

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

SENTENCIA 34

(Aprobado mediante Acta del 26 de abril de 2023)

Proceso	Ordinario
Radicado	760013105017202100309-01
Demandante	Jairo Lozada Orozco
Demandada	Colpensiones y Colfondos
Asunto	Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS
Decisión	Confirma

En Santiago de Cali, el día 17 de mayo del 2023, la Sala Quinta de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados María Isabel Arango Secker, Natalia María Pinilla Zuleta y Fabian Marcelo Chavez Niño**, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procedemos a resolver el recurso de apelación de la sentencia 15 de septiembre de 2022, proferida dentro del proceso ordinario promovido por **Jairo Lozada Orozco** contra **Colpensiones y Colfondos S.A.**

ANTECEDENTES

Para empezar, pretende la parte demandante que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, RPMPD, administrado por Colpensiones efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, RAIS, administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., como consecuencia, que se ordene a Colfondos S.A., que traslade los aportes junto con los rendimientos, a Colpensiones que proceda a aceptar el traslado sin solución de continuidad, además, que se condene en costas procesales y agencias en derecho.

Lo anterior basado en que, cotizó al RPMD desde el 25 de octubre de 1990 y en febrero del 2006 se trasladó a Colfondos S.A., pero que no recibió información completa sobre el mismo; además que solicitó la nulidad del traslado ante los fondos, pero le fue negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Colfondos S.A., se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que al momento del traslado tomó una decisión libre y consciente. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba o causal de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de nulidad, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Igualmente, Colpensiones se opuso a las pretensiones argumentando que la afiliación realizada por el actor a la AFP ya produjo efectos jurídicos. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, ausencia de vicios del consentimiento del traslado, buena fe, prescripción, inoponibilidad por ser un tercero de buena fe- inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia del 15 de septiembre de 2022, declaró no probadas las excepciones de mérito formuladas por COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.; la ineficacia del traslado que el señor JAIRO LOZADA OROZCO desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A.; Condenó a COLFONDOS S.A. a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante, de condiciones civiles conocidas en el proceso, incluyendo los aportes y rendimientos como los gastos de administración, los intereses y frutos, y el bono pensional-si lo hubiere, además de la devolución del porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la aseguradora, debidamente indexados, por los lapsos en que la demandante estuvo vinculado con COLFONDOS; ordenó a COLPENSIONES, recibida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida del señor JAIRO LOZADA OROZCO, de condiciones civiles en el plenario, la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual. Señaló como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV a cargo de cada una de las entidades a favor del demandante.

Lo anterior con base en que quedó demostrado que el demandante no recibió una debida asesoría sobre las consecuencias del traslado de régimen por parte de las entidades demandadas en el

momento de efectuarse el mismo, pues no se le explicaron las ventajas y desventajas del cambio de régimen.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del COLPENSIONES, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación bajo el argumento de que su representada tuvo diligencia y que el traslado fue de manera libre, voluntaria y sin presiones ni vicio alguno, por lo cual, no resulta admisible que el actor pretenda retornar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, provocando un detrimento patrimonial y afectando la estabilidad financiera pensional, pues la entidad tendría que asumir la carga pensional aún sin haber administrado sus aportes durante varios años anteriores.

Igualmente, manifestó que, para la fecha del traslado realizado voluntariamente por el demandante, desde el Régimen de Prima Media (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), no existía normatividad vigente que obligara a las AFP o al seguro social hoy COLPENSIONES a brindar la doble asesoría mencionada en la sentencia apelada.

Afirma, su representada negó el traslado del demandante por la prohibición expresa del literal E artículo 13 de la Ley 100/1993, modificada por la Ley 797/03, razón por la cual, se está actuando evidentemente en derecho. Solicita revocar la sentencia.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Este despacho judicial, a través de auto, admitió los recursos de apelación y ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión. Estando dentro de la oportunidad procesal, Colpensiones no presentó los mismos, dentro del término concedido, tal como se observa en el expediente.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

La competencia de esta corporación está dada por el grado jurisdiccional de consulta, conforme a lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtir obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación. Frente al recurso de apelación presentado por parte de Colpensiones, será implícitamente resuelto por vía de la primera.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala determinará si procede la declaratoria de ineficacia del traslado del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Colfondos S.A.

La Sala partirá de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, precedente en el que esa corporación redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados.

En ese sentido, la Corte estableció la naturaleza de la sanción jurídica que procede cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales; asimismo, cabe advertir, que en vigencia de la Ley 100 de 1993, el derecho al traslado entre regímenes podía efectuarse cada tres años, posteriormente, en vigencia de la Ley 797 de 2003, dicho lapso se incrementó a cinco años y se agregó que no podría haber traslado de régimen cuando a un afiliado le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le otorga el derecho a la pensión de vejez, si su traslado se produce a partir del año 2004.

Así las cosas, en el caso particular de la parte demandante, se observa que para la fecha de traslado del ISS a Colfondos S.A. hizo su afiliación de forma correcta y dentro de los límites temporales establecidos por la norma vigente para esa calenda –tres años–, es decir que su traslado, por el aspecto temporal, no genera ineficacia alguna.

Ahora bien, dado que no se probó una ineficacia en el traslado por contravención a los términos mínimos de permanencia, procede esta Sala a verificar si se encuentra viciado el acto de afiliación por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna de asesoría y de buen consejo, pero, sobre todo, lo relacionado con la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Respecto al deber de información, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL1688-2019, señaló que es obligación de los fondos de pensión desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, brindar información completa, clara, oportuna, transparente y comprensible; sus beneficios e inconvenientes, ello teniendo en cuenta la desigualdad que existe entre administradora que tiene conocimiento en el tema del manejo de sus productos y en sí, el manejo de la cuenta de sus afiliados y el afiliado inexperto. Y, frente al alcance al deber de asesoría y buen consejo, indicó que no basta con cumplir con lo ya mencionado, sino que también implica un mandato de dar cumplimiento a aquello.

Ahora bien, la parte demandante alega que Colfondos S.A. omitió el deber profesional y legal que le asistía de brindar información clara, completa, suficiente y detallada sobre las consecuencias de traslado de régimen, pues no se demostró tal supuesto; la Sala determinará si ello es cierto.

Revisadas las pruebas aportadas, se advierte que se suscribió formato de «*SOLICITUD DE VINCULACIÓN*» al RAIS administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., documento con el cual se corrobora la manifestación de voluntad de pertenecer a ese régimen, tal como lo preceptúa el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, no resulta admisible sostener que la debida asesoría se encuentra garantizada, ni se ratifica con la suscripción del formulario de afiliación, en el cual se deja expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones, aspecto que ha sido ampliamente decantado en la providencia SL1688-2019, pues lo referente a la firma del formulario y las afirmaciones allí contenidas, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, es claro que para la fecha del traslado, las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindarles a los posibles afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario, ello sin importar la calidad del afiliado, es decir, si cuenta o no con conocimiento de lo que implicaba el traslado.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se evidencia que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o que tenga algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Ha de resaltar la corporación que, el deber de información se encuentra en cabeza de los fondos de pensión, debido a que deben ilustrar sobre los pormenores de las formas de pensionarse en el RAIS, el monto que debe acumular en la cuenta de ahorro individual, entre otros aspectos determinantes al momento del traslado, y esto no se encuentra demostrado en el presente caso.

Además, tal como lo explica la Alta Corporación, *ese deber de información ha cobrado mayor exigencia con el paso de los años y para ello se han identificado tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante*. Lo que conlleva a inferir, que para el momento en que el demandante se trasladó de fondo, esto es, año 2006, ya existía la obligación para los fondos de brindar la información completa a sus usuarios. (Ver sentencia SL 1055 de 2022).

Por lo expuesto, al no acreditar la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto,

ni sobre lo relacionado con la pérdida de beneficios pensionales, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, en lo atinente a la carga de la prueba, resulta apenas lógico que, una vez el afiliado manifiesta no haber recibido la información debida al momento de la afiliación, es a la AFP a quien le corresponde acreditar que suministró la asesoría completa, cierta, suficiente, clara y oportuna. Se resalta que esta situación fue reiterada en la sentencia SL3349-2021, en la que se analiza el punto del deber de información que se encuentra a cargo de los fondos de pensiones, por considerar que cuentan con el conocimiento del manejo de cada uno de los regímenes y del mismo modo, dadas sus facultades, es su deber poner en contexto a los afiliados sobre las implicaciones del mentado traslado.

Así, tampoco existe una constancia de que se haya entregado el Plan de Pensiones ni el Reglamento de Funcionamiento de Porvenir S.A., que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS.

Los anteriores supuestos, en conjunto con las documentales arrojadas al plenario, corroboran el hecho que el traslado al RAIS deviene ineficaz, dado el incumplimiento al deber de información por parte del fondo, tal como se desprende de todo el análisis realizado por la Sala.

Advierte esta Sala que, en cuanto a la devolución de los gastos de administración, aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con frutos e intereses, juntos con los rendimientos causados, estos se encuentran a cargo de Colfondos S. A., como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en la sentencia SL1421-2019, en la que trae a colación entre otras, las sentencias SL17595-2017 y SL4989-2018.

Así mismo, en sentencia SL2601-2021, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral adoctrinó que, frente a la devolución de aportes, debe incluir el reintegro a Colpensiones de los valores cobrados por los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, junto con los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, regulada el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, al considerar que desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RMPD.

Lo anterior, teniendo en cuenta que esos recursos se utilizarán para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Asimismo, considera este Tribunal que la AFP deberá indicar los conceptos trasladados, que serán discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás datos relevantes que lleven a su justificación para efectos de la devolución.

Situación que lleva a adicionar la sentencia en este aspecto, es decir, en el sentido de ordenar que esa devolución se realice de manera discriminada por cada concepto, advirtiéndole además que dicha obligación debe cumplirse dentro del término máximo e improrrogable de treinta (30) días hábiles, y,

una vez recibidos tales valores, Colpensiones contará con el mismo término para actualizar y entregar a la actora su historia laboral.

Ahora bien, considera la sala que no hay lugar a dar prosperidad al punto de censura que tiene que ver con la afectación del principio de sostenibilidad financiera, teniendo en cuenta, que es un asunto que en esencia no le compete al usuario, pues cada régimen tiene su modalidad para administrar los recursos del aportante; además, el tema en controversia es por la declaratoria de ineficacia debido a falta al deber de información, como ya se ha mencionado en precedencia.

Frente a la configuración de la prescripción, la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, la SL1688-2019, enseña que las solicitudes de ineficacia de traslado se analizan en sentido estricto y no sustancial, como lo ha señalado la alta corporación en variada jurisprudencia, tal como lo hizo en la SL4608 de 2021, entre otras.

En cuanto a las costas, en esta segunda instancia, se condenará en costas a Colpensiones S.A., en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho el equivalente 1 salario mínimo legal mensual vigente.

Todo lo anterior, atendiendo al principio de libre formación del convencimiento, conforme lo establece el artículo 61 del CPTSS, y los múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, como en sentencias SL802-2021, SL858-2021, SL512-2021, entre otras.

Se confirmará en lo demás la sentencia proferida en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI, SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia 84 del 15 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** al fondo privado accionado, que en el momento de realizar la devolución de los conceptos mencionados en la parte motiva, los discrimine 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 les concede el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de su notificación, y una vez recibidos, por Colpensiones, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar a la demandante su historia laboral, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones., y a favor de la parte demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de 1 salario mínimo legal mensual vigente.

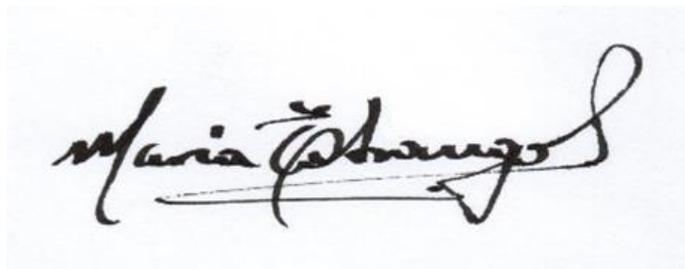
CUARTO: DEVOLVER por secretaría el expediente al Juzgado de origen, una vez quede en firme esta decisión.

Lo resuelto se notifica y publica a las partes, por medio de la página web de la Rama Judicial.

No siendo otro el objeto de la presente se cierra y se suscribe en constancia por quienes en ella intervinieron, con firma escaneada, por salubridad pública conforme lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

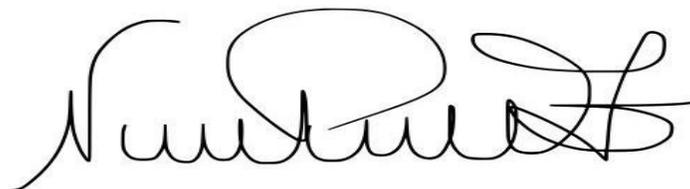


FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO
Magistrado



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada

Con salvamento de voto parcial frente a condena en costas a COLPENSIONES.



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA
Magistrada

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

**SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL
RAD. 76001-31-05-010-2019-00435-01**

DEMANDANTE: JAIRO LOZADA OROZCO
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTRO.
RADICACIÓN: 76001-3105-017-2021-00309-01
MAGISTRADA: DR. FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO
ASUNTO: Salvamento de voto parcial frente a las costas a cargo de COLPENSIONES en INEFICACIA DE TRASLADO.

Con el debido respeto que siempre profeso hacia las decisiones de la Sala, me permito salvar parcialmente el voto, exclusivamente en lo tocante a la condena en costas a COLPENSIONES del numeral TERCERO del resuelve de esta sentencia, mediante el cual se imponen a la administradora del régimen de prima media las costas procesales, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV.

Si bien es cierto que, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, consagra la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión propuestos; no lo es menos que, es por circunstancias todas ajenas a su actuación que COLPENSIONES resulta “condenada a”, o mejor se le da la orden judicial de recibir al demandante para ser pensionado en ese régimen con el traslado de todo lo que se encuentre en el fondo privado, saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, así como gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que estuvo afiliado al fondo privado.

No se debe perder de vista que, COLPENSIONES no hizo parte del acto de traslado, no era la obligada a dar la información veraz, clara y concreta acerca del traslado de régimen al hoy demandante, no podía retenerlo en su

fondo, ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-; adicionalmente, su negativa a acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera justa la imposición en costas; amén que al tratarse de una entidad pública es su deber intentar defender los intereses de la misma, por lo que no le es dable allanarse a la demanda.

Ergo, trasladar a COLPENSIONES, vía condena en costas las consecuencias del incumplimiento al deber de información que incumbía a las Administradoras de Fondos Privados, es malinterpretar la teleología del artículo 365 numeral primero del CGP.

Se lee en un magistral aparte de una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. de agosto 5 de 1.980:

*"Para entender la ley no basta repasar su tenor literal. Han de conocerse también la realidad social concreta donde impere y la idiosincrasia y condiciones de los seres humanos cuya conducta rige. **La ley no es un acopio de textos rígidos, fríos e inertes que aplica un juez hierático sumido en la abstracción. Es, al contrario, una fuente dinámica, siempre antigua y siempre nueva, de progreso social y de cultura, de equidad y armonía que, a través de su recto y equilibrado entendimiento, promueve la solidaridad entre los hombres, mediante el recíproco respeto de su dignidad y de sus derechos**". (Resaltado ex texto original).*

Parágrafo que hago propio para responder a quienes consideren que, merced al numeral primero del artículo 365 del CGP, debe condenarse en costas a COLPENSIONES, amén que lo que al fondo público se le da, por el devenir jurisprudencial, más que una condena es una orden que nace de la necesidad de salvaguardar los derechos pensionales de toda una generación, que a ciegas y engañada, confió su futuro pensional a la "creación" legislativa de los fondos privados, que como muchas otras, nacieron, sin un estudio económico y financiero sólido ni responsable.

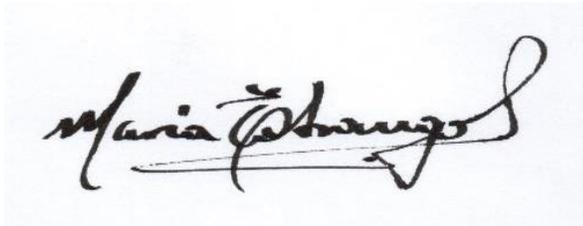
Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia del juez, respecto de las costas, constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el juez advierta que la condena en costas se torna manifiestamente injusta, podrá apartarse, fundamentando su decisión. En otras palabras, es posible

eximir de esa condena en costas, cuando exista mérito para ello, por mediar razón fundada para litigar, pero ello no implica la mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo para eximirlo, lo que sobradamente sucede en los casos como el que concita la atención de esta Sala, como se ha explicado en procedencia.

Por otra parte, las injustas y múltiples condenas en costas, impuestas a COLPENSIONES en los casos de ineficacia del traslado de régimen, atentan a no dudarle contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la planeación de la reserva pensional, que por mandato constitucional es deber de los jueces y autoridades salvaguardar.

De esta forma expongo los argumentos que defienden mi posición.

Fecha *Ut supra*.



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada