



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

SENTENCIA No. 382

(Aprobado mediante Acta del 23 de agosto de 2022)

Proceso	Ordinario
Radicado	76001310501420190071401
Demandante	Jesús Alfredo Agudelo López
Demandada	Colpensiones, Colfondos S.A., Protección, Skandia y Porvenir S.A.
Asunto	Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS
Decisión	Adiciona – Confirma

AUTO

En atención al memorial poder allegado al expediente, se reconoce personería adjetiva al abogado Juan Felipe Mesías Castillo quien se identifica con T.P. 318.757 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en representación de Colpensiones, según poder de sustitución aportado.

En Santiago de Cali, Departamento del Valle del Cauca, el día veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022), la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, conformada por los Magistrados ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA y CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ, quien actúa como ponente; obrando de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 por medio de la cual establece la vigencia permanente del primero, adopta la decisión con el fin de dictar sentencia dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, que se traduce en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se declare la nulidad de traslado del régimen de prima media con prestación definida, RPMPD, administrado por Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, RAIS, administrado por Colfondos

S.A.; como consecuencia, se ordene el traslado automático a la primera; que Porvenir S.A. devuelva todos los aportes contenidos en la cuenta de ahorro individual que se condene en costas procesales a las demandadas.

Como hechos relevantes expuso que cotizó al RPMPD desde 1991 a 1993, que en julio de 1994 se trasladó al Régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., que posteriormente en julio de 1995 se trasladó a Porvenir S.A., en enero de 2002 a Protección S.A., en noviembre de 2004 a Old Mutual y diciembre de 2014 regresó a Porvenir S.A., pero que no recibió una debida asesoría sobre las implicaciones o consecuencias del mismo; que elevó reclamación de traslado de régimen ante Colpensiones, pero fue resuelta negativamente.

CONTESTACIÓN POR PARTE DE LAS DEMANDADAS

Colpensiones se opuso a las pretensiones bajo el argumento que el traslado tiene plena validez. Propuso como excepciones la innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

Por su parte Colfondos S.A. bajo el argumento que el traslado ya sea de régimen o de fondo depende exclusivamente del cliente, quien optó por trasladarse de manera, informada, libre y espontánea y sin presión alguna por lo que el traslado tiene plena validez. Sin proponer excepciones frente a las pretensiones presentadas.

De otro lado Protección S.A. se opuso a las pretensiones bajo el argumento que al momento del traslado se cumplió con los requisitos legales; además, que se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Propuso las excepciones de validez del traslado del actor al RAIS, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, ratificación de la afiliación del actor 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 s.a., innominada o genérica.

Por otra parte, Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones bajo el argumento que al momento del traslado se cumplió con los requisitos legales; además, que se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Propuso las excepciones de Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

De otro lado, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., se opuso a las pretensiones bajo el argumento que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o a la nulidad del acto jurídico por medio del cual el demandante se trasladó de régimen pensional. Solicitó llamar en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. 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.

Finalmente, Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. como llamado en garantía, se opuso a las pretensiones bajo el argumento que las mismas carecen de sustento jurídico que justifique su prosperidad pues no se logró acreditar que el consentimiento del accionante estuviera viciado de nulidad, máxime cuando el demandante efectuó varios traslados en distintos fondos. propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa para formular el llamamiento en garantía, inexistencia de cobertura, el llamamiento en garantía se torna improcedente al contrariar el principio de asunción de riesgos vs el objeto del litigio, estando la prima devengada en los contratos que existieron, inexistencia de obligación indemnizatoria o de cualquier otra índole a cargo de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., inexistencia de obligación de devolución de prima a cargo de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. por terminación de vigencia del contrato de seguro y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia 224 del 1 de julio de 2021, declaró no probadas las excepciones propuestas y la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS administrado por AFP COLFONDOS S.A., realizado en el mes de junio de 1994, el traslado de AFP realizado en el mes de agosto de 1995 a la AFP PORVENIR S.A. luego a Protección SA del 26 de diciembre de 2001 a 30 de septiembre de 2004, el traslado de AFP realizado en el mes de septiembre de 2004 a SKANDIA, el traslado de AFP realizado en el mes de octubre de 2014 a PORVENIR SA actual fondo, en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, con los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia, absolviendo a MAPFRE COLOMBIA SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en el llamamiento en garantía interpuesto por SKANDIA S.A.

Así mismo, le ordenó a Colpensiones aceptar el traslado del demandante al régimen de prima media, fijando como agencias en derecho a cargo de las demandadas Protección S.A, Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A, a favor del demandante la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de las demandadas.

Fundamenta su decisión en que la demandante no recibió una debida asesoría sobre las consecuencias del traslado de régimen por parte de las entidades demandadas al momento de efectuarse el mismo.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de Colpensiones interpuso y sustentó el recurso de apelación, refiriéndose a que no fue ordenado el traslado a Colpensiones de los dineros correspondientes a los gastos de administración, sumas adicionales giradas a la aseguradora, por considerar que es obligación de la AFP devolver todos los dineros que recibió por concepto de la afiliación del demandante, adicional apela la condena en costas ya dicha condena afecta el principio de sostenibilidad de la demandada.

Por su parte, el apoderado judicial de Porvenir S.A. interpuso y sustentó el recurso de apelación, mediante el cual solicita que se revoque la sentencia de primera instancia bajo el argumento que no se probó el vicio del consentimiento; que la parte demandante hizo uso del derecho de retracto; que para la época de la afiliación no era obligación dejar sentada con documento la asesoría brindada a la demandante.

Agrega, que en esta clase de procesos debe darse aplicación a la prescripción pues considera que no va dirigida a la pensión sino al acto como tal sino que está dirigido a obtener la ineficacia de la afiliación en uno de los regímenes de ahorro individual; que de persistir la declaratoria de ineficacia, solicita que se revoque la orden de devolver los gastos de administración, pues surgieron por la buena administración de la cuenta de ahora individual.

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 y la llamada en garantía presentaron escrito de alegatos. Por su lado, la parte demandante no presentó 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.

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, dicha revisión debe surtir 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 al punto objeto del recurso, será implícitamente resuelto por vía de la primera.

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 S.A. Pensiones y Cesantías

Así las cosas, la Sala ha de realizar el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la H. 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 Corporación de cierre redefinió la naturaleza de la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales, y en ese sentido expresó lo siguiente:

La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto

jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

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

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor¹ o del consumidor financiero.

Ahora bien, en cuanto a los aspectos fundamentales a tener en cuenta para 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 Colfondos S.A. 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 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.

En cuanto a 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, y frente 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.

Al respecto, la parte demandante alega que las entidades demandadas, omitieron 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.

Es así, que una vez revisadas las pruebas aportadas, se advierte que se suscribió formato de «SOLICITUD DE VINCULACIÓN» al RAIS administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos

S.A. y posteriormente a Porvenir S.A., Protección, Old Mutual S.A., documentos con 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, en la sentencia SL1688-2019, en la que sostuvo:

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 SL 4426-2019 Radicación No. 79167, 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 CSJ en sentencia SL 31989, del 9 sep. 2008, 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 Colfondos S.A., 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 de Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A. y frente a éstas no se debe establecer la existencia de la omisión en el deber de información, pues no fueron estas quienes asistieron 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, Porvenir S.A. – actual fondo al que se encuentra afiliada-, 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 tanto Colfondos S.A. como Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A., 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, 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 el traslado.

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 tuviera 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.

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, 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 H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia 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 SL3349 de 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 que se haya entregado el Plan de Pensiones ni el Reglamento de Funcionamiento de Colfondos S.A., mismo 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.

Advierte esta sala que, frente al tema de los gastos de administración, los mismos se encuentran a cargo de la demandada Colfondos S.A., Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A. y pues así lo ha señalado la CSJ en la sentencia SL1421-2019, en la que trae a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y SL4989-2018, donde se 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 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, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima también 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 administrado por Colpensiones.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida.

Es así, que si bien es cierto en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia no se dispuso la devolución de emolumentos a Colpensiones por parte de las demandadas, se hace necesario adicionar la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de ordenar tanto Colfondos S.A. como a Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A., si no lo han hecho, que trasladen al ente administrador del RPMPD, tanto los aportes y los rendimientos, como los gastos de administración, los intereses y frutos, el bono pensional –si lo hubo–; además, y como quiera que le favorece la consulta a Colpensiones, habrá de ordenarse también la devolución del porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y a las sumas adicionales de la aseguradora.

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 este tipo de solicitudes de ineficacia de traslado, se analiza en sentido estricto y no sustancial, así lo ha señalado la alta corporación en variada jurisprudencia, tales como SL4608 de 2021, entre otras.

De otro lado, frente al punto de reproche 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.

De igual forma, considera la sala que no hay lugar a dar prosperidad al punto de censura que tiene que ver con la afectación del principio de sostenibilidad financiera, teniendo en cuenta, que es un asunto que en principio no le compete al usuario, pues cada régimen tiene su modalidad para administrar los recursos del aportante; además, el tema en controversia es por la declaratoria de ineficacia por falta al deber de información, como ya se ha mencionado en precedencia.

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.

De otro lado, 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 cada afiliado elige de manera libre a qué régimen quiere pertenecer, 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, tal como lo hizo el juzgador de primer grado.

Se confirman las costas de primera instancia. En esta segunda instancia de conformidad con 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, se condenará en costas a Porvenir S.A. en favor de la parte actora, se fijan como agencias en derecho la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin costas a cargo de Colpensiones, al salir avante el recurso de apelación interpuesto.

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 224 del 1 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a Colfondos S.A., a Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A., si no lo han hecho, que traslade al ente administrador del RPMPD, tanto los aportes y los rendimientos, como los gastos de administración, los intereses y frutos, el bono pensional –si lo hubo durante el tiempo en que estuvo afiliado al RAIS-; además, y como quiera que le favorece la consulta a Colpensiones, habrá de ordenarse también la devolución del porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y a las sumas adicionales de la aseguradora.

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

Tercero: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada PORVENIR S.A. y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

Lo resuelto se notifica y publica a las partes, por medio de la página web de la Rama Judicial en el link <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-011-de-la-salalaboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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



CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada



JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado