



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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	María Ruth Cárdenas Medina
Accionado	Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones
Radicado	76001310500520220055501

Sentencia N°. 54

Santiago de Cali, veinte (20) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y del recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.** contra la sentencia de 31 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **MARÍA RUTH CÁRDENAS MEDINA** contra las recurrentes.

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare ineficaz, por vicio en el consentimiento, el traslado de régimen pensional efectuado a través de Protección S.A.; se ordene a Colpensiones a aceptarla nuevamente en el RPMPD; que se condene a Porvenir S.A. a trasladar todo los valores de la cuenta de ahorro

¹ La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC's, de conformidad con los artículos 1º y 2º de la Ley 2213 de 2022, y se profiere sentencia escrita, según lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 *ibidem*, que modificó el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social

individual, rendimientos, intereses e indexación, sin descuento alguno a Colpensiones, además de los gastos de administración; que se ordene a la administradora del régimen de prima media a recibir los aportes sin objeción alguna; que se condene a las demandadas Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A. a lo que resulte de las facultades ultra y extra petita y se imponga condena por costas y gastos del proceso.

Como hechos, refirió que nació el 14 de agosto de 1965; que se vinculó al RPMPD administrado por ISS hoy Colpensiones hasta el mes de noviembre del año 2000; que sin recibir asesoría sobre las diferencias existentes entre los regímenes pensionales y por instrucciones de asesores de Protección S.A.; firmó solicitud de afiliación con dicha entidad a partir de diciembre del año 2000; que luego se trasladó a Colfondos S.A. y su fondo actual corresponde a Porvenir S.A.; que no se le ilustró sobre aspectos claves relativos a su derecho pensional; que Colfondos S.A. no le informó sobre la posibilidad de retornar al RPMPD; que solicitó retornar a Colpensiones en el mes de octubre de 2022, petición que esta última no atendió; que conforme a proyección realizada de manera verbal en las oficinas de Porvenir S.A., tendría derecho a una mesada pensional de \$3.290.000, sustancialmente inferior a la del RPMPD donde su pensión alcanzaría la suma de \$5.244.955,54.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Colpensiones adujo como ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación al RPMPD y su permanencia hasta el mes de noviembre del 2000 y la solicitud de traslado que elevó la accionante, frente a los demás hechos manifestó que no le constaban.

También se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que *“La demandante realizó su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS*

PROTECCIÓN S.A., posteriormente se trasladó a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., y finalmente al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., A.F.P. en la cual actualmente se encuentra afiliada. Dichos traslados se hicieron de forma libre y voluntaria conforme se dispone en el artículo 13 literales b y e de la Ley 100 de 1993, teniendo el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del Régimen más conveniente a su caso, por lo que pretender conseguir la declaración de una Ineficacia por vicios en el consentimiento para el supuesto factico que se narra es a todas luces improcedente” y propuso como excepciones la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe y legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad.

Porvenir S.A. informó que son ciertos los hechos concernientes a la fecha de nacimiento de la demandante y su trayectoria en el RAIS, en cuanto a los demás supuestos fácticos, manifestó que no le constaban o no eran ciertos. De las pretensiones únicamente se opuso a la relacionada con costas y *“devolución de gastos de administración, frutos e intereses, mermas, bono pensional, sumas adicionales de la aseguradora o cualquier otro tipo de condena adicional”* y señaló que *“La vinculación a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. es un acto válido en la medida en que la demandante suscribió solicitud de vinculación de manera libre, espontánea y sin presiones luego de haber recibido asesoría por parte de Porvenir S.A, como consta en el documento que se aporta como prueba.”* Finalmente, propuso las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir – inexistencia de la obligación, buena fe, improcedencia de traslado de los gastos de administración en caso de condena, restituciones mutuas e innominada.

Protección S.A. no aceptó los hechos planteados en la demanda. Se opuso a las pretensiones fundamentado en que *“la selección del régimen, la realizó la demandante de forma libre, espontánea y sin presiones con total ausencia de causales de nulidad (absoluta o relativa). Adicionalmente, en las oportunidades legales no manifestó*

su deseo de retractarse de la misma. Además, y MUY IMPORTANTE es que la demandante para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, no cumplía con el requisito de los 15 años de servicios tal como lo señalan las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Por otra parte, la acción judicial para solicitar esta nulidad, se encuentra más que prescrita.”

Como mecanismo de defensa interpuso las excepciones de validez del traslado de la actora 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 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, prescripción de devolución de comisión o gastos de administración, buena fe de la entidad demandada, compensación e innominada o genérica.

Finalmente, Colfondos S.A. aceptó como hechos ciertos aquellos referentes a la fecha de nacimiento de la demandante y su trayectoria en el RAIS; presentó oposición a las pretensiones de la demanda y para ello argumentó *“cumplió con las formalidades para la afiliación de la señora CÁRDENAS MEDINA, al tiempo que esta vinculación fue resultado de la voluntad libre y espontánea de dicho afiliado”* y planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro 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 y pago, petición antes de tiempo, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, prescripción de devolución de comisión o gastos de administración e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia de 31 de mayo de 2023, ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por María Ruth Cárdenas Medina PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A., en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin Solución de continuidad.

SEGUNDO: CONDENAR a las AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES EICE, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la afiliada María Ruth Cárdenas Medina, junto con sus rendimientos. De igual modo, Las AFPs antes citadas, deberán devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ellos ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES que una vez las AFPS den cumplimiento a lo anterior, proceda a recibir los dineros, a convalidar la historia laboral de aportes pensionales en favor la señora María Ruth Cárdenas Medina Valencia, y activar su afiliación en el régimen de prima media, sin solución de continuidad.

CUARTO: CONDENAR en costas a cargo de cada una de las demandadas PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES – en la suma de un (1) SMLMV a favor de la demandante.

QUINTO: En caso de no ser apelada por parte de Colpensiones se remite en Consulta al Tribunal Superior de Cali, por ser desfavorable para esta entidad.”

Lo anterior, tras resaltar que los fondos privados incumplieron la carga de la prueba que les concernía, pues *“revisado todo el expediente y el acervo probatorio arroja como resultado que las AFPS no demostraron su actuar diligente respecto de las exigencias legales y que a la demandante se le hubiese brindado la información clara, suficiente y calificada que establece la jurisprudencia antedicha, con el fin de ilustrarle*

adecuadamente sobre las consecuencias que acarrearía el traslado del RPM al RAIS, ni mucho menos que se le hubiese garantizado la doble asesoría, generándose con ello su desinformación.”

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó recurso de apelación en el que arguyó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS por decisión propia sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones en el fondo privado, asimismo, realizó traslados horizontales dentro del RAIS, por ende, son los fondos privados quienes deben resolver su situación pensional.

Explicó que el Decreto 2071 del 23 de octubre de 2015 consagró la obligación de los fondos de proporcionar a los afiliados información completa de los beneficios e inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los regímenes pensionales, lo anterior en consonancia con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual se establecieron los mecanismos para que tanto las AFPS privadas como Colpensiones brindaran asesoría, normas que no son retroactivas y que no aplican al caso de autos. Agregó que la declaración injustificada ineficacia el traslado de un afiliado del Régimen de Prima Media al RAIS vulnera no solo la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, sino también la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Por su parte la apoderada de Protección S.A. y Colfondos S.A., de manera conjunta apeló la sentencia de primer grado y argumentó respecto de la devolución de gastos de administración durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante, que dichos dineros son aquellos que cobra la AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual; que de cada aporte realizado por la demandante al Sistema General de Pensiones un porcentaje fue

destinado para cubrir gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuentos que se encuentran debidamente autorizados por la Ley; que también aplican en el RPMPD y ya se causaron.

También cuestionó la devolución de aportes y rendimientos financieros generados por la buena gestión de la AFP pues con base en el artículo 1746 del Código Civil que habla de las restituciones mutuas, si la consecuencia de la ineficacia declarada es que las cosas vuelvan a su estado anterior, debe entenderse que la demandante nunca estuvo afiliada al fondo de pensiones privado, que no se administraron sus cotizaciones, los rendimientos no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración. Siendo eso así, también debe entenderse que el bien administrado si produjo unos frutos y unas mejoras, que para el demandante son los rendimientos y para la AFP los gastos de administración, ordenar devolución de estos dos emolumentos genera un enriquecimiento sin justa causa.

Por último, Porvenir S.A., pide tener en cuenta lo consignado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues ordenar la devolución de gastos de administración, lo despoja de unas sumas causadas por su actividad administradora, cuya diligencia es el origen de los rendimientos generados. Asegura que la ineficacia de traslado genera que el afiliado regrese a Colpensiones como si nunca se hubiese afiliado a Porvenir S.A. y no con enriquecimiento sin justa causa. Finalmente, alega que lo pretendido está prescrito y que no debe ser condenada en costas porque no se opuso al traslado.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Este despacho judicial, a través de auto de 9 de agosto de 2023, admitió los recursos de apelación y avocó en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones contra la sentencia de primera instancia. En la misma ordenó

correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Estando dentro de la oportunidad procesal, Colpensiones ratificó los argumentos y actuaciones surtidas en primera instancia. Afirma que resulta improcedente el traslado de la demandante al RPM debido que al afiliado le faltan 10 años o menos para cumplir la edad pensional, además que las pretensiones se fundan en afirmaciones subjetivas de la actora quien considera que no puede obtener la prestación pensional en la forma pretendida.

Finalmente señala que la condena en costas de primera instancia debe revocarse porque en Colpensiones no incurrió en la falta de información, además que no existen razones de hecho y de derecho para su prosperidad.

Por su parte, Porvenir enfatizó que la actora es afiliada al RAIS, lo cual no puede considerarse como algo desfavorable, pues ambos regímenes coexisten y la nulidad de la afiliación no puede fundarse en la forma en cómo se liquida el IBL.

Agrega que la ineficacia de la afiliación desvirtúa el principio de sostenibilidad financiera con gran impacto fiscal y que la intención del demandante durante su permanencia en la AFP demuestra su intención de estar en el RAIS y desvirtúa la responsabilidad objetiva.

Alude a que, si se llegara a la errada conclusión de que la vinculación del actor al RAIS se encuentra viciada de nulidad, cualquier reclamación estaría prescrita conforme lo dispone el Artículo 488 del CST.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias

que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme 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 adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) la demandante estuvo inicialmente afiliada al I.S.S. hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 05 de junio de 1987², (ii) el 28 de agosto de 1994 solicitó traslado al régimen de ahorro individual RAIS administrado por el Fondo de Pensiones Porvenir S.A.³, (iii) el 01 de noviembre de 2000 se afilió a Protección S.A.⁴, (iv) luego, el 28 de abril de 2010 efectuó afiliación a Colfondos S.A.⁵, (v) el 1 de noviembre de 2015 se afilió nuevamente a Protección S.A.⁶, y (vi) el 16 de noviembre de 2017 se trasladó a su fondo actual Porvenir S.A.⁷

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de

² Hoja 307 Documento digital 10

³ Hoja 51 Documento digital 11

⁴ Hoja 20 Documento digital 12

⁵ Hoja 20 Documento digital 13

⁶ Hoja 51 Documento digital 11

⁷ Hoja 49 Documento digital 11

dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas al ejercicio económico que desempeñan, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares e historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

En dicha línea, al acto de traslado debe antecederle una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, pues únicamente así se garantiza que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

De acuerdo con lo expuesto, por vía jurisprudencial se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia

que tiene el traslado en sus derechos prestacionales y se ha determinado que la simple expresión genérica de consentimiento que usualmente se plasman en los formularios de afiliación no es suficiente para acreditar tal obligación.

Asimismo, el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y, con ello, las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones; de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se hizo tránsito al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante), información que los jueces deben tener en cuenta en cada caso concreto, a efectos de establecer el cumplimiento del deber de ilustración, de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021). Tal y como se observa a continuación⁸:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	<p>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</p> <p>Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</p> <p>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</p>	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	<p>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009</p> <p>Decreto 2241 de 2010</p>	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle

⁸ CSJ SL1452-2019

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	--	--

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

Sobre el particular, en sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala de Casación Laboral

explicó:

“Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario.”

Por tanto, además de que no obra el formulario de la vinculación inicial a donde se leen salvedades sobre la debida orientación del afiliado, del precedente citado se extrae que tal documento por sí solo no permite constatar el cumplimiento del deber que le asiste a las administradoras de pensiones, pues este va más allá del diligenciamiento de un formulario de afiliación, ya que la AFP debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido este como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en los casos en que la administradora de fondos de pensiones incumple la obligación de información antedicha, ello acarrea, necesariamente, la ineficacia del traslado de régimen pensional, lo cual supone que dicho acto jurídico nunca ocurrió. Al respecto, en sentencia CSJ SL5292-2021 se señaló:

“De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

Por otra parte, los efectos económicos de la ineficacia consisten en la devolución de los aportes obligatorios y voluntarios, lo cual comprende la totalidad del capital ahorrado, junto con sus rendimientos financieros e igualmente, se deberán reintegrar los bonos pensionales y las cuentas de rezago, si las hay. El porcentaje correspondiente a comisiones, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deberán no solo reintegrarse sino indexarse al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la ineficacia trae como resultado, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen.

Sobre el particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2929-2022 indicó lo siguiente:

Sin embargo, en la medida que la ineficacia del cambio de régimen pensional implica que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ello significa a su vez que el

traslado realizado hacia el RAIS no tiene relevancia jurídica, pues ha de entenderse que nunca ocurrió. En otros términos, el supuesto de hecho de los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme a los cuales quienes se trasladen voluntariamente al RAIS, a menos que tengan 15 años o más de servicios cotizados, pierden el régimen de transición (C-789-2002), no se configura cuando se declara la ineficacia del traslado, pues al amparo de esta figura ha de darse por sentado que las repercusiones jurídicas que se esperaban con la suscripción del traslado jamás ocurrieron, o lo que es igual, que el afiliado jamás se trasladó al RAIS.

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A. desde el 20 de agosto de 1994, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, esto es, la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses. Así se observa en el reporte SIAFP de Asofondos⁹

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 2:48:40 PM
Afiliado: CC 40375982 MARIA RUTH CARDENAS MEDINA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 40375982

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1994-08-20	2004/04/16	PORVENIR	COLPENSIONES		1994-09-01	2000-11-30
Traslado de AFP	2000-10-01	2004/04/16	PROTECCION	PORVENIR		2000-12-01	2010-05-31
Traslado de AFP	2010-04-28	2010/05/20	COLFONDOS	PROTECCION		2010-06-01	2015-11-30
Traslado de AFP	2015-10-01	2015/11/19	PROTECCION	COLFONDOS		2015-12-01	2017-12-31
Traslado de AFP	2017-11-16	2017/12/18	PORVENIR	PROTECCION		2018-01-01	

5 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Por tanto, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales, así como indicarle las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, conforme al mandato establecido en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

⁹ Hoja 51 Documento digital 11

Por otra parte, si bien según lo informado la demandante suscribió el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*», el cual no fue aportado por Porvenir S.A., dicha circunstancia en sí misma no es suficiente para concluir su voluntad libre e informada, dado que, conforme a la jurisprudencia consolidada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo contenido se analizó en anteriores apartes, este tipo de aseveraciones no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues, a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Tampoco existe una constancia de que se haya entregado el Plan de Pensiones o el Reglamento de Funcionamiento de Porvenir S.A., que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS.

En cuanto a las pruebas con las que se pretendió demostrar que la afiliación ocurrió de manera consciente e informada, obran en el expediente: (i) historia laboral expedida por Colpensiones (Hoja 307 documento digital 10), (ii) historia laboral expedida por Porvenir S.A. (Hoja 15 documento digital 100), (iii) relación histórica de movimientos de Porvenir S.A. (Hoja 23 documento digital 11), (iv) formulario de afiliación a Porvenir S.A. suscrito el 16 de noviembre de 2017 (Hoja 49 documento digital 11), (v) historia de vinculaciones SIAFP de la demandante (Hoja 51 documento digital 11), (vi) historia laboral para bono pensional (Hoja 53 documento digital 11), (vii) formulario de vinculación a Protección S.A. de 1 de octubre de 2010 (Hoja 20 documento digital 12), (viii) reporte estado de cuenta Protección S.A. (Hoja 23 documento digital 12), (ix) reporte de estado de cuenta en Protección S.A. (Hoja 23 documento digital 12), (x) formulario de afiliación a Colfondos S.A. (Hoja 20 documento digital 13)

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto de los formularios de afiliación

que no permiten esclarecer lo relativo al consentimiento informado, máxime cuando ni siquiera fue aportado el formulario de vinculación del primer traslado y los demás son posteriores al cambio de régimen de pensiones, por lo que no acreditan que la AFP Porvenir S.A. cumplió con su deber de información.

Los anteriores elementos 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. De este modo, el juez de primera instancia acertó al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional debatido, así como al considerar que la consecuencia de ello es tener por no efectuado el traslado y retornar las cosas al estado anterior al mismo. En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* en este aspecto.

Ahora bien, en cuanto a lo reprochado por Colpensiones, se aprecia a lo largo de esta providencia atención a los puntos de su recurso, esto es, el deber de información conforme el mandato establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993, el cual no se encuentra cumplido, ni siquiera con la suscripción del formulario de afiliación al fondo. Asimismo, respecto al argumento atinente a que la demandante cuenta con más de 47 años de edad y por ello no le es dable el traslado de régimen, debe recordarse a la entidad que el eje central en este tipo de situaciones, es determinar si al momento del traslado de régimen la persona contaba con la información completa, clara y concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación, más no si cumplía los presupuestos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a los traslados entre administradoras de fondos de pensiones y que Colpensiones manifiesta constituyen una ratificación de su intención de permanecer en el régimen mencionado, cumple traer a colación lo doctrinado por la Sala de Casación Laboral Permanente frente a los actos de relacionamiento; sobre ellos el máximo tribunal en materia laboral ha reiterado que no operan en los casos de ineficacia de traslado de régimen, pues en estos

asuntos lo que se debe determinar es si la persona recibió información integral para tomar la decisión de cambiar de régimen y no sobre sus motivaciones para cambiarse de AFP, bien sea porque una AFP le ofrecía mejores rendimientos o le cobraba una menor comisión. Así se expuso en sentencia CSJ SL1055-2022: *“conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”*

Frente a lo señalado por Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A. en relación con la devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales se reitera que con la declaración de ineficacia deviene el retrotraer todo al estado inicial de la afiliación del actor, por lo que es obligación de la demandada transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, entre ellos, cotizaciones obligatorias y voluntarias, los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y reaseguros y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, pues serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho el demandante, los cuales deben asumir la AFPs privadas que no cumplieron con su deber de asesoría, acompañamiento, buen consejo, siendo responsables de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, no prosperan su recursos de apelación en este sentido.

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 2.º del proveído recurrido para ordenar a Protección S.A., Colfondos S.A. y a Porvenir S.A. a devolver los aportes voluntarios y las cuentas de rezago, si las hay .

Por otro lado, en aras de evitar posteriores trámites administrativos y judiciales se adicionará el numeral 3º de la sentencia bajo estudio para precisar que Colpensiones una vez reciba los recursos por parte de Porvenir S.A., Colfondos

S.A. y Protección S.A. debe realizar la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas del demandante.

Se precisa que la orden anterior no genera detrimento ni desequilibrio económico alguno que agravie a Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica la devolución de manera íntegra a dicha entidad de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS, más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del afiliado (CSJ AL606-2023). Contrario lo afirmado en el recurso de apelación propuesto por Colpensiones.

Ahora bien, con respecto a la condena en costas en instancia a cargo Colpensiones por el grado jurisdiccional de consulta y de Porvenir S.A. en razón al recurso de apelación, es oportuno precisar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el numeral 1.º del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

Colpensiones en la contestación de la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, por lo que fue vencida en juicio y tal como lo establece la norma aplicable ya reseñada. Por su parte, Porvenir S.A. no se opuso a la declaratoria de ineficacia de traslado, pero si lo hizo frente a la devolución de gastos de administración y demás emolumentos adicionales, además, sí propuso excepciones de mérito, resultando igualmente vencida, por lo que ambas entidades deben asumir la condena en costas, pues tal disposición no establece ninguna excepción. En consecuencia, al cumplirse los presupuestos de la norma, mal haría esta Sala desconocerlos, más aún cuanto estas forman parte integral de la sentencia, pues su imposición nace del ejercicio propio del derecho.

Frente a la configuración de la prescripción, basta reiterar lo expuesto en sentencia CSJ SL3156-2022 para advertir que las solicitudes de ineficacia de traslado no están sujetas al fenómeno extintivo de la prescripción, pues a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por este motivo, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, pues a lo que se dirige es a comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio del proceso (CSJ: SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019 y SL373-2021).

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Porvenir S.A., Colfondos S.A., Protección S.A. y Colpensiones, apelantes infructuosos, a favor de la parte demandante, se fija como agencias en derecho, la suma de un millón de pesos m/cte (\$1.000.000) a cargo de cada uno.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencias SL802-2021, SL858-2021, SL512-2021, entre otras.

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

IX. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral 2.º de la sentencia de 31 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A.** y a **PORVENIR S.A.** que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia transfieran a Colpensiones las cuentas de rezago, si las hay, y cancelen a la demandante los aportes voluntarios, de existir estos últimos.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral 3º de la sentencia bajo estudio para **ORDENAR** a Colpensiones que una vez reciba los recursos por parte de Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A. realice, en los (15) quince días siguientes la validación, transcripción y actualización en términos de semanas cotizadas de la historia laboral de la demandante.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., Colfondos S.A., Protección S.A. y Colpensiones, apelantes infructuosos, a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho, la suma de un millón de pesos m/cte (\$1.000.000) a cargo de cada uno.

QUINTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-

2022 y CSJ AL4680-2022.

SEXTO: En firme la presente decisión, y en caso de no interponerse recurso de casación, **DEVOLVER** por Secretaría el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase.

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada ponente



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada
Con aclaración de voto