



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	LJILJANA KUZMANOVIC MERA
Demandados	COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.
Radicación	760013105005201900672 01
Tema	Ineficacia del Traslado de Régimen
Sub Temas	<p>Deber de información: En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.</p> <p>Las Administradoras de Fondos de Pensiones deben suministrar al afiliado toda la información respecto de los aspectos positivos y negativos del traslado de régimen sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse.</p> <p>Respecto al <u>traslado de los aportes y rendimientos financieros</u>, así como los gastos de administración, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al RAIS, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P. CLARA CECILIA DUEÑAS.</p> <p>La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional no vulnera el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, debido a que, los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.</p> <p>Traslados de administradoras dentro del RAIS: La actuación viciada del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, <u>no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.</u></p>

	Procede la condena en costas, en primera y segunda instancia, en virtud del numeral 1º del artículo 365 del CGP, cuando la parte ejerce oposición y resulta vencida en juicio.
--	--

En Santiago de Cali, a los veintiocho (28) días del mes de octubre de 2022, siendo el día previamente señalado, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con las demás integrantes de la Sala de Decisión, procede a dictar sentencia, conforme los lineamientos definidos en el **numeral 1º del Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022**, en Segunda Instancia, en el proceso de la referencia.

En el acto, se proceden a **resolver los recursos de apelación** formulados por las **demandadas Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.**, contra la **Sentencia 498 del 1º de diciembre de 2021**, proferida por el **Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali**; e igualmente surtir el **grado jurisdiccional de consulta** de la misma, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por la parte **demandante** y las **demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.**, los cuales son tenidos en cuenta en la presente decisión.

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

SENTENCIA No. 336

Antecedentes

LJILJANA KUZMANOVIC MERA presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.** y la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, con el fin que se declare **la nulidad o ineficacia** de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y consecuentemente se ordene su regreso al Régimen de Prima Media, junto con el traslado de

todos los valores de la cuenta de ahorro individual y rendimientos. Además, se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen de los hechos, la actora señaló que, estuvo afiliada y realizó cotizaciones al Sistema General de Pensiones administrado para la época por el Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy Colpensiones, desde el 27 de julio de 1994.

Que, el 1º de octubre de 1995, se trasladó de régimen pensional con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A., decisión que tomó basada en los ofrecimientos de los asesores de esa entidad; pero, no le informaron sobre las ventajas y desventajas del traslado, ni se le entregaron proyecciones o cálculos entre ambos regímenes.

Que, el 1º de mayo de 2001, se trasladó con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., donde se encuentra actualmente.

Que, el 13 de noviembre de 2019, radicó ante la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, solicitud de traslado al RPM; sin embargo, en respuesta por parte de la última, se le indicó que no era procedente tal petición por encontrarse a menos de diez años del requisito de edad para pensionarse.

La **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, al dar contestación a la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma, y en su defensa propuso las excepciones de mérito: **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, Prescripción, Buena fe e Innominada.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, se opuso a todas las pretensiones incoadas, y en su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Inexistencia de la obligación,**

cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, Validez del traslado de la actora al RAIS, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Compensación, Buena fe de la entidad demandada Protección S.A. e Innominada o genérica.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a todas las pretensiones incoadas, y en su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, Compensación y Genérica.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia 498 del 1º de diciembre de 2021**; declarando la ineficacia de la afiliación de la demandante, señora LJILJANA KUZMANOVIC MERA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, declarando que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en RPM sin solución de continuidad. Ordenando a PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., devolver a COLPENSIONES los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, el porcentaje de los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ellos ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Ordenando a COLPENSIONES una vez las AFPs cumplan la orden anterior, proceda a recibir los dineros, a convalidar la historia laboral de aportes pensionales en favor de la actora y activar su afiliación en el RPM, sin solución de continuidad. Finalmente, imponiendo costas a las demandadas.

Recursos de Apelación

La apoderada judicial de la **demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, formuló **recurso de apelación**, manifestando que, la actora se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual por decisión propia, como lo muestra su firma en los formularios de afiliación con los fondos privados demandados sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones, teniendo en cuenta que se trasladó de un fondo a otro, reafirmando su decisión de estar en el RAIS, es por esto que el fondo privado actual es quien debe resolver su situación pensional.

La disposición legal que ordena brindar una asesoría por escrito, no se encontraba vigente al momento en que la demandante realizó su traslado al régimen de ahorro individual.

