

**REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL****TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL****SENTENCIA 161**

(Aprobado mediante Acta del 13 de octubre de 2023)

Proceso	Ordinario
Radicado	76001310500620210023001
Demandante	Carlos Eduardo Calderón Llanten
Demandada	Colpensiones, y Porvenir S.A.
Litisconsorte necesario	Protección S.A.
Asunto	Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS
Decisión	Adiciona – Confirma

En Santiago de Cali, el día 04 de diciembre de 2023, la Sala Quinta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **María Isabel Arango Secker**, **Carolina Montoya Londoño** 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 los recursos de apelación de la sentencia 213 del 18 de julio de 2023, proferida dentro del proceso ordinario promovido por **Carlos Eduardo Calderón Lantén** contra **Colpensiones y Porvenir S.A.**

**ANTECEDENTES**

Para empezar, pretende el demandante que se declare la nulidad o ineficacia de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, administrado por Porvenir S.A., en consecuencia, que se ordene el traslado a Colpensiones y que se ordene a Porvenir S.A., que traslade todos los ahorros de la cuenta junto con los rendimientos a Colpensiones y que se imponga costas procesales.

Como hechos relevantes expuso que se afilió y cotizó inicialmente a CAJANAL desde el año 1991, fecha para la cual se trasladó a Porvenir S.A., pero que no se le

brindó información sobre las características, ventajas y desventajas del traslado y que solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, pero fue negado.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Por un lado, Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que no se allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia, por ende, considera que se encuentra válidamente afiliado al RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y buena fe.

Por otro lado, Colpensiones se opuso a lo pretendido bajo el argumento de que la selección de los regímenes es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe y prescripción.

La juez de conocimiento ordenó mediante Auto 788 del 10 de mayo de 2023 la vinculación de Protección S.A., en calidad de litisconsorte necesario.

Notificada en debida forma Protección S.A., sin que constituyera allanamiento a las pretensiones no presentó oposición bajo el argumento de que la afiliación a la entidad es plenamente válida y libre de todo vicio del consentimiento. Propuso las excepciones de validez de la afiliación al fondo, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia 213 del 18 de julio de 2023, declaró no probadas las excepciones y la ineficacia de traslado del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A., le ordenó a Colpensiones que acepte el traslado del demandante al RPMPD, a Porvenir S.A. que traslade todos los aportes efectuados y el capital junto con los bonos pensionales, cotizaciones, rendimientos, los gastos de administración por el tiempo en que estuvo afiliado en la entidad, absolvió a las demandadas e integrada de las demás pretensiones incoadas y condenó en costas a Porvenir S.A. y a Protección S.A.

Fundamentó su decisión en que el demandante no recibió una debida asesoría por parte de los fondos involucrados sobre las consecuencias del traslado de

régimen, ventajas y desventajas, al momento de efectuarse el mismo, y mucho menos las implicaciones del traslado.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Por su lado, el apoderado judicial de Colpensiones interpuso y sustentó el recurso de apelación de manera parcial bajo el argumento de que los fondos privados también deben devolver las primas de seguros previsionales, gastos de administración y el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexado.

### **TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Este despacho judicial, a través de auto admitió el recurso de apelación y ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión. Estando dentro de la oportunidad procesal, las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., presentaron escrito de alegatos, 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, dicha revisión debe surtirse obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue parcialmente adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación. Frente al recurso de apelación propuesto por Colpensiones, se advierte, que 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 Porvenir S.A. y los posteriores que se hayan realizado.

Para ello, se partirá de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la 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 Porvenir 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 los fondos involucrados en la Litis, omitieron el deber profesional y legal que les 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 Porvenir 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 los pormenores sobre las formas de pensionarse en el RAIS, el monto que deben 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 la demandante se trasladó de fondo, ya existía la obligación para los fondos de brindar la información completa a sus usuarios. (Ver sentencia SL 1055 de 2022).

Ahora bien, se observa que la parte demandante se trasladó inicialmente de régimen, y luego hizo un cambio o traslado entre administradoras del mismo Régimen de Ahorro Individual, por lo cual, al estar viciado el primer traslado al RAIS, no tienen validez los actos que de él se deriven. Al respecto la CSJ en sentencia SL 31989, del 9 sep. 2008, señaló: *Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales*.

Y ello es así, porque el deber de asesoría e información frente a la afiliación recaía en cabeza Porvenir S.A., y como quiera que en este proceso se está discutiendo la validez del traslado de régimen, y no del cambio de administradora dentro del régimen de Ahorro, no es dable entrar a realizar un mayor análisis frente a las actuaciones de Protección S.A., y frente a ésta no se debe establecer la existencia de la omisión en el deber de información, pues no fue ella quien asistió a la parte actora al momento de realizar el cambio de régimen pensional, por cuanto se reitera, la validez del traslado de régimen, no se convalida con un cambio de administradora, y en esa medida, estas últimas, solo tendría la obligación ante una afiliación deficitaria de trasladar los aportes y demás emolumentos contenidos en su cuenta de ahorro individual del RAIS al RPM.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, se reitera 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.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, 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. En esos términos lo afirmó la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1688-2019, ya enunciada: *En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

La anterior situación fue reiterada en la sentencia SL3349 de 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., mismo 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 arrimadas al plenario, corroboran el hecho de 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, frente al tema de los gastos de administración, los mismos se encuentran a cargo de la demandada Porvenir S.A., pues así lo ha señalado la CSJ en la sentencia SL1421-2019, en la que trae a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. 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.*

Así mismo, en sentencia SL2601 de 2021 en la que se rememora la sentencia CSJ SL2877-2020, la CSJ adoctrinó, que frente a la devolución de aportes, incluye el reintegro a Colpensiones no solo de las cotizaciones, sino también de los bonos pensionales -si los hubiere-, de los valores cobrados por los fondos privados a título de cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, intereses y frutos, rendimientos, primas de seguros provisionales, y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima también regulada el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, al considerar, que desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. Ello, teniendo en cuenta 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.

Es así, que se adicionará el ordinal tercero de la sentencia proferida en primera instancia, solo en el sentido de ordenar a Porvenir S.A., que devuelva el porcentaje de garantía de pensión mínima, la prima de seguros previsionales y comisiones estos últimos de su propio patrimonio, en lo demás permanecerá incólume.

Además, 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 y una vez recibidos tales valores, Colpensiones deberá actualizar y entregar al demandante su historia laboral.

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.

Por último, frente al reparo efectuado por Colpensiones, acerca de la indexación de los gastos de administración, las primas de seguro previsional y comisiones que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, la Sala considera que le asiste la razón, debido a que debe entenderse que la demandante jamás abandonó el régimen de prima media con prestación definida, por lo cual, al disponerse la devolución de los recursos acumulados, estos deben ser debidamente indexados, durante todo el tiempo que permaneció en el RAIS, al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3556-2022, dispuso:

Así las cosas, se dispondrá que Colfondos S. A. devuelva a Colpensiones lo depositado en la cuenta de ahorro individual de la solicitante, a saber, aportes y bonos pensionales si a estos hubiese lugar, junto con sus rendimientos financieros y que, con cargo a sus propios recursos, entregue: i) las comisiones y gastos de administración, ii) los valores utilizados en seguros previsionales y, iii) los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, durante todo el tiempo que la actora permaneció en el RAIS. Tal pronunciamiento, de conformidad con lo expuesto en las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020, a las cuales se remite”.

Lo anterior cobra relevancia, tal como se señaló en providencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3199-2021, en la que se señaló:

[...] como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Conforme a lo anterior, la Sala considera que esos montos deben devolverse debidamente indexados, pues tal como se indicó en sentencia SL584 de 2022, el

saldo de la cuenta individual hace parte del afiliado y esto mismo ocurre con los rendimientos, que son accesorios al principal, en ese sentido se adicionará la sentencia proferida por la juez de primer grado, en el sentido de ordenar que los gastos de administración sean devueltos debidamente indexados.

Se confirmará en lo demás la sentencia proferida por la juez de primera instancia.

Sin Costas en esta 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** el ordinal tercero de la sentencia 213 del 18 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, solo en el sentido de ordenar a Porvenir S.A., que devuelva el porcentaje de garantía de pensión mínima, la prima de seguros previsionales y comisiones estos últimos de su propio patrimonio, sumas que deberán ser debidamente indexadas, en lo demás permanecerá incólume.

Además, debe discriminar los conceptos trasladados 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 y una vez recibidos tales valores, Colpensiones deberá actualizar y entregar al demandante su historia laboral.

**Segundo: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia.

**Tercero: SIN COSTAS** en esta instancia.

**Cuarto: DEVOLVER** por secretaría el expediente al juzgado de origen, una vez quede en firme esta decisión.

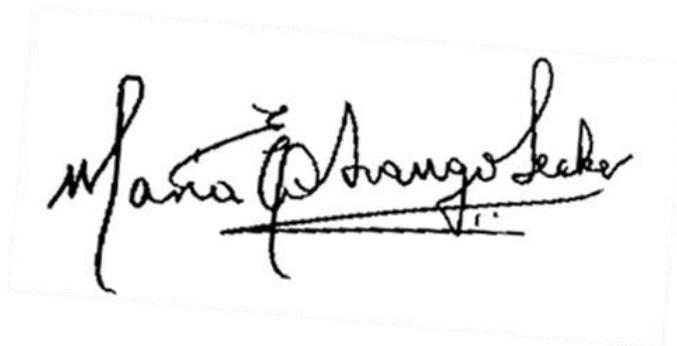
Lo resuelto se notifica y publica a las partes, por medio de la página web de la Rama Judicial.

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



**CAROLINA MONTOYA LONDOÑO**

Magistrada