



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

SENTENCIA 156

Aprobado mediante Acta del 12 de mayo de 2023

Proceso	Ordinario Laboral
C. U. I.	76001310500420210020401
Demandante	Marco Tulio Quintero Riomalo
Demandada	Colpensiones Colfondos SA. Porvenir SA.
Asunto	Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS
Decisión	Adiciona - Confirma
Magistrado Ponente	Álvaro Muñiz Afanador

En Santiago de Cali, Departamento del Valle del Cauca, el día cinco (05) de junio de dos mil veintitrés (2023), la Sala Tercera de Decisión Laboral, conformada por los magistrados Álvaro Muñiz Afanador, quien actúa como ponente, Elsy Alcira Segura Díaz y Jorge Eduardo Ramírez Amaya; obrando de conformidad con la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del CPTSS, procedemos a resolver el recurso de apelación de la sentencia 10 del 2 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por Liliana Salazar López contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones —Colpensiones, la Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA —Protección Y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA— Porvenir.

1. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro individual con Solidaridad; y en consecuencia, se ordene a Porvenir a devolver los aportes y

rendimientos debidamente indexados; adicionalmente, pretende la condena en costas.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que nació el 16 de octubre de 1959, que estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones desde el 22 de junio de 1983 hasta el 31 de mayo de 1994, época en la que se trasladó a Colfondos, en donde permaneció hasta el 2000, año en el que se pasó a Porvenir. También manifestó que el 13 de abril de 2021 radicó formulario de solicitud de traslado ante Colpensiones, petición resuelta negativamente por faltamente diez años o menos para cumplir la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.

Contó que mediante petición radicada el 26 de marzo de 2021, solicitó a Colfondos que le informaran sobre la asesoría que le brindaron al momento de efectuar el traslado, particular del que le informaron [...] *“El 14 de mayo de 1994, el señor Marco Tulio Quintero Riomalo firmó formulario de afiliación al fondo de pensiones obligatoria administrado por Colfondos S.A., como un traslado de régimen, el cual se hizo efectivo el 01 de junio del mismo año y finalizó el 29 de febrero de 2000, momento en que trasladó sus aportes a la AFP Colpatria hoy Porvenir, reiterando así su decisión de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).; dijo que presentó la misma petición a Porvenir, la que a la presentación de la demanda no había sido resuelta.*

Afirmó que al momento en que se cambió de régimen no le proporcionaron la suficiente información acerca de los términos y condiciones en las que podría acceder al derecho a la pensión de vejez, así como no se le informó de cuánto iba hacer el monto de su pensión o se le suministró una proyección de la misma, asegurando que «el engaño no se produce solamente, no por lo que se dice, sino por lo que se oculta».

2. CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDADAS

Las entidades demandadas se opusieron a las pretensiones; y sobre los hechos Colpensiones afirmó que el traslado que realizó el actor fue libre y voluntario sin acreditarse dentro del plenario prueba que acredite un error o vicio del consentimiento; adicional a lo anterior que no hay lugar a acceder a la ineficacia propuesta por encontrarse el afiliado inmerso dentro de la limitación del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y 1 del Decreto 3800 de 2003. Por último dijo que no se había agotado la reclamación administrativa.

En su defensa propuso las excepciones de el traslado del demandante obedeció a su decisión libre y voluntaria y por tanto esta revestido de legalidad y eficacia, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, la innominada, buena fe, compensación, imposibilidad de condena simultanea de indexación e intereses moratorios, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, proporcionalidad, ponderación, violación al principio constitucional de sostenibilidad del sistema, validez de la afiliación al RAIS y no declaratoria de nulidad.

Por su parte, Colfondos se negó a que se declare la ineficacia de la afiliación, en razón que las pretensiones carecen de fundamento fáctico y jurídico, toda vez que en el momento del acto brindó una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz, enfatizando en las consecuencias que produciría el traslado, por lo tanto, afirmó que no existió omisión de información y mucho menos una indebida o equivocada asesoría; adicional asegura que al actor se le manifestó la opción de retracto con la que cuentan todos los afiliados, para que pueden decidir cual régimen es mas conveniente a su caso, y que con la firma en el formulario de afiliación se exteriorizó la voluntad de estar en la AFP.

Por último, dijo que no se podría condenar a la devolución de todos los aportes cotizados con su respectivo rendimiento, el pago de prima previsional, el cobro de la asesoría y la comisión por el manejo de aportes obligatorios, descuentos permitidos por consagración legal «*artículo 60 de la ley 100 de 1993*».

Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Por último, Porvenir presentó oposición respecto de las pretensiones que pretendan hacer recaer en su contra consecuencia jurídica o económica, argumentando que el demandante no allegó prueba sumaria que sustente la ineficacia de la afiliación, por lo tanto no es viable su reconocimiento, debiéndose

entender que se encuentra válidamente afiliado al RAIS; la AFP aseguró que no incumplió con ningún deber profesional. Propuso 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.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia 87 del 20 de abril de 2022, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A., y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, por las razones esgrimidas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor MARCO TULIO QUINTERO realizada en el SOCIEDAD ADMINISTRADORA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS e igualmente se declara la ineficacia de la afiliación realizada en PORVENIR S.A.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por el demandante señor MARCO TULIO QUINTERO, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo ello debidamente indexado y a cargo de su propio patrimonio.

CUARTO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, que proceda a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, las comisiones y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo ello debidamente indexado y a cargo de su propio patrimonio del periodo en el cual estuvo afiliado el señor MARCO TULIO QUINTERO en dicha administradora.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que proceda a recibir por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la totalidad de lo ahorrado por el demandante señor MARCO TULIO QUINTERO en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima todo debidamente indexado y a cargo de su propio patrimonio; ordenando también a COLPENSIONES que afilie nuevamente al demandante en dicha entidad sin solución de continuidad ni imponiéndole cargas adicionales conservando para ese efecto, todos sus derechos y

garantías, que tenía en el régimen de prima media con prestación definida, antes de efectuarse el traslado al Régimen de Ahorro Individual.

SEXTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que proceda a recibir por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo ello debidamente indexado y a cargo de su propio patrimonio del periodo en el cual estuvo afiliado el señor MARCO TULLIO QUINTERO en dichas administradoras.

(Negrillas retiradas del texto)

Lo anterior, basado en que el demandante no recibió una debida asesoría sobre las consecuencias del traslado de régimen por parte de las entidades demandadas en el momento de efectuarse el mismo.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir interpuso y sustentó el recurso de apelación frente a las condenas, argumentando que siempre actuó de buena fe en la relación del traslado horizontal que realizó el actor de forma libre, voluntaria y consciente, pues así quedó plasmado en el formulario de afiliación, aclaró que aunque se desconoce la asesoría que brindó Colfondos, cuando se realizó el traslado horizontal a Colpatria, hoy Porvenir, se cumplió con las obligaciones impuestas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

Por otra parte, se asegura que la presente reclamación de ineficacia se realizó principalmente por el carácter económico que tendría si lograra alcanzar la pensión de vejez en Colpensiones, y no por una indebida asesoría como lo plasmó en el líbello genitor. Aseguró que lo que se está debatiendo en esta oportunidad no es la causación del derecho pensional, sino el acto del traslado al RAIS, última situación que diferente a la primera puede ser afectada por la prescripción.

Agregó, que la declaración de la ineficacia no solo está ordenando devolver los saldos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual sino también la suma por concepto de rendimientos, pero al declararse la ineficacia se entiende que el vínculo nunca existió y sus dineros nunca ingresaron al fondo privado y en tanto no generaron ningún tipo de rendimientos; respecto a los bonos pensionales dijo que la obligación de expedición está en cabeza de quien debe emitirlo; frente a las comisiones y gastos de administración dice no tener que ordenarse su devolución,

toda vez que ellos son reconocidos por la debida gestión que hace el fondo con el dinero del afiliado; por último, frente a la prima previsional dijo ser una suma que no se encuentran en su poder, por haber sido causados y su retracto es imposible material y jurídicamente.

Por su parte, Colpensiones sustentó su recurso frente a la sentencia proferida en razón de que el señor Quintero se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, escogencia que fue voluntaria; que por su lado Colpensiones no podía hacer otra cosa que respetar la decisión de su afiliado al momento de solicitar el traslado y asumir los mandatos de la Ley; dijo que no aceptó la solicitud del accionante porque le faltaban menos de 10 años para cumplir con los requisitos para alcanzar la pensión de vejez; conforme a ello solicitó revocar las condenas principales y accesorias que le pudieran afectar.

Por último, Colfondos presentó y argumentó el recurso donde solicitó que se revoque las condena frente a los gastos de administración y las demás accesorias, ya que el demandante se encuentra afiliado a Porvenir, fondo en el que hizo uso de sus facultades legales, y en razón al traslado a aquel trasladó todos los dineros correspondientes a Porvenir, sin embargo se debe tener en cuenta que los gastos de administración ya fueron pagados y están ceñidos a la constitución y a lo contemplado en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, donde se le da la facultad a los fondos a cobrar el manejo de aportes que realizan en las administradoras; razón por la cual no procede su devolución. Solicitó su absolución en las condenas impuestas, en especial a las costas.

5. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

La competencia de esta corporación está dada por el grado jurisdiccional de consulta, conforme a lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe 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 a los puntos objeto de recursos, será implícitamente resuelto por vía de la primera.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Este despacho judicial, a través de auto, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, quienes no lo hicieron dentro de la oportunidad procesal tal como se observa en el expediente.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala determinará si procede la declaratoria de ineficacia del traslado del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Colfondos SA, y si procede la condena en costas a cargo de Colpensiones y Porvenir SA.

Así las cosas, la Sala partirá de los criterios fijados en la sentencia CSJ 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 redefinió la naturaleza de la sanción jurídica que procede cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales; en ese sentido, expresó:

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.

Ahora bien, en cuanto a los aspectos fundamentales para tener en cuenta en el análisis jurídico del caso, se tiene que, frente al traslado de régimen, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 enuncia: «Los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el Gobierno Nacional». No obstante, dicho aparte fue modificado por el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que expresa:

Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

En síntesis, 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 faltan diez años o menos para cumplir la edad que le otorga el derecho a la pensión, si su traslado se produce a partir del año 2004.

Por lo anterior, en el caso particular de la parte demandante, se observa que para la fecha de traslado del ISS a la AFP 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.

En referencia al deber de información, dijo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1688-2019:

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus

*beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).
[...]*

Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Sobre las notas esenciales del deber de información, dijo la misma corporación:

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

Así mismo, en cuanto al alcance del deber de asesoría y buen consejo, expresó:

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

La parte demandante alega que el fondo omitió el deber profesional y legal que le asistía de brindar información clara, completa, suficiente y detallada sobre las

consecuencias de traslado de régimen, pues no se demostró tal supuesto; la Sala determinará si ello es cierto.

Al respecto se advierte que el demandante suscribió formato de «*SOLICITUD DE VINCULACIÓN*» con Colfondos SA, documentos de los cuales se corrobora en principio 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 por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo señaló en sentencias CSJ SL 1688-2019.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Frente al particular, la sentencia CSJ SL 4426-2019, expuso:

“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”

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 sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, 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 de Colfondos, 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 surtidas en su momento por Porvenir de quien no se debe

establecer la existencia de la omisión en el deber de información, pues no fue a ella a quien le 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, los fondos indicados, solo tendría la obligación ante una afiliación deficitaria de trasladar los aportes del RAIS al RPM. Sin embargo, no puede pasar por alto este Tribunal que los fondos privados antes mencionados, deberán devolver el porcentaje por concepto de gastos de administración, de garantía de pensión mínima y demás emolumentos que surgieron durante el periodo en el que administraron la cuenta individual de la parte demandante.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, es claro que, para la fecha del traslado del demandante, 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 la decisión.

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 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.

Ahora bien, el reproche de las demandadas se centra en que no se debe acceder a la ineficacia del traslado; al respecto, ha de advertirse que, en numerosa jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, se ha concluido que ningún argumento es válido para pretender que se denieguen las pretensiones, ello por cuanto desestima que el eje central en este tipo de situaciones, es determinar si al momento de la afiliación o traslado de régimen la persona contaba con la información completa, clara, concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación.

Ha de resaltar la corporación que el deber de información se encuentra en cabeza de los fondos de pensión, debido a que deben ilustrar sobre los pormenores, sobre las formas de pensionarse en el RAIS, el monto que debe acumular en la

cuenta de ahorro individual, y este aspecto no se encuentra demostrado en el presente caso.

Además, tal como lo explica la Alta Corporación, *ese deber de información ha cobrado mayor exigencia con el paso de los años y para ello se han identificado tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante*. Lo que conlleva a inferir, que para el momento en que el demandante se trasladó de fondo, esto es, año 1994, ya existía la obligación para los fondos de brindar la información completa a sus usuarios. (Ver sentencia SL 1055 de 2022).

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 y 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 Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1688-2019, que dice:

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 SL3349-2021, 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 del fondo de pensiones, 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 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.

Se advierte, que frente al tema de los gastos de administración, estos se encuentran a cargo de la demandada Porvenir SA., según lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1421-2019, en la que reitera las providencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, que a su vez rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, adoctrinó:

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 CSJ 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 de los valores cobrados por los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, junto con los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, regulada el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, al considerar que desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los recursos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, razón por la que se adicionara el numeral tercero de la sentencia, en ese sentido.

Frente a la configuración de la prescripción, la misma sentencia de la CSJ, la SL1688-2019, señala:

[...] la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.

Dicho de otro modo: no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración. De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.

Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de «ineficacia», en la medida que dicha consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

Por ende, es preciso advertir, que, frente a las solicitudes de ineficacia de traslado, se analiza en sentido estricto y no sustancial, como lo ha señalado la alta corporación en variada jurisprudencia, tales como CSJ SL4608 de 2021, entre otras.

Ahora, frente el tema de la edad como requisito exigible que impide el traslado, resulta imperioso precisar, que conforme lo ha ilustrado la sala, no hay lugar a su prosperidad, teniendo en cuenta que el tema en sí mismo, es la falta al deber de información o mejor, la omisión en la que incurren los fondos al momento de realizar el traslado de cada uno de sus afiliados.

Así mismo, respecto del derecho de retracto, es menester precisar, que esta es una obligación en cabeza de los fondos de pensión, esto, conforme lo establece el artículo 3.º del Decreto 1661 de 1994, por ende, así los fondos cumplan con esta gestión, no se puede pasar por alto, que lo que se evidencia en el presente caso es que al momento de la afiliación —previo al retracto— se omitió brindar información transparente, clara, precisa, completa a la afiliada, para que tuviera un panorama del manejo de cada uno de los regímenes y así, pudiera tomar una decisión y determinar en cuál de los regímenes le resultaba en aquella época más favorable.

Por todo lo expuesto hasta ahora, 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 también 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, advirtiendo además que dicha obligación debe cumplirse dentro del término máximo e improrrogable de treinta (30) días hábiles, y, una vez recibidos tales valores, Colpensiones contará con el mismo término para actualizar y entregar a la actora su historia laboral.

Por último, frente a la censura de la condena en costas, la Sala precisa que conforme lo plasmado en la contestación de la demanda de Colpensiones, esto es, que se opone a las pretensiones, argumentando que no tuvo injerencia en el traslado realizado por el demandante, hay oposición manifiesta y respecto a las pretensiones se genera una tensión procesal, por lo que según lo preceptuado por los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión según lo establecido en el artículo 145 del CPTSS, da lugar a condenar en costas, por lo que se confirmará la sentencia en este aspecto.

En esta instancia también se causaron al no resultar próspero el recurso de apelación propuesto por la demandada, razón por la que se ordenará fijar las agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV a cargo de Colpensiones, Porvenir y Colfondos, y en favor del demandante.

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

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

RESUELVE:

Primero: ADICIONAR la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de ORDENAR a los fondos privados, que en el momento de cumplir la orden impartida de traslado de todos los rubros de la demandante, deberá 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 les concede el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de su notificación, y una vez recibidos, por Colpensiones, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar a la demandante su historia laboral.

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

tercero. COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir y Colfondos y en favor de la demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de 1 salarios mínimos legales mensuales vigentes. A cargo de cada una de las entidades

Cuarto. Por la secretaría de la Sala Laboral, notifíquese esta sentencia por edicto a las partes y demás intervinientes, conforme a las directrices trazadas por Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el auto AL2550-2021 del 23 de junio de 2021, rad 89628 y, en la STP3384-2022.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÁLVARO MUÑOZ AFANADOR
Magistrado Ponente



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada



JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado

Para consulta, acceso al expediente:
[ORD 76001310500420210020401](http://ORD.76001310500420210020401)