La declaración injustificada de la ineficacia de traslado de un afiliado del RPM al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

La apoderada judicial de la **demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, presentó igualmente **recurso de apelación**, señalando que, existe ausencia en el análisis de la resolución del proceso, especialmente en el estudio del deber de información que recaía en cabeza de la entidad, bajo el entendido que la asesoría que se brindó a la actora fue suministrada de manera verbal y en virtud de que la obligación del deber de información nace en el ordenamiento jurídico solo a partir del año 2010, con lo cual las AFPs adquirieron la obligación de asesoría e información. Respecto a la obligación de informar las consecuencias del traslado, nace a la vida jurídica en el año 2015, es decir, que para el momento de la afiliación de la demandante con la AFP, que fue para el año 1995, no puede predicarse falta del deber de información como quiera que en ese momento no existía la obligación de hacerlo, además la actora dentro de las oportunidades legales no hizo uso del derecho de retracto de su afiliación al fondo administrado por la AFP y tampoco manifestó su deseo de regresar al RPM.

Respecto a la condena de trasladar todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, solicita que de persistir la condena revoque lo pertinente a los gastos de administración, teniendo en cuenta que, los gastos del traslado no se imponen en el aspecto de la nulidad, por lo cual debe respetarse que la destinación de estos aportes se encuentra consagrada en la ley, y abarca tres agentes económicos diferentes, la administradora para la gestión del ahorro pensional, el FOGAFIN como garante del estado respecto de los saldos acumulados en la cuenta de ahorro individual y, además, la compañía de seguros para los amparos de invalidez, muerte y sobrevivencia; es así que, estos corresponden a una contraprestación de la correcta gestión de administración desarrollada por la AFP, que ocasionó generación de rentabilidad y seguridad de los aportes de la actora, por tanto, fueron utilizadas además en el pago de las pólizas que cubre las contingencias mencionadas.

En este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que, el contrato de afiliación nunca existió, por ende la AFP nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo nunca se causaron y tampoco se debió cobrar la comisión, sin embargo, debe entenderse que, aunque se declare una ineficacia y se haga ficción que el contrato nunca existió; no puede desconocerse que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras que obtuvo la afiliada y que, son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, así las cosas si se aplicara en estricto sentido la teoría de nulidad de derecho privado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubiere generado, se llegaría a la conclusión que la afiliada debe devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP y esta última la comisión de administración a la afiliada, toda vez que, si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco debieron haber existido los rendimientos.

Si se ordena devolver a Colpensiones lo descontado por comisión, se estaría constituyendo un detrimento del patrimonio de la AFP,

vulnerándose el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada a una de las dos partes del contrato.

Solicita se declare probada la excepción de compensación, teniendo en cuenta que, si se declara la nulidad de la afiliación todo vuelve a su estado original, para lo cual los rendimientos que se hayan generado en favor de la demandante deben compensarse con los gastos de administración.

Finalmente, solicita se revoque la condena en costas y agencias en derecho, teniendo en cuenta los argumentos ya señalados.

La apoderada judicial de la **demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, formuló **recurso de apelación** parcial, solicitando que, la condena de realizar las devoluciones de los gastos de administración, debidamente indexados y a cargo del patrimonio de la AFP, se revoque esta condena, teniendo en cuenta que estos gastos de administración se encuentran debidamente autorizados por la ley y operan tanto para el régimen de ahorro individual como para el régimen de prima media. En los casos en que se declare nulidad o ineficacia de la afiliación, y se condene a hacer la devolución de lo que existe en la cuenta de ahorro individual de la demandante, únicamente es procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados por la buena gestión de la AFP, pero no es procedente que se ordene la devolución de lo que se descontó por comisión, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación de una buena gestión de administración, como lo es legalmente permitido para cualquier entidad financiera.

En las restituciones que hayan de hacerse los contratantes a efectos de este pronunciamiento, será cada cual responsable de las pérdidas de las especies o de su deterioro, de los intereses, frutos y el abono de mejoras, pues si la consecuencia de la ineficacia o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido,

debe entenderse que el contrato de afiliación nunca existió y por ende la AFP no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos de dicha cuenta no se causaron ni tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo, aunque se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió el contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, siendo el fruto o mejora de la afiliada los rendimientos de la cuenta de ahorro individual y, el fruto o mejora de la AFP, la comisión de administración, la cual debe conservar, si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la afiliada, teniendo en cuenta esto, si se condena a hacer devolución de los aportes que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante más los rendimientos financieros y adicionalmente los gastos de administración, se estaría frente a un cobro de lo no debido y enriquecimiento sin causa

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver los **recursos de apelación** interpuestos por las demandadas **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, la **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** y la **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, respecto de la sentencia proferida por la juez de primera instancia.

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

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

Hechos Probados

En el presente asunto no se encuentra en discusión que: **(i)** la actora, **LJILJANA KUZMANOVIC MERA**, se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces **ISS**, hoy **COLPENSIONES**, a partir del 27 de septiembre de 1994 (fl. 07 archivo 01 Expediente); **(ii)** más adelante, el **1º de octubre de 1995**, la actora se afilió con la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.** (fl. 10 contestación Protección S.A.), y finalmente, se trasladó a la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, desde el 1º de mayo de 2001 (fl. 65 contestación Porvenir S.A.); y, **(iii)** el 13 de noviembre de 2019, radicó ante COLPENSIONES, solicitud de traslado de Régimen, petición que fue negada (fls. 18 a 19 expediente).

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si: **I)** el traslado de régimen de la demandante es inválido habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliada en el **RAIS**; e igualmente analizar si resulta procedente: **II)** la ineficacia del traslado de régimen pensional toda vez que, la actora no ejerció su derecho al retracto; **III)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que la actora se ha ratificado a través de la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad todos estos años; **IV)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, la actora se encuentra a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional; y, **V)** el traslado de los gastos de administración, y demás emolumentos relacionados a la cuenta de ahorro individual de la afiliada, del RAIS al RPMPD, o en su defecto la compensación de ellos con los rendimientos financieros.

Análisis del Caso

Ineficacia de la Afiliación

El traslado, como acto jurídico en general, conlleva el presupuesto que el fondo respectivo debe brindar la información adecuada, completa,

veraz y oportuna sobre las consecuencias del acto que se va a realizar.

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

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

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

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

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

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

Tal razón justifica el contenido del artículo 3° del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a las personas afiliadas sobre la posibilidad de **retractarse**; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que *"...las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados (as) el derecho a retractarse..."* que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

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

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

sistema pensional.

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

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

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

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

Descendiendo al asunto de marras, se puede extraer de las documentales aportadas que, a partir del **1º de octubre de 1995** (fl. 10 contestación Protección S.A.), la demandante fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, luego se trasladó con la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, desde el 1º de mayo de 2001 (fl. 65 contestación Porvenir S.A.), donde se encuentra afiliada en la actualidad.

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que, al momento del respectivo traslado

de régimen o vinculación, las entidades Administradoras de Pensiones **Protección S.A.** y **Porvenir S.A.**, hayan cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de su permanencia en ella, a la demandante.

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

La única prueba con la que pretenden los fondos demandados, acreditar que cumplieron con el deber de información, es la copia de la solicitud de vinculación en la que reposa la leyenda "**VOLUNTAD DE AFILIACION**", que refiere que la escogencia de ese régimen lo hace de forma libre, espontánea, y sin presiones.

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

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

Ahora, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando a la afiliada le falta menos de 10 años para alcanzar

la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que sobre este tópico la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado de antaño y recientemente en las Sentencias **SL1452** radiado 6865; **SL 1688**; y, **SL 1689**, todas del 2019, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en donde recopiló toda su jurisprudencia sobre el tema y, al respecto sostuvo que:

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

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se radica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...”. (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

Considera ésta Sala, entonces que, es dable ordenar a **PORVENIR S.A.**, que proceda a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere

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

Como quiera que COLPENSIONES deberá actualizar la historia laboral de la actora, al momento de cumplirse la orden anterior, las administradoras de fondo de pensiones del RAIS, deberán indicar debidamente discriminados, los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, para lo cual se concederá el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, y, una vez recibidos tales valores, COLPENSIONES contará con el mismo término para actualizar y entregar a la actora su historia laboral, razón por la cual se adicionará la providencia de primera instancia.

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

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

En razón a lo vertido, y sin necesidad de más consideraciones, se confirmará la Sentencia apelada y consultada en lo atinente al traslado, pues la conclusión vertida de dejar sin validez el traslado de la demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se

entienda que la demandante ha mantenido su afiliación a dicho régimen hoy administrado por Colpensiones, junto con los beneficios que sean aplicables a su caso.

Costas

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

En ese orden, las **Costas** en esta instancia estarán a cargo de **COLPENSIONES, PROTECCION S.A.** y **PORVENIR S.A.**, por no haber salido avantes en sus recursos de apelación, incluyendo la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3'000.000) m/cte., como agencias en derecho a sufragarse por cada una de ellas.

Decisión

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIÓNASE la **Sentencia 498 del 1º de diciembre de 2021**, proferida por el **Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, así:

*“Las **Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS**, al momento de cumplir la orden impartida, deberán discriminar los*

conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, para lo cual se concede el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de su notificación, y, una vez recibidos, por la **Administradora Colombiana de Fondos de Pensiones – Colpensiones**, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar a la actora su historia laboral, por las razones aquí expuestas.”.

SEGUNDO: CONFÍRMASE, en todo lo demás, la **Sentencia 498 del 1º de diciembre de 2021**, proferida por el **Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali**, por las razones aquí expuestas

TERCERO: CONDÉNASE en Costas en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, y en favor de la demandante **LJILJANA KUZMANOVIC MERA**; liquídense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de esta instancia, la suma de **TRES MILLONES DE PESOS (\$3'000.000) m/cte.**, a sufragarse por cada una de ellas.

CUARTO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado que dictó la sentencia de primera instancia.

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

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente


CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ
Magistrada


ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada