeno prescriptivo, y por tanto solicita, que:

- 1- Se absuelva a su representada de las pretensiones de la demanda, y por ende a las condena impuestas en primera instancia;
- 2- Se declare probadas las excepciones de merito propuestas en la contestación de demanda; y,
- 3- Acceder a las pretensiones del llamamiento en garantía formadas contra MAPFRE;
- 4- Se revoque en su integridad la sentencia apelada.

La apoderada de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, formuló igualmente **recurso de apelación** contra la sentencia de primera instancia, argumentando que, su representada si dio cumplimiento al deber de información como estaba previsto al momento en que se efectuó la vinculación del demandante; que, su representada no solo cumplió con el deber información que recaía a su cargo para dicha fecha, si no también con cada una de las cargas impuestas normativamente a las AFP.

Alega, que, respecto de los rendimientos ordenados, estos deben guardar consonancia con la ficción jurídica de que las cosas se retrotraen al estado inicial, antes del traslado, como si nunca se hubiera efectuado este, de tal forma que estos rendimientos deben ser aquellos que se hubieran generado el en Régimen de Prima Pedia con Prestación Definida y no los que como consecuencia de la gestión administrativa adelantada por su representada, se generaron en el RAIS.

Que, con relación, a los gastos de administración y primas de seguros previsionales, tampoco resultan procedentes, pues los primeros fueron efectuado conforme al Art. 20 de la ley 100 de 1993, para la finalidad ahí prevista, que es la de administrar el patrimonio encomendado, lo que precisamente le dejo al actor unas mejoras o rendimientos de cuenta, de tal forma que dicha orden no es acorde con restituciones mutuas establecidas en los Artículos 1746 y 1747 del Código Civil.

Que, respecto de la prima de seguros previsionales, manifiesta, que porvenir ha tenido que contratar pólizas de seguros previsionales con la finalidad de dar cobertura a los riesgos de invalidez y sobrevivencia del actor, de manera tal que dichas sumas se agotaron o extinguieron, y por tanto, no se encuentran en poder de su representada, si no en poder de las aseguradoras contratadas. De tal forma, que, condenar a porvenir en este sentido supondría un absurdo jurídico.

Que, sobre de la indexación de los rubros anteriormente mencionados por el Despacho, se debe tener en cuenta que dicha figura de indexación, comprende la compensación de la pérdida de valor de la moneda, y que para el caso que nos ocupa, esta se efectúa con el

traslado de los rendimientos, como consecuencia de la excelente gestión administrativa realizada por su representada, respecto de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, y por tanto de llegarse a aplicar a dicha indexación ocasionaría un doble cobro.

Finalmente, alude que la pretensión de la demanda si procede el fenómeno prescriptivo, y por tanto solicita, que: 1- Se absuelva a su representada de las condenas impuestas en primera instancia; 2- Se declare probadas las excepciones de merito propuestas en la contestación de demanda; y, 3- Se revoque en su integridad la sentencia apelada.

La apoderada de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - COLPENSIONES**, formuló **recurso de apelación** contra la sentencia de primera instancia, solicita se revoque, argumentando, que: durante el debate probatorio no se logró probar una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado; que, lo que llevó a la demandante a solicitar la ineficacia del traslado es, la variación salarial lo que conlleva a una diferenciación en el monto pensional; solicita se de aplicación a lo establecido en el Art 2º de la Ley 797 de 2003, prohibición de traslado a las personas que se encuentren a diez (10) o menos años de la edad para pensionarse, como es el caso concreto. Finalmente, que se ordene a los fondos privados, traslanden a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, y demás emolumentos debidamente indexados pertenecientes a la cuenta individual de la actora, para garantizar la sostenibilidad del sistema pensional, al preservar los recursos dispuestos para avalar a futuro los pagos de las mesadas pensionales y el reajuste periódico de la mismas. En virtud de lo anterior, solicitó se absuelva a su representada de todas la pretensiones y condenas impuestas.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver los **recursos de apelación** interpuestos por las **demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.**, respecto de la sentencia proferida por el juez de primera instancia.

De igual forma, por mandato del inciso 3° del artículo 69 del C.P.T. y S.S., asume el conocimiento del asunto de referencia en el Grado Jurisdiccional de **Consulta**, ya que la condena se efectuó en contra de una entidad de derecho público en la que la Nación funge como garante, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Revisado el proceso, no existe ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado y agotado el trámite procesal que corresponde, resulta necesario resolver de fondo la Litis en estudio.

Hechos Probados

En el presente asunto no se encuentra en discusión que: **(i)** la actora, **ROSA DIANA MORENO MARIN**, se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces **ISS**, hoy **COLPENSIONES**, a partir del febrero de 1986 (Numeral 21 Exp. Digital – Carpeta Administrativa); **(ii)** posteriormente, el 08 de marzo de 2006, la actora suscribió solicitud de afiliación con la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, efectiva desde el **01 de mayo de 2006**, (Numeral 7° Pag 28 Exp. Digital - anexos de contestación Porvenir); **(iii)** el 16 de septiembre de 2013, suscribió solicitud de afiliación con **Skandia**, efectiva desde el **01 de noviembre de 2013** (Numeral 8° Pag 14 Exp. Digital - anexos de contestación Skandia), manteniendo tal afiliación hasta la fecha; y, **(iv)** El 21 de diciembre de 2021, radicó ante COLPENSIONES, solicitud de traslado de régimen; petición que fue desatada negativamente por dicha entidad (Numeral 2° Pag. 35 Exp. Digital – anexos demanda).

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si: **I)** el traslado de régimen de la demandante es inválido habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliada en el **RAIS**; e igualmente analizar si resulta procedente: **II)** la ineficacia del traslado de régimen pensional toda vez

que, la actora no ejerció su derecho al retracto; **III)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que la actora se ha ratificado a través de la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad todos estos años; **IV)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, la actora se encuentra a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional; **V)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, la acción está prescrita; **VI)** la condena en costas a las demandadas; y, **VII)** el traslado de los gastos de administración, y demás emolumentos relacionados a la cuenta de ahorro individual del afiliado, del RAIS al RPMPD.

Análisis del Caso

Ineficacia de la Afiliación

El traslado, como acto jurídico en general, conlleva el presupuesto que el fondo respectivo debe brindar la información adecuada, completa, veraz y oportuna sobre las consecuencias del acto que se va a realizar.

En tal sentido, los **artículos 12 y 13 literal b) de la Ley 100 de 1993**, señalan expresamente que la decisión de afiliarse o trasladarse de un régimen a otro dentro del sistema de pensiones debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado. Según lo expuesto, cuando la norma utiliza los términos de una decisión libre y voluntaria significa que no debe existir por parte del afiliado ninguna duda sobre las conveniencias o inconveniencias de pertenecer a uno u otro de los regímenes.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, son fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el **Decreto 663 de 1993** y la **Ley 795 de 2003**.

El **deber de información** es un elemento propio de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil; por lo cual las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que con lleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

Tal deber deviene del postulado señalado en el **Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero- artículo 72 literal f) y artículo 97**, normas modificadas por la **Ley 795 de 2003**, que en su **artículo 12** señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar “...**debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas...**”.

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los **Decretos 2241 de 2010 y 2555** del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el Sistema General de Pensiones, como: **i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.**

Como ha quedado visto, el deber de información **es una obligación que, por ley, siempre han tenido las Administradoras de Fondos de Pensiones**, y un derecho para las personas afiliadas a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar a la persona interesada de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Tal razón justifica el contenido del artículo 3º del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a las personas afiliadas sobre la posibilidad de **retractarse**; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal

como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que “...las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados (as) el derecho a retractarse...”, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado, deber que, no se demostró en el proceso, hubiera sido acatado al momento del traslado.

La omisión, en tratándose de este aspecto, **acarrea la ineficacia de la selección o traslado**, pues se parte del hecho de que la decisión no fue informada, y que, por ello, está mediada de error.

Se remite la Sala a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del **22 de noviembre de 2011 radicado 33083**, entre otras, como soporte jurisprudencial de esta decisión. Debe precisar la Sala que, aun cuando la jurisprudencia citada corresponde a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, no obsta su aplicación al presente asunto dadas las similitudes y características que existen entre la posibilidad de afiliarse o trasladarse en los diferentes regímenes del sistema pensional.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente abordó el tema que ocupa la atención de la Sala, en la **Sentencia SL 1688-2019, radicación 68838**, redefiniendo la naturaleza de la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales, y en ese sentido expresó lo siguiente:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero". (Subrayas fuera de texto)

Descendiendo al asunto de marras, se puede extraer de las documentales aportadas que, a partir del 01 de mayo de 2006, la actora se afilia al RAIS con la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** (Numeral 7º Pag 28 Exp. Digital - anexos de contestación Porvenir); y, posteriormente, desde el 01 de noviembre de 2013, se afilia con la AFP **SKANDIA**, (Numeral 8º Pag 14 Exp. Digital - anexos de contestación Skandia), manteniendo tal afiliación hasta la fecha.

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que, al momento del respectivo traslado de régimen o vinculación, las Administradoras de Pensiones **PORVENIR S.A. y SKANDIA**, hayan cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de su permanencia en ella, a la demandante.

No se denota que las entidades de Seguridad Social le hayan suministrado a la demandante los datos y explicaciones del traslado respectivo; en efecto, brilla por su ausencia el acompañamiento desde la antesala de la afiliación, momento en el que debieron mostrarle los pros y contras de la decisión trascendental que iba a tomar; dicha gestión puede quedar en evidencia, por ejemplo, con las proyecciones matemáticas, que sustentan el valor de la mesada que hubiera tenido en ambos regímenes, entre otras.

La única prueba con la que pretenden los fondos demandados, acreditar que cumplieron con el deber de información, es la copia de la solicitud de vinculación en la que reposa la leyenda "**VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACION**", que refiere que la escogencia de ese

régimen lo hace de forma **libre, espontánea, y sin presiones**, circunstancias estas tres, muy diferentes a lo relacionado con haber suministrado la información suficiente al afiliado sobre las consecuencias positivas y negativas del traslado.

No obstante, tal documento es precario para lograr el cometido pretendido por los fondos privados, pues no se puede predicar que la accionante, tomó verdaderamente una decisión libre y voluntaria, cuando ignoraba la incidencia que aquella podía tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple y fría expresión genérica pre impresa en un formato.

Tampoco se denota una constancia que se le haya entregado el Plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la Administradora de Pensiones, que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes; y mucho menos reposa la comunicación que por escrito las AFPs debieron dirigir a la demandante referente a la posibilidad de retractarse.

Ahora, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando a la afiliada le falta menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que sobre este tópico la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado de antaño y recientemente en las Sentencias **SL1452** radiado 6865; **SL 1688**; y, **SL 1689**, todas del 2019, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en donde recopiló toda su jurisprudencia sobre el tema y, al respecto sostuvo que:

"...De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de

información se radica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...". (Negrilla fuera de texto)

A su vez, se reitera en las comentadas decisiones que, la acción dirigida a dejar sin efectos dicho traslado es inescindible del derecho a la Seguridad Social, de suerte que comparte con éste la condición de **imprescriptible**.

Además, recuerda también la Corte que, la ineficacia ocasionada al momento de traslado de régimen no se convalida con los sucesivos traslados de fondos estando en el interior del mismo régimen **o su permanencia en éste por un periodo considerable**.

Respecto al traslado de los aportes y rendimientos financieros, así como los gastos de administración, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al **RAIS**, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias **SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P**. CLARA CECILIA DUEÑAS.

Considera ésta Sala, entonces que, es dable ordenar a **PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.**, que procedan a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, por lo tanto, se deben trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, toda vez que, estos fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, y es por ello que, **el valor de estas, los valores correspondientes al 0.5% del ingreso base de cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los gastos de administración debidamente indexados**, deben ser entregados al RPM administrado por **COLPENSIONES**, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., en razón de lo cual se adicionará la sentencia por este aspecto.

Como quiera que COLPENSIONES deberá actualizar la historia laboral de la actora, al momento de cumplirse la orden anterior, la administradora de fondo de pensiones del RAIS, deberá indicar debidamente discriminados, los conceptos con sus respectivos valores, junto con el

detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, para lo cual se concederá el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, y, una vez recibidos tales valores, COLPENSIONES contará con el mismo término para actualizar y entregar a la actora su historia laboral, razón por la cual se adicionará la providencia de primera instancia.

Adicionalmente, hace énfasis la Sala en que, el traslado de los gastos de administración no forma parte de los valores que conforman los ahorros de la cuenta individual de la actora en el RAIS, sino a la administración que en el RPM le corresponde a COLPENSIONES, sin que esto genere un enriquecimiento sin causa en favor de la **actora**, ni de **Colpensiones**.

En lo concerniente a los argumentos de los recursos de apelación y alegatos de conclusión, la presente Colegiatura considera que estos fueron resueltos y atendidos en las consideraciones anteriores.

En razón a lo vertido, y sin necesidad de más consideraciones, se confirmará en lo demás la Sentencia apelada y consultada en lo atinente al traslado, pues la conclusión vertida de dejar sin validez el traslado de la demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se entienda que la demandante ha mantenido su afiliación a dicho régimen hoy administrado por Colpensiones, junto con los beneficios que sean aplicables a su caso.

Costas

En cuanto a la condena en **costas**, se tiene en cuenta que el artículo 365 del CGP, dispone que se condenará por dicho concepto a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación; lo que descarta cualquier otro miramiento, referente a la buena o mala fe. Por lo cual, la condena impuesta en ese sentido en la decisión de primera instancia a las demandadas, se mantendrá al haber sido vencidas en juicio, siendo liberalidad juez, analizar en cada caso concreto las circunstancias de la misma, para imponer los montos a cada una de las condenadas, sin que

necesariamente tengan que ser iguales para todas; razón por la que se confirmará lo relacionado a la condena en costas a las demandadas.

En ese orden, las **Costas** en esta instancia estarán a cargo de **COLPENSIONES y SKANDIA S.A.**, por no haber salido adelante en su recurso de apelación, incluyendo la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4'000.000) m/cte., como agencias en derecho, a sufragarse por cada una de ellas.

Decisión

En mérito de lo expuesto, ésta Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIÓNANSE los numerales **tercero y cuarto** de la **Sentencia 059 del 24 de abril de 2023**, proferida por el **Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali**, en el sentido de:

*“**ORDENAR** a las AFPs **PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A.**, que procedan a trasladar a **COLPENSIONES**, los bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los gastos de administración debidamente indexados.*

*Las **Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS**, para el cumplimiento de la orden impartida en los numerales 3° y 4°, se les concede el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de su notificación, y, una vez recibidos, por la **Administradora Colombiana de Fondos de Pensiones – Colpensiones**, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar a la actora su historia laboral, por las razones aquí expuestas.”*, confirmando el numeral en todo lo demás.

SEGUNDO: CONFÍRMASE, en todo lo demás, la **Sentencia 059 del 24 de abril de 2023**, proferida por el **Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, conforme a las razones expuestas.

TERCERO: CONDÉNASE en Costas en esta instancia a cargo de la **Administradoras de Fondos de Pensiones COLPENSIONES, PORVENIR S.A.**

y **SKANDIA S.A.**, y en favor de la demandante **ROSA DIANA MORENO MARIN**; liquídense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de esta instancia, la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4'000.000) m/cte., a sugrarse por cada una de ellas.

CUARTO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo.

No siendo otro el objeto de la presente se firma en constancia como aparece.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente



ALVARO MUÑOZ AFANADOR
Magistrado



ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada