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

SENTENCIA 335

Aprobado mediante Acta del 03 de noviembre de 2023

Proceso	Ordinario Laboral
Competencia Tribunal	Apelación – Grado Jurisdiccional de Consulta
C. U. I.	76001310501920210026 6-01
Demandante	MARTHA EUGENIA ARGUELLO SISA
Demandada	COLPENSIONES PORVENIR S.A. SKANDIA S.A. PROTECCIÓN S.A. COLFONDOS
Llamada en garantía	Mafre Colombia Vida Seguros 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, a los veintisiete (27) días de noviembre 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:

1. ANTECEDENTES

Martha Eugenia Arguello Sisa pretende que se declare la «nulidad y/o la ineficacia del traslado» del Régimen de Prima Media con Prestación Definida —RPMPD— al de Ahorro Individual con Solidaridad —RAIS—; en consecuencia, se ordene a Skandia a que se trasladen a Colpensiones los aportes efectuados junto con los rendimientos, y a asumir las diferencias a que haya lugar.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que nació el 9 de febrero d e1965 que se vinculó al ISS en agosto de 1986 en donde permaneció hasta noviembre de 1998, cuando se traslado a Porvenir SA; aseguró que tomó dicha decisión después de que el asesor del fondo indicado le manifestara que tendría una pensión superior que la que podría llegar a recibir en el RPMPD, oportunidad en que no se le realizó una proyección pensional ni se le explicaron las condiciones del traslado, con lo que la AFP incumplió con el deber legal de proporcionar a los afiliados información veraz y completa respecto de las consecuencias negativas que tendría con el traslado al RAIS.

Recordó que luego de ello, se vinculó a Colfondos, Protección y Skandia, último en el que al solicitar asesoría sobre su estado pensional, se le indicó que a los 57 años, tendría la posibilidad de acceder a la garantía mínima de pensión.

Por último manifestó que solicitó al traslado a Colpensiones, el cual fue negado por encontrarse a diez años o menos de cumplir con la edad mínima para poder acceder al derecho pensional.

Los fondos demandados se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, bajo los argumentos que se expondrán a continuación:

Protección indicó que el traslado que realizó la actora fue en cumplimiento y el lleno de los requisitos legales, por ende la selección del régimen, fue libre, espontáneo y sin presiones. Dijo que la reclamante no era beneficiaria del régimen de transición, que dentro de las oportunidades legales no manifestó su deseo de retracto.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, 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 declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, compensación, buena fe de la entidad demandada sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías Protección SA y la innominada o genérica.

Porvenir expuso que no hay lugar a acceder a la ineficacia solicitada, en la medida que no se demostró causal de nulidad o ineficacia que invalide la afiliación voluntaria de la demandante al RAIS.

Presento como excepciones de fondo 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.

Skandia dijo que de con la prueba documental obrante en el expediente, se logra acreditar que la voluntad de la afiliada estuvo encaminada a permanecer en el RAIS y consolidar en este su derecho pensional, teniendo en cuenta la afiliación inicial y los múltiples traslados efectuados entre administradoras privadas.

Como excepciones propuso la prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de

la obligación. Llamó en garantía a Mafre Colombia Vida Seguros SA, quien al pronunciarse se opuso a la prosperidad de las pretensiones del líbelo genitor y del llamamiento en garantía.

Colpensiones señaló que la escogencia del fondo de pensiones es una atribución exclusiva del afiliado, quien la realizó de manera libre y voluntaria, por lo que debe la actora entenderse válidamente afiliada al RAIS, siendo el fondo que administra aquel el encargado de resolver la situación pensional de la demandante.

Manifestó que no es posible recibir a la afiliada al régimen que administra, toda vez que no se acreditó dentro del proceso la pérdida del tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legitima ocasionada por la decisión del traslado.

Propuso como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación, carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, la innominada, buena fe, compensación y la genérica.

Colfondos no se opuso a la prosperidad de las pretensiones por no estar dirigida en su contra, a excepción de las costas indicando que estas eran procedentes de prosperar los pedimentos.

Como medios exceptivos trajo la inexistencia de la obligación, cobreo de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación, pago petición antes de tiempo, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y la innominada o genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia 136 del 30 de septiembre de 2022, dispuso:

> PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS S.A; SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A; SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A; SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A; Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES EICE., frente a las Pretensiones encaminadas a la Ineficacia del Traslado.
>
> SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de "Inexistencia De Obligación Indemnizatoria O De Cualquier Otra Índole A Cargo De Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.", respecto de las pretensiones incoadas en contra de Mapfre Colombia Vida Seguros S A y ABSOLVERLA de cualquier clase de condena.
>
> TERCERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de Martha Eugenia Arguello Sisa acaecido el 22 de enero de 1997 retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.
>
> CUARTO: CONDENAR a la SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A que en el término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de esta providencia proceda a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante de condiciones civiles conocidas en este proceso, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, y -bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos-, los valores utilizados y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993; también a devolver el porcentaje por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora permaneció como su afiliada en el RAIS, obligación que se hace

extensiva, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A y Colfondos S.A Pensiones Y Cesantías S.A, de forma proporcional al tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dichas AFP.

QUINTO: ORDENAR que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de Martha Eugenia Arguello Sisa de condiciones civiles conocidas en el plenario, siempre que se cumple las condiciones referentes al traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, referidas en el numeral anterior, y que en el término no mayor a quince días (15) expida una historia laboral actualizada y sin inconsistencia en la que reposen las cotizaciones efectuadas al RAIS como las cotizadas a RPM siempre que se hayan aportado en debida forma.

SEXTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de la condena en costas en su contra.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A y Colfondos S.A Pensiones Y Cesantías S.A. u Skandia Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías S.A, por haber sido vencida en juicio fijando la suma de (1/2 smmlv) como agencias en derecho.

Costas a cargo de cada una de ellas y en favor de la parte demandante. En el caso particular de Skandia Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías S también se le fijará la suma (1 smmlv) en favor de la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. por los motivos expuestos previamente.

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

Porvenir, Protección y Skandia presentaron recurso de apelación, exponiendo los argumentos que a continuación se señalan:

Provenir se opuso a la sentencia del *a quo* argumentando que cumplió con el deber de información que tenía al momento del traslado, asesoría que se realizó de manera verbal, lo cual era posible conforme las cargas de la época en la que se realizó el traslado; adicional, que para ese entonces no le era posible conocer la mesada pensional que le correspondería a la afiliada, teniendo en cuenta que este calculo depende de variable que para ese momento se desconocían.

También resaltó que la actora realizó varios traslados entre los fondos privados, lo que permite inferir que la actora conocía los términos y las condiciones del régimen.

Dijo que no era procedente devolver los conceptos de gastos de administración, dado que durante el tiempo que la actora permaneció con ella vinculada se realizó una debida destinación a los recursos generado los rendimientos; además, que este se trata de un descuento permitido por la ley y fue destinado para su fin; en tanto, la orden impartida no se ajusta al concepto de restituciones mutuas, por cuanto no se podría ordenar la devolución de los dos valores, pues de hacerlo se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa; por último, advirtió que este concepto no esta destinado a financiar la pensión. Dijo que tampoco habría lugar a devolver la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima ni el de seguro previsional, por ser dineros que ya cumplieron con su destinación.

Argumentó que tampoco hay lugar a ordenar la indexación, pues dicha figura lo que busca es evitar la perdida del valor del dinero en el tiempo, lo que en el presente caso se repara con los rendimientos alcanzados ante el debido manejo de los recursos. Manifestó que ante la

presente acción procede el fenómeno prescriptivo, por lo que debía absolverse de las pretensiones incoadas en su contra.

Protección pidió se le revoque la condena de devolver los gastos de administración, dado que su descuento aplica para el RPMPD y RAIS por mandato legal, como contraprestación al debido manejo que se le realizó por parte del fondo privado a los aportes del afiliado, por lo que ordenarse su retorno se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa.

Skandia a su turno, indicó que como fondo de pensiones no tenía obligación de brindar a la actora la información al momento del traslado, por este haberse realizado con Porvenir SA; obligación que aseguró cumplir al momento del traslado horizontal que la actora adelantó con ella, trámite que se hizo de manera libre y voluntaria tras surtir la información que correspondía, conforme las obligaciones de la época, obligación que también aseguró recae en la actora quien debía buscar información sobre las ventajas y desventajas que tendría al momento de cambiarse de régimen pensional.

Por otra parte, señaló que la inconformidad de la actora es el cálculo aritmético realizado sobre lo que le correspondería por mesada pensional en uno y otro régimen, debiéndose tener que aquella diferencia obedece a las características propias de cada régimen.

Por último, indicó que los descuentos de gastos de administración y las sumas destinadas al fondo de seguros previsional, operan por mandato legal y ya fueron empleadas conforme la destinación establecida, en tanto, al ordenarse su devolución se estaría configurando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones.

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 los recursos, serán implícitamente resueltos por vía de la primera.

5. 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 demandante y los demandados Colfondos, Mapfre, Colpensiones, Skandia y Porvenir 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.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala determinará si procede la declaratoria de ineficacia del traslado del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por 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 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, se observa que la afiliación que realizó la parte demandante ante la AFP se efectuó dentro de los límites temporales establecidos por la norma vigente para esa calenda 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 alegó 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 Porvenir, 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 se ha sostenido en las sentencias CSJ SL1113-2023 CSJ SL5292-2021 y CSJ SL3708-2021, en las que se memoró la CSJ SL1688-2019, en la que puntualmente se dijo:

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 Porvenir, 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 Colfondos, Skandia y Protección 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, toda vez que la ineficacia se analiza frente al acto mismo del traslado, siendo este un hecho aislado de los beneficios de transición que pudiera llegar a tener un afiliado. Así se expuso igualmente en la decisión CSJ SL5595-2021:

> *La Sala ha sido reiterativa en señalar que, ni la jurisprudencia desarrollada por la Corporación y, mucho menos el ordenamiento jurídico laboral y de la seguridad social prevén como requisito para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado que el afiliado al momento del cambio de régimen pensional fuese beneficiario del régimen de transición, tuviese un derecho consolidado o una expectativa legítima, por el contrario se ha estimado que para que resulte viable la referida declaratoria lo que se exige es que la administradora de pensiones hubiese faltado a su deber de información ya que «el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad*

informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL3719-2021), todo ello por cuanto «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4025-2021), de manera que el Tribunal se equivocó al señalar que al presente asunto no resultaba aplicable las reglas jurisprudenciales desarrolladas por esta Corporación en torno a la ineficacia del traslado, pues como quedó visto, las situaciones fácticas echadas de menos por ese juzgador no resultan ser un presupuesto esencial para que puedan aplicarse los lineamientos de la Sala en relación con la ineficacia pretendida en el sub judice.

Ahora bien, el reproche de los fondos de pensiones 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 esta 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 cada régimen, el monto que debe acumular en la cuenta de ahorro individual, y demás particularidades del RAIS; aspectos que 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 1998, 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 cada fondo de pensiones administrador del RAIS, 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 Corte Suprema de Justicia 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.

Frente a la configuración de la prescripción, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria se refirió sobre el tema en la sentencia CSJ SL1212-2023 en la que se memoró la decisión CSJ SL1688-2019, que señaló:

[…] 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.

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.

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, respecto 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.° 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 lo expuesto considera este Tribunal que la AFP al no acreditar que hubiese cumplido con el deber de información, deberá indicar los conceptos a trasladar, que serán ser 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 confirmar 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 otorgado por el *a quo.*

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.

Por último, frente a las costas, la Sala precisa que según las contestaciones a la demanda, los fondos pensionales se opusieron a las pretensiones, existiendo así una oposición manifiesta; en tanto, 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, por lo que da lugar a confirmar lo referente a las costas.

En esta instancia también se causaron al no resultar prósperos los recursos de apelación propuesto por las demandadas Porvenir, Protección y Skandia, razón por la que se ordenará fijar las agencias en derecho en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada uno de los fondos, 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: CONFIRMAR la sentencia 136 del 30 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral el Circuito de Cali.

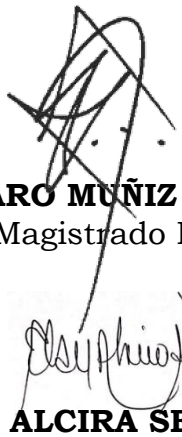
Segundo: COSTAS en esta instancia a cargo de Protección, Porvenir y Skandia y en favor de la demandante. Se fija como agencias en

derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada fondo de pensiones.

Tercero. 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.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÁLVARO MUÑIZ AFANADOR
Magistrado Ponente

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado