



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Laboral

NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA

Magistrada ponente

Radicado n.º 76001310500320220050400

Santiago de Cali, Valle del Cauca, veintiséis (26) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

La Sala resuelve el recurso de apelación que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** instauró contra el fallo que el Juez Tercero Laboral del Circuito de Cali profirió el 22 de febrero de 2023, en el trámite del proceso ordinario laboral que **ÓMAR HERNANDO LAYTON TORRES** promovió contra la recurrente, Protección S.A. y Colfondos S.A; asimismo, el grado jurisdiccional de consulta en favor de la recurrente en los puntos no apelados.

I. ANTECEDENTES

Ómar Hernando Layton Torres solicitó que se declare la «ineficacia» de su traslado del régimen de prima media con prestación definida –RPM – al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por Protección S.A., así como el posterior traslado a Colfondos S.A. En consecuencia, requirió se condene a esta última a retornar a Colpensiones *«todos los valores que*

*reposan en su poder a título de cotizaciones, bonos pensionales y las cantidades adicionales con sus frutos, intereses o rendimientos» y a Colpensiones a recibirlos. Por último, solicitó se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y a las costas del proceso.*

En respaldo de sus aspiraciones, narró que cotizó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones -desde agosto de 1982 hasta junio de 1994 y que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A. en julio de 1994.

Señaló, que, al momento del traslado, no recibió información clara, calificada y suficiente sobre las implicaciones de dicho acto jurídico, toda vez que Protección S.A. omitió brindar información completa acerca de las condiciones reales del régimen pensional privado y las ventajas y desventajas del mismo; además, omitió realizar una proyección del monto de la pensión que recibiría.

Refirió que, en razón a lo anterior, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la afiliación a este régimen pensional el 3 de noviembre de 2022, petición que fue negada (expediente digital, archivo 01, pdf. 5 a 11).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Respecto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la afiliación del actor a la entidad, el traslado inicial del RPM al RAIS, así como el posterior traslado a Colfondos S.A y la

reclamación administrativa presentada; respecto a los demás supuestos fácticos, manifestó que no le constaban.

En su defensa propuso las excepciones *«inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, prescripción, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y la innominada o genérica»* (expediente digital, archivo 07, pdf 5 a 6).

Protección S.A. se resistió a las pretensiones dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de traslado del promotor al régimen de ahorro individual y su posterior traslado a Colfondos S.A. Indicó que sí asesoró de manera completa al convocante y aclaró que la afiliación de este a la administradora fue producto de una decisión libre, espontánea y precedida de información clara, integra y completa y que la proyección de la mesada pensional en ambos regímenes se realizó de manera verbal. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban o no era ciertos.

Formuló como excepciones de mérito las de *«inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y la innominada o genérica»* (expediente digital, archivo 08, pdf 3 a 15).

Colfondos S.A. se opuso a las pretensiones del escrito inicial. En cuanto a los hechos, aceptó los mismos que Protección S.A. e igualmente indicó que, al momento del traslado, brindó información suficiente, completa y veraz sobre las condiciones para acceder a la pensión. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban o no era ciertos.

Formuló como excepciones de mérito las de *«inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena*

fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado y la de compensación y pago» (expediente digital, archivo 09, pdf. 3 a 21).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, el Juez Tercero Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 22 de febrero de 2023, en la que decidió (expediente digital, archivo 19):

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado que hizo el señor OMAR HERNANDO LAYTON TORRES al Régimen de Ahorro Individual administrado por COLMENA hoy PROTECCION S.A., (sic) posterior traslado a ING hoy PROTECCION (sic) y por último a COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, SE ORDENA a PROTECCIÓN Y COLFONDOS S.A., trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, cuentas de rezago si las hay y bonos pensionales que se hubiesen emitido, pertenecientes a la cuenta del señor OMAR HERNANDO LAYTON TORRES al Régimen de Prima Media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que proceda aceptar el traslado del señor HUGO FERNANDO ROLDAN ESPINOSA (sic) del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida, junto con el dinero, rendimientos financieros, gastos de administración, cuentas de rezago si las hay y bonos pensionales que se hubiesen emitido que tenga en su cuenta individual.

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar si era viable declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, con fundamento en la falta de información al momento del traslado y en caso de prosperar, las consecuencias de esta declaración.

Para tal efecto, indicó que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los fondos de pensiones tienen la obligación de brindar información suficiente de las ventajas y desventajas del régimen pensional, con la finalidad de que el traslado sea *«libre y voluntario»*

En el caso concreto, sostuvo que los fondos de pensiones no aportaron prueba de haber cumplido con el deber de información ante señalado. Por tanto, declaró la ineficacia del traslado inicial y entre los fondos de pensiones privados.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** la apeló y solicitó su revocatoria. Para sustentar su reparo, manifestó que el demandante obró en ejercicio de su derecho legítimo a elegir el fondo de pensiones de su preferencia, como lo refiere el literal b) del artículo 13, razón por la cual no puede predicarse un error o vicio en el consentimiento.

Finalmente, indicó que, no existen razones fácticas ni jurídicas para que se considere afiliado al RPM a quien se encuentra válidamente afiliado a otro fondo de pensiones.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto de 21 de abril de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

En el término respectivo, no se presentaron escritos de

alegatos.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala de decisión procede a resolver el recurso de apelación presentado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma en los puntos no apelados.

Para el efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) en el período comprendido entre agosto de 1982 y junio de 1994, el demandante estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida -RPM- (expediente digital, archivo 01, pdf 630 a 635); (ii) se trasladó al régimen de ahorro individual -RAIS- administrado por Colmena, hoy Protección S.A., el 1.º de julio de 1994 (expediente digital, archivo 08, pdf 16) y, (iii) posteriormente, a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías el 1.º de noviembre de 2004 (expediente digital, archivo 09, pdf 29).

En ese contexto, corresponde a esta Sala de decisión determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditar el cumplimiento del deber de

información (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia, ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares e historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De este modo, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y, con ello, las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones; de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, toda vez que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se

insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo.

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

Sobre el particular, en sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala de Casación Laboral explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no

se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario.

De lo anterior se concluye que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, circunstancias que no pueden ser verificables únicamente del formulario de afiliación.

Por tanto, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado entendido como aquel procedimiento que, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, garantiza la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. (CSJ SL19447-2017).

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

La Corte Suprema de Justicia ha indicado que en los casos en que la administradora de fondos de pensiones incumple la obligación de información antedicha, ello acarrea, necesariamente, la ineficacia del traslado de régimen pensional, lo cual supone que dicho acto jurídico nunca ocurrió. Al respecto, en sentencia CSJ SL5292-2021 se señaló:

De otro lado, ha dicho la Sala que 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 su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Lo anterior implica que los efectos prácticos del traslado abarcan la devolución del dinero existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado, así como los rendimientos, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, rubros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ser indexados con cargo al patrimonio de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen.

Sobre el particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2929-2022 indicó lo siguiente:

Sin embargo, en la medida que la ineficacia del cambio de régimen pensional implica que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ello significa a su vez que el traslado realizado hacia el RAIS no tiene relevancia jurídica, pues ha de entenderse que nunca ocurrió. En otros términos, el supuesto de hecho de los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme a los cuales quienes se trasladen voluntariamente al RAIS, a menos que tengan 15 años o más de servicios cotizados, pierden el régimen de transición (C-789-2002), no se configura cuando se declara la ineficacia del traslado, pues al amparo de esta figura ha de darse por sentado que las repercusiones jurídicas que se esperaban con la suscripción del traslado jamás ocurrieron, o lo que es igual, que el afiliado jamás se trasladó al RAIS.

Asimismo, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que establece de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de*

organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Por consiguiente, 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.

Caso concreto

Sea lo primero precisar, que, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, el actor se trasladó al fondo de pensiones Protección S.A. el **1.º de julio de 1994**, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, esto es, la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

Por tanto, Protección S.A. tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales, así como indicarle las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado. En consecuencia, no es cierto que por vía judicial se le haya impuesto a dicha administradora una obligación no prevista en el ordenamiento jurídico, dado que dicho mandato está establecido en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, si bien el demandante firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado *«voluntad de*

selección y afiliación», dicha circunstancia en sí misma no es suficiente para concluir su voluntad libre de vicios, dado que, conforme a la jurisprudencia consolidada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo contenido se analizó en anteriores apartes, este tipo de aseveraciones no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues, a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Por último, no es de recibo para la Sala lo mencionado por Colpensiones en la contestación de la demanda, relativo a que la ineficacia de traslado es aplicable únicamente a los beneficiarios del régimen de transición, toda vez que el máximo órgano de cierre de la justicia ordinaria laboral ha indicado que tal conclusión no es cierta, dado que *«ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para que proceda la ineficacia del traslado, es necesario que el afiliado, al momento del traslado, haya «reunido los requisitos para acceder a la pensión» en el régimen anterior al que estuviese afiliado»* (CSJ SL4426-2019).

De este modo, el juez de primera instancia acertó al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional debatido, así como al considerar que la consecuencia de ello es tener por no efectuado el traslado y retornar las cosas al estado anterior al mismo. En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* en este aspecto.

No obstante, en virtud que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará al numeral 2.º del proveído recurrido, en el sentido de condenar a Protección S.A. y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones, además de lo indicado en este numeral, los valores utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, las comisiones y los

porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada entidad, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

Se precisa que la orden anterior no genera detrimento ni desequilibrio económico alguno que agravie a Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica la devolución de **manera íntegra** a dicha entidad de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS, más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del afiliado (CSJ AL606-2023).

VII. DECISIÓN

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

VIII. RESUELVE

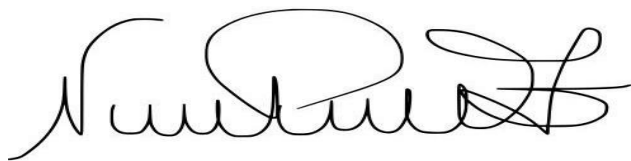
PRIMERO: Adicionar el numeral 2.º de la sentencia de primer grado, en el sentido de **ordenar** a Protección S.A. y a Colfondos S.A., que traslade a Colpensiones, además de los rubros señalados por el *a quo* en dicho numeral, los valores utilizados en seguros previsionales, comisiones y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada entidad, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus

respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: Confirmar en el fallo de primera instancia en los demás aspectos.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase como agencias en derecho la suma de cien mil pesos (\$100.000).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA
Magistrada



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada

Salvo voto parcial frente a costas a cargo de COLPENSIONES.



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO
Magistrado