



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Pablo Abel Giraldo Rincón
Accionado	Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías S.A., y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones
Radicado	76001310501320220061801

Sentencia N°. 47

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 sobre los recursos de apelación formulados por **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** contra la sentencia No.79 del 07 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, en el marco del proceso promovido por **PABLO ABEL GIRALDO RINCÓN** contra las recurrentes.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante sea declarada la nulidad del contrato de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., por haberse presentado vicio en el consentimiento al momento de suscribir el

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

contrato. En igual sentido, sea declarada la nulidad de la afiliación a Porvenir S.A., y como consecuencia de tal declaración, se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, la aceptación de la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Solicita, además, la condena en costas y agencias en derecho de las codemandadas.

Como hechos indicó que, (i) nació el 04 de agosto de 1961, teniendo a la fecha de la presentación de la demanda 62 años; (ii) que estuvo afiliado al RPMPD desde octubre de 1981 hasta junio de 1998; (iii) que en el mes de mayo de 2001, los asesores de COLFONDOS S.A., visitaron el lugar de trabajo del demandante invitando a los afiliados al RPMPD a trasladarse al RAIS, quedando en firme su afiliación en el mes de marzo de 2002; (iv) que en busca de un mejor futuro pensional decidió trasladarse al RAIS administrado por Porvenir S.A., sin embargo, la entidad que administra tal régimen, omitió exponer el plan pensional y guardó silencio sobre la relación de las modalidades pensionales, el derecho al retractor, la financiación del sistema, tasas de reemplazo, riesgos y en definitiva, el contraste del RAIS con el RPMPD; (v) que Colpensiones le negó la solicitud de traslado por encontrarse dentro de los últimos 10 años para obtener la prestación económica de vejez; (vi) que el 26 de septiembre de 2022, radicó ante Colfondos S.A. solicitud de nulidad de traslado de régimen, sin haber obtenido respuesta. Remitió también en igual sentido, petición a Colpensiones² y Porvenir S.A.³ el 27 de septiembre de 2022, siendo despachada desfavorablemente por ambas entidades.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Porvenir S.A.⁴, adujo como ciertos los hechos relacionados con la edad del demandante y la afiliación a Porvenir S.A., frente a los demás indicó que contenían apreciaciones subjetivas de la apoderada del demandante o que

² Archivo No.02 fl.15 – 23 expediente digital, cuaderno Juzgado

³ Archivo No.02 fl.24 – 42 expediente digital, cuaderno Juzgado

⁴ Archivo No.14 del expediente digital, cuaderno Juzgado

no le constan. Indicó que de la historia laboral del afiliado puede evidenciarse que en el RPMPD aportó 329.5 semanas, y en otros fondos privados 317.1, en Porvenir S.A. se aprecia un total de 625.7 semanas cotizadas, para un total acumulado de 1.272 semanas de cotización.

Sustenta su defensa indicando que durante 22 años el afiliado ha permanecido en el RAIS administrado por Porvenir S.A., sin manifestar ningún tipo de engaño o nulidad de la afiliación; que por su parte como administradora han realizado una buena gestión de los rendimientos de la cuenta de ahorro individual. Como excepciones de fondo propone: (i) *Hecho exclusivo de un tercero*; (ii) *prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación*; (iii) *falta de causa para pedir – inexistencia de la obligación*; (iv) *buena fe*; (v) *improcedencia de traslado de gastos de administración en caso de condena*; (vi) *restituciones mutuas*; (vii) *excepción innominada*.

Por otro lado, Colpensiones indicó como ciertos los hechos relacionados con la edad del demandante, la afiliación inicial al RPMPD, la posterior afiliación a Porvenir S.A., las reclamaciones administrativas elevadas a las entidades. Sobre los demás hechos precisó que no le constan.

Se opuso a la totalidad de las pretensiones solicitadas en el escrito de demanda, invocando como excepciones de fondo las siguientes: (i) *falta de legitimación en la causa*, (ii) *desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones – art.48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005*; (iii) *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen*; (iv) *responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social*; (v) *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*; (vi) *ausencia de vicios en el traslado*; (vii) *buena fe*; (viii) *prescripción*; (ix) *innominada o genérica*; (x) *aplicabilidad del precedente respecto del art. 1604 del CC*; (xi) *aplicabilidad del artículo 167 del CGP en relación a la carga dinámica de la prueba*; (xii) *aplicabilidad del criterio sobre el derecho al traslado*.

La codemandada Colfondos S.A. en la contestación a la demanda indicó como ciertos, los hechos relativos a la afiliación *voluntaria y debidamente informada* del demandante, así como el traslado de régimen con el lleno de requisitos y sobre el derecho de petición o reclamación administrativa elevada ante Colfondos S.A. para el traslado de régimen. Sobre los demás hechos señaló que no le constan y sobre otros que no son ciertos, advirtiendo que por su parte, brindó asesoría al afiliado, informando sobre las ventajas y desventajas del RAIS, las modalidades de pensión, y demás riesgos del régimen.

En defensa de sus intereses propuso las excepciones de fondo que denominó: (i) *inexistencia de la obligación*; (ii) *falta de legitimación en la causa por pasiva*; (iii) *prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado*; (iv) *no presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora (sic) de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida*; (v) *buena fe*; (vi) *validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad*; (vii) *compensación y pago*; (viii) *obligación a cargo exclusivamente de un tercero*; (ix) *nadie puede ir en contra de sus propios actos*; (x) *petición antes de tiempo*; (xi) *ausencia de vicios del consentimiento*; (xii) *prescripción de devolución de comisión o gastos de administración*; (xiii) *innominada o genérica*.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, a través de la sentencia No.079 del 07 de junio de 2023, en audiencia pública No.146, ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, conforme lo manifestado en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR, la ineficacia de la afiliación del señor PABLO ABEL GIRALDO RINCÓN, identificado con cédula de ciudadanía número 19.476.994, al RAIS, a través de los fondos privados COLFONDOS S.A. el 01 de abril de 2000 así como a través de PORVENIR S.A. el 01 de septiembre de 2010, hasta la actualidad.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, todos los recursos de la cuenta

de ahorro individual con rendimientos del señor PABLO ABEL GIRALDO RINCÓN, ya identificado, incluyendo los gastos de administración, las comisiones, la deducción para garantizar el seguro previsional, el porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y todo lo que sea anexo a la cotización, debidamente indexado, al igual que la información completa sobre ciclos de cotización y sobre ingresos base de cotización. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima de los tiempos en el que el señor PABLO ABEL GIRALDO RINCÓN, estuvo afiliado a esta administradora pensional, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, estos valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, a recibir de PORVENIR S.A., los recursos de la cuenta de ahorro individual del señor PABLO ABEL GIRALDO RINCÓN, ya identificado, así como todos los demás recursos indicados en los numerales anteriores, los que contabilizará como semanas cotizadas, sin solución de continuidad; según las motivaciones de esta providencia.

SEXTO: CONSULTAR la presente sentencia con la sala laboral del HTS DE CALI, por resultar adversa a COLPENSIONES, como entidad de seguridad social en la que el Estado colombiano es garante.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a quienes integran la pasiva COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., en favor del demandante; las cuales se tasarán oportunamente por la secretaría del juzgado, teniendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1SMLMV para cada uno, para un total de 3 SMLMV en la distribución indicada.”

Lo anterior, tras resaltar que los fondos privados incumplieron la carga de la prueba que les concernía, pues “(...) con lo que no cuenta el proceso es con prueba alguna que nos entere sobre una asesoría suficiente brindada al demandante por parte de los fondos pensionales privados demandados en lo que tiene que ver con las características del régimen, los elementos objetivos para haber tomado la decisión, y carga de la prueba que les correspondía, más aun cuando su defensa se fundamenta en que sí se cumplió con su deber legal. No se advierte una responsabilidad atribuible a Colpensiones quien no intervino en (inaudible) ni en la decisión de la persona, pero ahora deberá recibir los recursos de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos y demás valores lo que contribuirá al sostenimiento financiero del fondo común

*que no había recibido fondos de administración (...)*⁵

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A. presentó recurso de apelación⁶ contra la sentencia emitida, indicando que su recurso versará sobre la condena de gastos de administración, advirtiendo que deberá tenerse en cuenta lo reglado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues resulta inequitativo con el fondo ordenar la devolución de gastos de administración, ya que lo despoja de unas sumas causadas por su actividad administradora, cuyo origen es la diligencia en la gestión. Agrega que la ineficacia de traslado genera que el afiliado regrese a Colpensiones como si nunca se hubiese afiliado a Porvenir S.A. por lo que ordenar reintegro de rendimientos evidencia un enriquecimiento sin justa causa. Finalmente, adujo que las pretensiones están prescritas y pidió que revoquen la condena en costas, pues no hubo oposición al traslado.

A su vez Colfondos S.A. interpuso recurso de apelación⁷ frente al numeral 4º teniendo en cuenta que el actor se cambió al RAIS con el lleno de requisitos legales y en ausencia de las causales de la ley consideradas como motivos de ineficacia. Solicitó ser absuelta de retornar gastos de administración y demás condenas accesorias, pues la entidad no faltó al cumplimiento de ningún deber legal; que la comisión la cobran por administrar aportes de la cuenta de ahorro individual del demandante y para pagar los dineros correspondientes al seguro previsional, descuentos que están autorizados por la Ley y que también operan en el RPMPD.

Asevera que de prosperar la ineficacia, solo deben devolverse los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, pues el artículo 1746 del Código Civil proceden las restituciones mutuas y si la consecuencia de la

⁵ Archivo No.23, grabación audio vídeo, minuto 18:00 – 35:40

⁶ Archivo No.23, grabación audio vídeo, minuto 35:50 – 37:33

⁷ Archivo No.23, grabación audio vídeo, minuto 37:35 – 41:48

ineficacia declarada es que las cosas vuelvan a su estado anterior, entendiéndose que el demandante nunca estuvo afiliado al fondo de pensiones privado, no se causaron rendimientos y tampoco se debió cobrar una comisión de administración; no obstante, como el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, que para el demandante son los rendimientos y para la AFP, los gastos de administración, si se ordena la devolución de estos dos emolumentos se genera un enriquecimiento sin justa causa y la indexación sobre estos valores implicaría un doble cobro.

Por último, Colpensiones también propone recurso de apelación⁸, aduciendo que la ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados; que solo los afiliados con 15 años o más de servicio al 01 de abril de 1994 pueden trasladarse en cualquier tiempo de un régimen a otro; que el demandante cuenta con menos de 10 años para cumplir edad pensional y por tanto se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003; que conforme a la fecha de su traslado de régimen se efectuó la afiliación en debida forma, por lo que no puede pretender solicitar la ineficacia de traslado en este punto.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Este despacho judicial, a través de auto No.310 del 09 de agosto de 2023, avocó el conocimiento en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, y admitió los recursos de apelación formulados por COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. En el mismo auto, ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos conclusivos, de conformidad con el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

⁸ Archivo No.23, grabación audio vídeo, minuto 41:52 – 44:05

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Estando dentro de la oportunidad procesal, las partes presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

Colpensiones

La Administradora Colombiana de Pensiones, a través de su apoderada judicial, presentó a través de mensaje de datos los alegatos de conclusión en los siguientes términos: (consultar archivo No.04 del expediente digital, C2)

“(...) La regla general es que corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho, pero en el presente caso al invertir la carga de la prueba en cabeza de los fondos exime al demandante de aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

(...)

La regla general es que corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho, pero en el presente caso al invertir la carga de la prueba en cabeza de los fondos exime al demandante de aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

(...)

Finalmente Si el Tribunal considera que debe decretarse la ineficacia del traslado tal como lo consideró el Aquo, cordialmente solicito la devolución total de los recursos que comprende no solamente los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante sino el 16% total de descuento en pensión el cual está conformado por: (i) las comisiones de administración (1.4%); interpretado por algunos jueces como gastos de administración, (ii) fondo de garantía de pensión mínima (1.5%), (iii) reaseguro invalidez y sobrevivencia (1.6%) y (iv) cuenta individual (11.5%). la indexación recaee sobre todos los valores.

Todo lo anterior, en observancia del principio del equilibrio financiero del sistema, impacto en el PIB y en la reserva pensional, por lo que, la Garantía de la devolución de la totalidad de los aportes al RPM para el financiamiento de las pensiones debe entenderse también como: el reintegro de la totalidad de la cotización, esto es: Recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual (Sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL 17595-2017, CSJ SL 4989-2018 y CSJ SL 1421-2019, rad. 56174)”

Por otra parte, **Porvenir S.A.** presentó sus alegaciones finales manifestando: (consultar archivo No.05, expediente digital, C-2)

“(…) En ese sentido, se advierte que tales condiciones fácticas y que configuran expresiones de voluntad de los afiliados, no pueden ser ajenas al contexto propio de las discusiones sobre la nulidad del traslado.

Adicionalmente dijo la Corte que, es dable concluir que, aun cuando no haya certeza de si el afiliado al momento de su traslado recibió toda la información, existen otros mecanismos que permitan deducir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con todos los elementos para afianzar su elección.

Esos COMPORTAMIENTOS o ACTOS DE RELACIONAMIENTO, en los casos de afiliación pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros CSJ SL 413-2018.

Y concluyó indicando que tales actuaciones presuponen cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, de ahí que su intención sea firme en continuar aun teniendo la posibilidad eventual de retornar a Colpensiones.

A través de los actos de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados dentro del proceso, esto es, el traslado horizontal constante entre administradoras del RAIS, la información, aunque parcial, que dio cada uno de los fondos y el regreso permanente a la primera entidad elegida, se puede entender razonablemente la vocación que tenía la accionante de permanecer vinculada en el RAIS, sobretodo (sic) de no retornar a Colpensiones pese a las prerrogativas con las que allí contaba.

Por lo anteriormente sustentado, de manera respetuosa solicito se ABSUELVA a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de cualquier tipo de condena en su contra (...)”

La parte demandante y la demandada COLFONDOS S.A. no formularon

alegatos de conclusión en la oportunidad otorgada.

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 surtir 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) el demandante estuvo inicialmente afiliado al I.S.S. hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 21 de octubre de 1981⁹, (ii) el 29 de febrero del 2000 solicitó traslado al régimen de ahorro individual RAIS administrado por Colfondos S.A.¹⁰ y (iii) el 22 de julio de 2010 se afilió a Porvenir S.A.¹¹.

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

⁹ Archivo No.14, pág.15, expediente digital, cuaderno Juzgado

¹⁰ Archivo No.14, pág.33, expediente digital, cuaderno Juzgado

¹¹ Archivo No.14, pág.31, expediente digital, cuaderno Juzgado

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 continuación¹²:

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

¹² 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, aunado a que no obra el formulario de afiliación a Colfondos S.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 extunc (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 adoctrinado 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, el actor se trasladó a la AFP Colfondos S.A. desde el 29 de febrero del 2000, 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 Asofondos¹³

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 2:29:38 PM
Afiliado: CC 19476994 PABLO ABEL GIRALDO RINCON [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 19476994

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	2000-02-29	2004/04/16	COLFONDOS	COLPENSIONES		2000-04-01	2010-08-31
Traslado de AFP	2010-07-22	2010/08/19	PORVENIR	COLFONDOS		2010-09-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Por tanto, Colfondos 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. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, si bien es cierto el demandante suscribió el formulario de afiliación bajo un texto preimpreso denominado «voluntad de afiliación», aun

¹³ Hoja 33 Documento digital 14

cuando no fue aportado el formulario por parte de Colfondos S.A., pero sí por Porvenir S.A., para efectuar el traslado entre regímenes del orden privado (pág. 27 archivo 14, C.1), 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 Colfondos 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 Porvenir S.A. (Pág.14 archivo digital 14), (ii) relación histórica de movimientos de Porvenir S.A. (pág.18 archivo digital 14), (iii) certificado de afiliación del actor donde consta afiliación desde el 1 de septiembre de 2010 en Porvenir S.A. (pág.27 archivo digital 14), (iv) respuesta a solicitud del demandante del 20 de octubre de 2022 (pág.29 archivo digital 14), (v) formulario de afiliación a Porvenir S.A. del 22 de julio de 2010 (pág.31 archivo digital 14) e (vi) historial de vinculaciones SIAFP del demandante (pág.33 archivo digital 14).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado, máxime cuando ni siquiera se aportó copia del traslado inicial al RAIS y los demás documentos corresponden a situaciones posteriores al acto de traslado que no acreditan que la AFP Colfondos 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 Colfondos S.A., 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, el referente a la carga de la prueba, la cual como ya se dijo está en cabeza de la AFP ante la negación indefinida del accionante, tal y como lo explico la Corte Suprema de Justicia en las Sentencias ya referenciadas.

En cuanto a los traslados entre administradoras de fondos de pensiones del régimen privado, debe advertirse, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia laboral, que no constituyen la ratificación de la voluntad de la afiliación, por el contrario, la Sala de Casación Laboral Permanente ha adoctrinado frente a los *actos de relacionamiento* 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."

El fondo público también se quejó de que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y tampoco registra 15 años de servicio al 01 de abril de 1994, 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, suficiente y concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación, más no si cumplía los presupuestos mencionados.

Frente a lo señalado por Porvenir 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 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, gastos de administración, primas de seguros previsionales 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 debe asumir la AFP privada que no cumplió con su deber de asesoría, acompañamiento, buen consejo, siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, no prosperan sus recursos de apelación en este sentido.

Finalmente, Colfondos S.A. se duele de la indexación impuesta sobre gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, frente a lo cual, conviene resaltar que, de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil aplicable en la materia, el efecto de la ineficacia es restablecer las cosas al estado en que se hallarían de no haber existido el acto ineficaz (CSJ SL2877-2020), lo cual se logra mediante las restituciones mutuas que comprenden los frutos percibidos por la administración de los recursos y además la compensación por las pérdidas o por

el deterioro de los mismos, como lo es la pérdida del poder adquisitivo que se suscita por el paso del tiempo.

Por tanto, corresponde a las AFP que incumplió con los deberes que le asistían frente al afiliado, retornar lo cobrado por comisiones, 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, pues no es factible que el afiliado o Colpensiones asuman los deterioros que tales recursos sufrieron por el paso del tiempo.

En sentencia CSJ SL 584-2022, se estableció que al declararse una ineficacia y/o nulidad de traslado las AFP deben trasladar las comisiones y gastos de administración cobrados a la parte demandante, asimismo los valores de los seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados. Al respecto enuncia la mentada providencia lo siguiente:

“Así mismo, con cargo a lo explicado en providencia CSJ SL3199-2021, atrás citada, también debe modificarse el fallo del a quo, para condenar a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, que deberá indexar, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, se repite, dado que la declaratoria de ineficacia presupone que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido”.
(Subrayado fuera del texto)

Y es que la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron descontar al afiliado tales rubros y que la devolución deba ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. Tales conceptos deben ser asumidos por la administradora de fondos de pensiones con cargo a su propio patrimonio y deben ser indexados, en aras de contrarrestar los efectos del envilecimiento de los valores, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de

Justicia en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021, CSJ SL 1197-2021, CSJ SL3188-2022, CSJ SL4322-2022, CSJ SL3465-2022, CSJ SL584-2022 y CSJ SL 1084-2023 entre otras).

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 3.º del proveído recurrido para ordenar a Porvenir S.A., a devolver los bonos pensionales y cuentas de rezago, si las hay.

Por otro lado, se adicionará el numeral 4º de la providencia en cuestión, para que Colfondos S.A. devuelva las cuentas de rezago, por el tiempo que estuvo afiliado el actor, si las hay.

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 a Porvenir S.A. por el recurso de apelación propuesto, 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, asimismo, Porvenir S.A. si bien no se

opuso a la declaratoria de ineficacia de traslado, si lo hizo respecto de la devolución de gastos de administración, además de que propuso excepciones de fondo, por lo que resulta igualmente vencida en juicio y tal como lo establece la norma aplicable ya reseñada, debe asumir con Colpensiones 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 Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., apelantes infructuosos, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una, la suma de (1) SMLMV.

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 3.º de la sentencia No.79 del 07 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que, en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, devuelva a **COLPENSIONES** los bonos pensionales y cuentas de rezago, si las hay.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral 4º de la sentencia anotada, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.** que, en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, proceda a reintegrar en favor de **COLPENSIONES**, las cuentas de rezago, si las hay.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., Colfondos S.A., y Colpensiones, apelantes infructuosos, en favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho a cargo de cada uno, la suma equivalente a (1) SMLMV.

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