



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

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Magistrada ponente

DEMANDANTE	ESPERANZA BERNARDA GRACIA CABARCAS
DEMANDADO	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
RADICADO	76001310500620210036101
ASUNTO	Apelación Sentencia
TEMA	Ineficacia del traslado
DECISIÓN	Modifica

En Cali, a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), la Magistrada Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión Quinta, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 resuelve el grado jurisdiccional de consulta en favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contra el fallo que la Jueza Sexta Laboral del Circuito de Cali profirió el 16 de marzo de 2023, en el trámite del proceso ordinario laboral que **ESPERANZA BERNARDA GRACIA CABARCAS** promovió contra **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda ordinaria laboral contra las accionadas antes referidas, para que, se declare la «ineficacia» del traslado que efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, administrado por Porvenir S.A., el 13 de diciembre de 1999.

En consecuencia, requirió se condene a Protección S.A., como actual fondo de pensiones, a devolver las cotizaciones y rendimientos financieros a Colpensiones y, a esta última, recibirla como afiliada y contabilizar la totalidad de las semanas cotizadas al sistema; además, requirió se condene al pago de las costas y agencias en derecho y lo probado *ultra y extra petita*.

Para respaldar sus pretensiones, indicó que realizó sus aportes pensionales inicialmente al Instituto de Seguros Sociales -ISS- desde el 12 de junio de 1990 hasta el **13 de diciembre de 1999**, que en esta última fecha se trasladó a Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; posteriormente, se trasladó a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. el **1.º de abril de 2001** y por último, se trasladó a Protección S.A. el **1.º de diciembre de 2010**

Manifestó que, el traslado a Porvenir S.A. y los posteriores traslados horizontales no se realizaron de manera libre y voluntaria debido a que no fue informada sobre las ventajas, desventajas, implicaciones y riesgos de cada régimen pensional; tampoco informaron sobre las variables y condiciones para acceder a las prestaciones económicas y la distribución de sus aportes y no entregaron proyección pensional, ni le explicaron las diferentes modalidades de pensión en el RAIS.

Por lo anterior, indicó que solicitó ante Colpensiones la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad (expediente digital, archivo 01).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Porvenir S.A. se resistió a las pretensiones dirigidas contra su entidad. En cuanto a los hechos, admitió los relativos a la absorción mediante fusión de la AFP Horizonte S.A. y aclaró que la fecha de

afiliación efectiva de la demandante a Porvenir S.A se hizo efectiva el 1.º de febrero de 2000.

Indicó que la afiliación de la demandante fue libre y espontánea tras recibir una asesoría verbal completa y suficiente sobre las bondades, beneficios y limitaciones de ambos regímenes pensionales, que al momento del traslado no era obligatorio dejar constancia escrita de la asesoría y que la demandante ha ratificado «*su vocación de permanencia al régimen a través de distintos actos de relacionamiento*». Respecto a los demás supuestos fácticos, señaló que no le constaban o no eran ciertos.

Formuló las excepciones de «*prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*» (expediente digital, archivo 04, pdf. 3 a 36).

Protección S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a que la AFP Porvenir S.A absorbió a Horizonte S.A., el traslado de la demandante de Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. a Protección S.A. el 25 de octubre de 2010, con fecha de efectividad el 1 de diciembre de 2010 y que la demandante actualmente se encuentra afiliada a la AFP Protección S.A.

Señaló que la afiliación goza de plena validez pues le brindó a la afiliada una asesoría completa, clara, veraz y suficiente acerca de las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales. Respecto a los demás supuestos fácticos, señaló que no eran ciertos o no le constaban.

Formuló como excepciones de mérito, las de «*validez de afiliación a Protección S.A; buena fe; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarar (sic) la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación*

de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho; prescripción; inexistencia de engaño y de expectativa legítima; nadie puede ir en contra de sus propios actos; compensación y la innominada o genérica» (expediente digital, archivo 05, pdf 2 a 27).

Colpensiones se opuso a todas las pretensiones incoadas en la demanda. Respecto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la afiliación de la promotora al ISS y la reclamación administrativa presentada a la entidad, la cual fue contestada de manera negativa por estar inmersa en la prohibición legal. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó *«inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; la innominada; buena fe; prescripción y legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad»* (expediente digital, archivo 07, pdf 3 a 15).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, la Jueza Sexta Laboral del Circuito de Cali, profirió sentencia de primer grado el 16 de marzo de 2023, en la que decidió (expediente digital, archivo pdf, 1 a 7):

Primero. - DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora ESPERANZA BERNARDA GRACIA CABARCAS con C.C.39.270.947 del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado actualmente por PROTECCIÓN S.A. el cual tuvo lugar el 01 de febrero de 2000.

Segundo. - IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales al Afiliado (a).

Tercero. - ORDENAR a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la Demandante y el capital que tenga en su haber en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital

de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS aquí demandada.

Cuarto. – ABSOLVER a las Demandadas de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por la Demandante.

Quinto. - NO DAR PROSPERIDAD a las excepciones de fondo propuestas por las Demandadas.

Sexto. - SI NO FUERE APELADO este fallo, consúltese ante el Superior.

Séptimo. - CONDENAR a PROTECCIÓN y PORVENIR a pagar cada una el equivalente a DOS SMLMV a título de AGENCIAS EN DERECHO.

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar si había lugar a declarar la «ineficacia» del traslado de la demandante al RAIS, y en caso afirmativo, establecer las consecuencias de dicha declaración, tales como su retorno a Colpensiones junto con el traslado de los aportes de su cuenta de ahorro individual, bonos pensionales, rendimientos financieros y semanas cotizadas.

En esa dirección, precisó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que las administradoras de fondos de pensiones privadas tienen el deber de brindar información acerca de todos los elementos que implica el acto de traslado, tales como las ventajas, desventajas, riesgos, consecuencias y condiciones de este.

A su vez, manifestó que la suscripción del formulario de afiliación no es razón suficiente para entender configurado el deber de información, el cual está a cargo de las AFP desde su creación y que la carga de la prueba de acreditarlo recae sobre el fondo privado.

En el caso concreto, señaló que los fondos de pensiones encausados no acreditaron en el proceso, el cumplimiento del deber de información y, declaró que las consecuencias de dicho incumplimiento

consistían en devolver los valores que hubiere recibido la administradora respectiva, como consecuencia de la afiliación, tales como los aportes, rendimientos financieros y gastos de administración desde la fecha en que se realizó el cambio de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción formulada por las demandadas, sostuvo que la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en establecer la improcedencia de este fenómeno en los asuntos de «*nulidad*» de traslado.

Respecto de la condena en costas, la *a quo* decidió que recaerá sobre las AFP del RAIS y absolvió a Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primer grado fue desfavorable a Colpensiones, se surte en su favor el grado jurisdiccional de consulta previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto del 18 de mayo de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

En el término respectivo, la demandante, Colpensiones y Porvenir S.A presentaron escritos de alegatos.

Colpensiones centró sus alegatos a desestimar la decisión tomada en primera instancia ratificándose en los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda y, en razón a que opera la prohibición legal para que la demandante pueda retornar a Colpensiones

La **demandante** solicitó se mantenga incólume la sentencia de

primera instancia por cuanto en el proceso se logró demostrar la falta al deber de información en cabeza de los fondos privados al momento de efectuarse los traslados.

Porvenir S.A. manifestó que no incurrió en ningún tipo de falta, no obró de mala fe y cumplió con todas las obligaciones a su cargo por cuanto garantizó a la afiliada el derecho a la información acorde con las disposiciones legales, las cuales, al momento del traslado de la demandante, le exigían brindar información completa, veraz y suficiente.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala de decisión procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que (i) la demandante se vinculó al ISS y realizó aportes pensionales desde el 12 de junio de 1990 hasta el 1.º de febrero de 2000 (ii) en esta última fecha se trasladó al régimen de ahorro individual –RAIS- administrado por la Porvenir S.A. (iii) posteriormente, se trasladó a Horizontes S.A., hoy Porvenir S.A. el 1.º de junio de 2001 y, (iii) por último, se trasladó a Protección S.A el 1.º de diciembre de 2010 (expediente digital, archivo 05, pfd 28).

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 aspectos: (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.

i. Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, las características de tal régimen, 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 al ejercicio económico que desempeñan, 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).

La Sala Laboral de la Corte ha mantenido una línea jurisprudencial frente al tópico en el que se resalta que, 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, pues únicamente así se garantiza 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).

De acuerdo con lo expuesto, por vía jurisprudencial 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 y se ha determinado que la simple expresión genérica de consentimiento que usualmente se plasman en los formularios de afiliación no es suficiente para acreditar tal obligación.

Asimismo, 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 hizo tránsito al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente, al de doble asesoría (2014- en adelante), información que los jueces deben tener en cuenta en cada caso concreto, a efectos de establecer el cumplimiento del deber de ilustración, 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).

ii. Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, 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.

iii. 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 «*en forma 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).

iv. Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

Sobre este particular, 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. (CSJ SL5292-2021)

Por otra parte, los efectos económicos de la ineficacia comprenden la devolución del dinero existente en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, 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 (CSJ SL2929-2022).

v. Caso concreto

Sea lo primero precisar que, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, la demandante se trasladó al fondo de pensiones Porvenir S.A., el **1.º de febrero de 2000**, 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, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar la afiliada 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 vinculada. 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 la demandante firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «*voluntad afiliado*», 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.

Ahora, no puede sostenerse que, por el hecho de haberse trasladado horizontalmente a otra administradora de pensiones del régimen privado, la demandante tenía un conocimiento integral de las características del RAIS y convalidó su voluntad de permanecer en este, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues, si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia CSJ SL1055-2022.

De este modo, como se dijo anteriormente, la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del traslado que implica suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; esto es, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido.

En ese contexto, la consecuencia económica de lo anterior es que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual, que incluye los rendimientos económicos de tal capital, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, primas de seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia CSJ SL1467-2021

Se sigue de lo anterior, que la jueza 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 de la *a quo* en este aspecto.

No obstante, se modificará el numeral tercero en sentido de condenar a Protección S.A. y Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos y bonos pensionales si a ello hay lugar; los gastos de administración, las cuentas de rezago si las hay y que se hubiesen emitido, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021) y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021) y debidamente indexados. Al

momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021).

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala quinta de decisión 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: MODIFICAR el numeral tercero del fallo de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a Protección S.A. y a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la convocante, sus rendimientos financieros, los bonos pensionales si a ello hay lugar, las cuentas de rezago si las hay y que se hubiesen emitido, 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, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Carolina Montoya L

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada

Maria Isabel Arango Secker

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada

Fabian Marcelo Chavez Niño

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

Magistrado