



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

SENTENCIA 187

Aprobado mediante Acta del 9 de junio de 2023

Proceso	Ordinario Laboral
Competencia Tribunal	Apelación – Grado Jurisdiccional de Consulta
C. U. I.	760013105004202000400-01
Demandante	MARIA FERNANDA MOLINA ARANA
Demandada	COLPENSIONES PROTECCIÓN 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 treinta (30) 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, adopta la decisión con el fin de dictar sentencia dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, que se traduce en los siguientes términos:

AUTO

En atención al memorial poder allegado al expediente, se reconoce personería adjetiva al abogado Walter Arley Rincón Quintero quien se identifica con T.P. 333.284 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en representación de Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

1. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la «ineficacia de la afiliación» del Régimen de Prima Media con Prestación Definida — RPMPD— al de Ahorro Individual con Solidaridad —RAIS—; en consecuencia, se ordene a Porvenir a trasladar a Colpensiones, los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, junto con los bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, intereses, gastos de administración, comisiones y porcentajes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, primas y seguros previsionales.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que estuvo vinculada al ISS desde junio de 1986 hasta agosto de 1997, cuando se traslado a Colmena, que aquella entidad paso a ser parte de la AFP Santander, luego a la ING, y por último se fusionó con Protección; que en diciembre de 1999 se trasladó a Porvenir. Manifestó que en la primera vinculación que tuvo con el RAIS el asesor solo le indicó que el ISS se iba acabar, junto con los beneficios que tenía pertenecer a aquel régimen, mismos argumentos que le puso de presente Porvenir, sin habersele informado las desventajas de la decisión que estaba tomando; que solicitó a los fondos privados la documentación que acreditaran la asesoría brindada, quienes informaron que habían cumplido con la obligación que sobre dicho fin contemplaba el Decreto 720 de 1994.

Contó que en agosto de 2019, solicitó a Porvenir proyección de la mesada pensional que se le otorgaría, indicándosele que esta ascendería a

\$1.018.800, considerando que esta suma es inferior a la que le hubiera correspondido de seguir vinculada al RPMPD; razón por la cual solicitó nuevamente la vinculación a el último, petición que fue despachada desfavorablemente por contar con diez años o menos para cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Las demandadas se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, Colpensiones con el argumento que la Ley 100 de 1993 establece dos regímenes pensionales, los cuales cuentan con condiciones propias que lo permiten ser beneficioso a los intereses de ciertas personas, razón por la que es el afiliado quien cuenta con la potestad de escoger libremente el régimen al cual quiere pertenecer; aclaró que en la época del traslado el ISS no tuvo inferencia alguna en el acto del cual se pretender su nulidad. Por último, señaló que no era posible volver a aceptar al actor al régimen que representa por encontrarse muy cerca de acreditar los requisitos para acceder al derecho pensional, situación que prevé la Corte Constitucional a fin de evitar la descapitalización del Sistema General de Pensiones.

Propuso como excepciones la de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido y la innominada.

Por su parte, Porvenir indicó que la actora dentro del plenario no acreditó las razones que soportaran porque se debía acceder a la ineficacia de la afiliación; por otra parte, dijo que no era procedente retornar los dineros descontados por la debida gestión que realizó, toda vez que aquellos generaron rendimientos significativos; y que con las sumas previsionales de la aseguradora aun cuando no se usaron se ampararon los riesgos de invalidez y muerte. Aclarando que dichos descuentos están habilitados para los dos regímenes pensionales existentes y que no es un rubro destinado para la construcción de la prestación pensional de vejez.

Presento como excepciones la 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.

A su turno, Protección manifestó que la selección de régimen pensional lo realiza de manera libre, espontánea y sin presiones el afiliado, adicional que los fondos pensionales privados cumplieron con los requisitos legales brindándole a la actora una asesoría profesional y completa respecto de las ventajas y desventajas que se pudieran ocasionar por el cambio de régimen pensional; aclarando que no es procedente que después de 23 años se pretenda hacer ver una ausencia de información al momento de la afiliación.

Como excepciones presento la validez del traslado de la actora al RAIS, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, ratificación de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, compensación, buena fe de la entidad demandada administradora de fondos de pensiones y cesantía Protección SA y la innominada o genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia 135 del 23 de mayo de 2022, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas por las razones esgrimidas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante, señora MARIA FERNANDA MOLINA ARANA realizada en COLMENA, hoy FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. e igualmente se declara la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante en el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. En consecuencia, se declara que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por lo tanto siempre permaneció en el Régimen de Prima media con Prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la demandante, señora MARIA FERNANDA MOLINA ARANA en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bonos pensionales si los hay. Así como los 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 DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los 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, del periodo en el cual estuvo afiliada la demandante, señora MARIA FERNANDA MOLINA ARANA, en dicha administradora.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que reciba de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS – PORVENIR S.A la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bonos pensionales si los hay. Así como los 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, ordenando a COLPENSIONES que no le ponga cargas adicionales, ni solución de continuidad para efectos de la afiliación nuevamente en dicha entidad conservando así para todos los efectos la demandante sus derechos y garantías que tenía en el Régimen de Prima media con Prestación definida, antes de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual.

SEXTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que reciba de la SOCIEDAD

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS – PROTECCIÓN S.A los 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 del periodo en el cual estuvo afiliada la señora MARIA FERNANDA MOLINA ARANA en dicha administradora.

SÉPTIMO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS – PORVENIR S.A. que restituya los dineros al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO que por concepto de bono pensional fueron redimidos y emitidos por esta última entidad y que se encuentra en la cuenta de ahorro individual de la señora MARIA FERNANDA MOLINA ARANA debidamente indexados.

OCTAVO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta [...] (Se retiran las negrillas del texto original)

Lo anterior, basada en que la demandante no recibió una debida asesoría sobre las consecuencias del traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad por parte de las entidades demandadas en el momento de efectuarse el mismo.

3. RECURSOS DE APELACIÓN

Protección manifiesta su inconformidad parcial respecto de la sentencia de primer grado, mostrando su descontento con la condena de devolver los gastos de administración, la suma destinada para los seguros previsionales y la que cubre la garantía de pensión mínima, lo cual considera improcedente, toda vez que su actuar fue de buena fe y se ciñó a la constitución y la ley; adicional a lo anterior, indicó que los descuentos de dichos conceptos esta establecido en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993.

Por otra parte, recordó que la consecuencia jurídica de la ineficacia del traslado es retornar todo al estado anterior del acto, lo que permite concluir que el fondo privado nunca tuvo la obligación de administrar los dineros del afiliado, y en tanto no se hubieran producido los rendimientos,

razón por la cual los gastos de administración no debe ser devueltos, pues aseguró se estaría presentado un enriquecimiento sin justa causa, por ordenarse la devolución de los rendimientos sin cancelar valor alguno por la administración de los aportar que los acrecentaron.

Por su parte, Porvenir inconforme con la decisión de primer grado, señaló que no es procedente declara la nulidad de la afiliación, toda vez que cuando la afiliada se trasladó, el fondo cumplió con el deber de información que tenía, brindándole la información (características, condiciones de acceso y limitaciones de los regímenes pensionales) que la actora necesitaba para tomar una decisión consiente de las implicaciones que tenia el cambio de régimen pensional, resaltando que para la época del traslado no existía la obligación de dejar constancia escrita de la asesoría que se le brinda a los afiliados.

Aseguró que adicional a la información que se le fue suministrada por parte del fondo, la afiliada tenía la obligación de absolver ante el fondo las dudas que se le presentaran, pero nunca se evidenció que esto se hubiera presentado, debiéndose entender que dichos interrogantes no se tuvieron por la suficiente información dada.

Al igual que Protección, resaltó que de entenderse que el acto de traslado fue nulo, el fondo privado no hubiera tenido la obligación de administrar los dineros depositados por el afiliado a la cuenta de ahorro individual y en tanto sería improcedente la devolución de los rendimientos con aquella administración obtenidos; en cuanto a los gastos de administración dice que esta devolución es improcedente si se tiene en cuenta las reglas de las restituciones mutuas, y que su descuento es de carácter legal y es por igual para los dos regímenes.

Por último, señaló que debe operar el fenómeno prescriptivo, por no estarse buscando el reconocimiento de la prestación pensional sino la ineficacia del traslado, último que no esta excepto el término trienal.

Colpensiones, a su turno dijo que la selección del régimen pensional lo realizó el afiliado por escrito, a través del formulario de afiliación, y que con aquella vinculación se entienden que conocía de las ventajas y desventajas del mismo.

Que no se puede pasar por alto, que el actor permaneció a distintos fondos pensionales lo que exterioriza su intención de permanencia en el RAIS, sin observarse la configuración de los vicios del consentimiento alegados y por los cuales se pretende acreditar una nulidad de la afiliación.

4. 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, serán implícitamente resueltos por vía de la primera.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Este despacho judicial, a través de auto, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Estando dentro de la oportunidad procesal, la parte demandada Porvenir y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentaron escrito de alegatos. Por su lado, las demás partes no presentaron los mismos, dentro del término concedido, tal como se observa en el expediente.

Es así, que se tienen atendidos los alegatos de conclusión presentados en esta instancia.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala determinará si procede la declaratoria de ineficacia del traslado del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Colmena SA, hoy Protección.

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

falten 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, señaló 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 la parte actora suscribió formato de «*SOLICITUD DE VINCULACIÓN*» con Colmena, 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 SL4426-2019 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 Protección cuando asumió las obligaciones de Colfondos o de Porvenir de quienes 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 que tenga algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Ahora bien, el reproche de los fondo demandados 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 1997, ya existía la obligación para los fondos de brindar la información completa a sus usuarios. (Ver sentencia CSJ 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, ya enunciada:

En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

La anterior situación fue reiterada en la sentencia CSJ 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 los fondos privados, 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 la sentencia CSJ SL2601-2021 en la que se rememora la 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 cada fondo privado debe retornar la parte descontada durante el tiempo que el afiliado estuvo vinculada a ella.

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.

De lo anterior, es claro e inequívoco que el afiliado al fondo de pensiones puede en cualquier tiempo solicitar la declaratoria de la ineficacia de la afiliación y en tanto los efectos que ello genera, sin encontrarse soporte para concluir que los dineros recibidos por parte de los fondos privados por conceptos de comisiones o cuotas de administración se ven afectados por el fenómeno trienal prescriptivo, dispuesto en la legislación laboral.

Ahora, frente a 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.

En relación con el punto de censura que causa inconformismo a la parte demandada, esta colegiatura no desconoce que la jurisprudencia es un criterio auxiliar; no obstante, el tema analizado de la ineficacia de traslado, surge porque no se encontró acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, que regulan el traslado de régimen.

Se confirman las costas de primera instancia. En esta instancia también se causaron al no resultar prósperos los recursos de apelación propuesto por las demandadas, razón por la que se ordenará fijar las agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV a cargo de Colpensiones, Protección y Porvenir SA, y en favor de la demandante.

Todo lo anterior, atendiendo al principio de libre formación del convencimiento, conforme lo establece el artículo 61 del CPTSS, y los múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencias CSJ SL802 de 2021, CSJ SL858 de 2021, CSJ512 de 2021, entre otras.

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 135 del 23 de mayo de 2022 dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, 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, Protección S.A. y Porvenir 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 señaladas.

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.

No siendo otro el objeto de la presente, se cierra y se suscribe en constancia por quien en ella intervinieran, con firma escaneada, por salubridad pública conforme lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÁLVARO MUNIZ AFANADOR
Magistrado Ponente



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada



JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado

Para consulta, acceso al expediente:

[ORD 76001310500420200040001](http://ORD76001310500420200040001)