TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada Ponente

Proceso	**Ordinario Laboral**
Demandante	**Hernando Acosta Jaramillo**
Demandado	**La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Skandia S.A. y Porvenir S.A.**
Radicado	**76001310500620220048701**

Sentencia N°. 114

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

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse[1] sobre el recurso de apelación que interpuso **HERNANDO ACOSTA JARAMILLO, SKANDIA S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contra la sentencia que la Jueza Sexta Laboral del Circuito de Cali profirió el 7 de noviembre de 2023, en el trámite del proceso ordinario laboral que la primera de las recurrentes instauró contra **PORVENIR S.A.** y las demás recurrentes. Trámite al que se vinculó como llamada en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

[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

I. ANTECEDENTES

Hernando Acosta Jaramillo interpuso demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A. para que, previos los trámites propios de dicho juicio, se declare la "*ineficacia*" del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A y su posterior traslado a Skandia S.A. En consecuencia, solicitó que se les ordene a estos fondos de pensiones a trasladar los aportes, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, sumas pagadas por concepto de primas previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a Colpensiones y una vez ejecutoriada la sentencia ordénales a actualizar la base de datos SIAF, RUAF y MANTIZ. Finalmente requirió se acceda a lo probado *ultra* y *extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 2 de marzo de 1963, que comenzó a cotizar al Instituto de Seguros Sociales – ISS desde el 2 de febrero de 1989, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. en **octubre de 1995** y posteriormente se trasladó a Skandia S.A. – no indica la fecha-.

Manifestó que al momento de la afiliación al RAIS los fondos de pensiones no le informaron sobre las ventajas, desventajas y condiciones de acceso a las prestaciones económicas en los regímenes pensionales, las implicaciones del traslado, el derecho de retracto, la proyección de la mesada pensional y la prohibición de traslado dentro de los diez años. Por su parte, manifestó que los asesores comerciales lo "*convencieron*" de afiliarse a su respectivo fondo pensional aduciendo que obtendría una mesada pensional superior a la que recibiría en el RPMPD en el primero y mayor a la que obtendría en Porvenir S.A. en el segundo.

Finalmente, manifestó que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones el 14 de octubre de 2022 solicitando el traslado de régimen pensional, el cual fue negado (expediente digital, archivo 01, pdf 6 a 27).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el relativo a la edad de la demandante y aclaró que el demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 20 de noviembre de 1995 el cual se hizo efectivo el **1.° de diciembre de 1995**. Igualmente, manifestó que brindó asesoría de maneral verbal acerca de las condiciones de acceso a las prestaciones económicas, beneficios y características de los regímenes pensionales por lo que el traslado fue libre e informado.

A su vez, refirió que cumplió con la normativa vigente al momento del traslado, que el demandante realizó actos que demostraban su voluntad de continuar afiliado al RPMPD y que no era un afiliado lego pues ostentaba el cargo de Director Corporativo A.R.P. – las entonces llamadas ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES hoy A.R.L. Frente a los demás hechos manifestó que no le constaban.

En su defensa propuso como excepciones de mérito las de *"prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe"* (expediente digital, archivo 05, pdf 3 a 37).

Skandia S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el referente a que actualmente se encuentra afiliado a su fondo de pensiones. Por su parte, aclaró que la fecha de traslado a su entidad fue en **noviembre de 2009** que al momento del traslado le suministró información clara,

oportuna y suficiente sobre las características y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, hizo referencia al principio *"ignorantia juris non excusat"*, que el demandante fue negligente frente a su futuro pensional y que hicieron anuncios de prensa en el que informaban sobre la posibilidad de trasladarse dentro de los términos indicados.

En su defensa propuso como excepciones de mérito las de *"prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración y prescripción de estos y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* (expediente digita, archivo 06, pdf 3 a 25).

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, se opuso a las pretensiones dirigidas contra su entidad. En cuanto a los hechos, aceptó el relacionado a la edad del demandante, la fecha de vinculación al Instituto de Seguros Sociales, la fecha de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrador por Porvenir S.A., el posterior traslado a Skandia S.A., reclamación ante su entidad y la respuesta emitida a la misma. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaba.

En su defensa propuso como excepciones de mérito las de *"inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe y la prescripción"* (expediente digital, archivo 07,pdf 4 a 14).

Igualmente, solicitó que fuera llamada en garantía a **Mapfre Colombiana Vida Seguros S.A.** entidad con la que firmó contrato de seguros previsionales con vigencia de 1.° de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2018 con la finalidad de que en caso de ordenarse la devolución de las primas de seguros previsionales esta sea dirigida a la llamada en garantía, pues fue la que recibió los ingresos por este concepto (expediente digital, archivo 06, pdf116 a 125).

Dicha petición fue admitida por el Juez de conocimiento mediante auto n.° 1295 de 12 de julio de 2023 (expediente digital, archivo 10).

Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. se opuso a las pretensiones en la que puede resultar afectada su entidad. Frente a los hechos, aceptó como ciertos el referente a la edad del demandante y que se encuentra afiliada a Skandia S.A. Frente a los demás hechos de la demanda manifestó que no le constaban.

En cuanto a las pretensiones del llamamiento en garantía se opuso a su prosperidad, pues la relación entre Skandia S.A. y ella fue a través de un contrato de seguro que en nada se relaciona con lo pretendido en la demanda. Igualmente, expuso que durante la vigencia de la relación cumplió con su prestación del contrato consistente en la asunción del riesgo.

En su defensa propuso como excepciones de mérito en la demanda las de *"las planteadas por la entidad que formuló el llamamiento en garantía, inexistencia de vicio que nuliten o sustenten una declaratoria de ineficacia respecto del traslado del actor al fondo de pensiones administrado por Skandia"* frente al llamamiento en garantía, propuso las siguientes excepciones *"falta de legitimación en la causa por activa para formular el llamamiento en garantía, inexistencia de cobertura, el llamamiento en garantía se torna improcedente el principio de asunción del riesgo vs el objeto del litigios 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 S.A. por terminación de vigencia del contrato de seguro y excepciones genérica"*. (expediente digital, archivo 13, pdf 5 a 27).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, la Jueza Sexta Laboral del Circuito de Cali profirió

sentencia de primer grado el 7 de noviembre de 2023, en la que decidió (expediente digital, archivo 22):

> *Primero. -DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por el señor HENANDO ACOSTA JARAMILLO con C.C. 10.542.781 del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado actualmente por SKANDIA el cual tuvo lugar a partir del 1.° de diciembre de 1995.*
> *Segundo. -IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales del Afiliado.*
> *Tercero.- ORDENAR a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por el Demandante y el capital que tenga en su haber en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conforme el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gasto de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS aquí demandada.*
> *Cuarto.- NO DAR PROSPERIDAD a las excepciones de fondos propuestas por las Demandadas.*
> *Quinto.- ABSOLVER a las Demandadas de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por el Actor y absolver a la LLAMADA EN GARANTÍA de todas las pretensiones incoadas en su contra por SKANDIA S.A.*
> *Sexto.- SINO FUERE APELADO este fallo, consúltese ante el Superior.*
> *Séptimo.- CONDENAR a SKANDIA y PORVENIR a pagar el equivalente a UN SMLMV por cada una a título de AGENCIAS EN DERECHO.*

La *a quo* indicó que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al RAIS y frente al llamamiento en garantía, manifestó que el problema jurídico consistía en determinar si había lugar a condenar a la devolución de los seguros previsionales.

Para el efecto, manifestó que los fondos de pensiones al momento del traslado tenían la obligación de informar a los usuarios sobre las consecuencias, beneficios y perjuicios del régimen al cual se trasladaba. Igualmente, trajo a colación la sentencia CSJ SL 3 de abril de 2019, rad. 68852 para indicar que la carga de probar el cumplimiento del deber de información está a cargo de los fondos de pensiones y que la suscripción del formulario de afiliación no acreditaba el cumplimiento de esta obligación, pues solo es prueba del consentimiento más no que el afiliado haya sido informado acerca de todos los elementos que envuelven el acto.

En el caso concreto, indicó que del interrogatorio de parte rendido por el demandante no se logró acreditar el cumplimiento de este deber, por lo que, accedió a la declaración de ineficacia y ordenó a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuado por el demandante.

Finalmente, no accedió a la pretensión de prescripción, con fundamento en que es una pretensión declarativa y los derechos que con ella se declaran hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social. Por su parte, consideró infundado el llamamiento en garantía.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Hernando Acosta Jaramillo solicita la revocatoria parcial de la sentencia de instancia, para que Colpensiones y la llamada en garantía sean condenadas a pagar las costas procesales con fundamento en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Por su parte, **Skandia S.A** solicitó la revocatoria de la sentencia de instancia. Para el efecto indicó que no se pueden dar efectos distintos a los establecidos en la ley para la figura de la ineficacia, por lo que se debe aplicar el artículo 898 del Código de Comercio en su integridad y no lo dispuesto en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Explicó que de conformidad con la disposición citada, no es dable condenar a la devolución de los rendimientos financieros, pues si se entiende que dicho acto nunca nació a la vida jurídica, tampoco se generó los rendimientos financieros aludidos, los cuales fueron producto de la debida gestión el fondo y que una orden en este sentido generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.
Igualmente, manifestó que no hay equidad cuando se aplica un rasero distinto al fondo de pensiones en comparación con el afiliado demandante, pues el contrato de afiliación genera obligaciones y beneficios para ambas partes y se

está dando una interpretación acomodada a la figura de la ineficacia para beneficiar al afiliado.

Finalmente, indicó que conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 la comisión de administración no hace parte de los recursos pensionales que financian las prestaciones económicas, por ende, como en ningún momento se discutió la gestión del fondo, carece de todo fundamento que se condene al traslado de dichos valores a favor de Colpensiones, pues una decisión en tal sentido vulnera el principio de buena fe y confianza legítima.

Finalmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.** Solicitó que la sentencia de instancia fuera revocada. Para el efecto indicó que se debe adicionar a la sentencia de instancia el reintegro no solo los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual, sino también los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo debidamente indexado y con cargo a los propios recursos por todo el tiempo que el actor estuvo afiliado al RAIS incluyendo el tiempo que cotizó a otras AFP.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Este despacho judicial, a través de auto n.° 288 de 8 de febrero de 2024, se admitió el recurso de apelación y asumió el grado jurisdiccional de consulta, ordenando correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado, **Skandia S.A.** solicita que el fallo de instancia sea revocado. Para el efecto, indicó que la afiliación a su entidad fue libre y voluntaria como quedó plasmado en el formulario de afiliación, que cumplió con la normativa vigente, que para dicha época no se exigía documentar la

asesoría que se le brindaba los afiliados. Igualmente indicó que el demandante también tenía el deber de informarse y que el motivo que subyace la demanda es la inconformidad respecto de la mesada pensional.

Con respecto a los gastos de administración, manifiesta que tienen fundamento legal y que no puede desconocerse la gestión de la administradora de pensiones, en todo caso, de ordenarse su devolución aplicando los efectos de la ineficacia, no procedería la devolución de los rendimientos financieros. Finalmente, con respectos al porcentaje del aporte destinados al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, indicó que estos fueron trasladados a los asegurados las cuales aseguraron al demandante de las contingencias de invalidez y muerte, además son sumas que en el RPMPD también se cobraría.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** manifestó en los alegatos que el traslado de régimen pensional fue válido, que el demandante se encuentra incurso dentro de la prohibición de traslado y que ordenan el regreso al RPMPD afectaría el principio de sostenibilidad financiera. Finalmente, manifestó que en caso de declararse la ineficacia se debe ordenar a los fondos de pensiones reintegrar a su entidad: i) los recursos de la cuenta de ahorro individual, ii) las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, iii) rendimientos, iv) anulación de bonos pensionales, v) porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

Porvenir S.A. solicitó que la sentencia de instancia fuera confirmada, no obstante, indicó que cumplió con el deber de información de acuerdo a la normativa vigente, que tuvo la oportunidad de retornar al RPMPD no obstante, decidió continuar afiliada al RAIS y finalmente que el afiliado tenía el deber de informarse.

Finalmente, **Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en el sentido de que suscribió el

contrato de seguros con el fondo de pensiones con la finalidad de cubrir las riesgos de invalidez y muerte, lo cual difiere del objeto de la litis, para lo cual trajo a colación la jurisprudencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.

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 Código Procesal del Trabajo 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 CSJ STL8131-2017, CSJ STL47158-2017 y CC C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del Código Procesal del Trabajo, 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 a Colpensiones, entidad de la cual la Nación es garante.

VIII. CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) el demandante nació el 2 de marzo de 1963 (expediente digital, archivo 01, pdf 32) (ii) que estuvo afiliado inicialmente en el Instituto de Seguros Sociales desde 9 de febrero de 1989, tiempo en el cual cotizó un total de 282,43 semanas (expediente digital, archivo 07, pdf 29 a 34), (iii) que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado Colpatria hoy Porvenir S.A. el **20 de noviembre de 1995** (expediente digital, archivo 05, pdf 41) el cual se hizo efectivo el **1.° de diciembre de 1995** (expediente digital, archivo 05, pdf39), y que posteriormente se trasladó a Skandia S.A. el **17 de febrero de 2009** (expediente digital, archivo 06, pdf 115) el cual se hizo efectivo el **1.° de abril de 2009** (expediente digital, archivo 06, pdf 92).

En ese contexto, corresponde a esta Sala de Decisión 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 aspectos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditar el cumplimiento del deber de información, (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

i. 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.° 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 plasma 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 continuación[2]:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el	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

[2] CSJ SL1452-2019.

	artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	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
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.

ii. Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, toda vez que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no haber recibido información 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 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.

iii. 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, aun cuando obra el formulario de vinculación a Porvenir S.A. donde

se leen salvedades sobre la debida orientación de la afiliada, 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 SAFP 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).

iv. 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 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 SAFP (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.

Frente a esto, 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.*

v. Caso concreto

Sea lo primero precisar que, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, el demandante se trasladó a Colpatria hoy Porvenir S.A. el **1.° de diciembre de 1995**, 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 Asofondos, aportado en el escrito de contestación de Porvenir S.A

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 9:12:42 PM
Afiliado: CC 10542781 HERNANDO ACOSTA JARAMILLO

Vinculaciones para : CC 10542781

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	1995-11-20	2004/04/16	COLPATRIA	COLPENSIONES		1995-12-01	2000-09-28
Cesion por fusión	2000-09-29	2013/10/04	HORIZONTE	COLPATRIA		2000-09-29	2009-03-31

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 10542781

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1995-11-20	1999-11-30	01	AFILIACION	COLPATRIA	
1995-11-20	1996-06-13	01	AFILIACION	COLPATRIA	
1996-08-14	1996-10-15	02	RETRACTO	COLPATRIA	
2000-09-29	2000-09-29	30	CESION	COLPATRIA	HORIZONTE

4 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Por tanto, Colpatria hoy 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. En consecuencia, no es cierto que por vía judicial se le haya impuesto a dicha obligación, dado que estaba prevista desde el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, si bien el demandante suscribió el formulario de afiliación (expediente digital, archivo 05, pdf 41) bajo un texto pre-impreso denominado *"voluntad de afiliación"*, a través del cual pretendió hacer constar que estuvo debidamente informado en su decisión, 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 Colpatria hoy 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, se practicó interrogatorio de parte a la parte demandante, el cual no permite colegir que recibiera información detallada y relevante sobre los efectos y consecuencias del cambio al régimen privado de pensiones previo a la suscripción de la afiliación; tampoco ofrece confesión relativa al cumplimiento del deber de información de la AFP, por lo que no contribuye a esclarecer dicho aspecto.

Entre las pruebas documentales adosadas por la accionada obran: (i) historia laboral de Colpensiones actualizada a 20 de enero de 2023 (expediente digital, archivo 07, pdf 29 a 34), (ii) SIAF (expediente digital, archivo 05, pdf 39), (ii) historia laboral de Porvenir S.A. de 25 de enero de 2023 (expediente digital, archivo 05, pdf 42 a 48), relación histórica de movimientos Porvenir S.A. (expediente digital, archivo 05, pdf 49 a 57) (iii) comunicado de prensa (expediente digital, archivo 05, pdf 58 a 60), (iv) historia laboral de Skandia S.A. de 4 de noviembre de 2022 (expediente digital, archivo 06, pdf 74 a 91) (v) SIAP (expediente digital, archivo 06, pdf 92) (vi) historia laboral consolidada de Skandia S.A. (expediente digital, archivo 06, pdf 94 a 104), y (vii) contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia (expediente digital, archivo 06, pdf 105 a 114).

No obstante, los mencionados documentos no aportan mérito alguno a lo debatido, pues corresponden a situaciones posteriores al acto de cambio de régimen y con los cuales no es posible constatar que la AFP cumpliera con su deber de información, como sucede con los comunicados de prensa, que además de no hacer parte de la asesoría recibida al momento de la afiliación corresponden a un aviso público de la entonces novedosa prohibición de traslado de régimen, traída en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2.° de la Ley 797 de 2003.

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.

Frente a lo señalado por Porvenir S.A. en relación con la devolución de gastos de administración, se reitera que con la declaración de ineficacia deviene el retrotraer todo al estado inicial de la afiliación del demandante, por lo que es obligación de la AFP transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, tales como aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago, bonos pensionales, cuando apliquen, y sus rendimientos. Igualmente, la SAFP demandada deberá restituir los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales, reaseguros y los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho la parte demandante y que debe asumir la AFP privada que no cumplió con su deber información siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, no prosperan los recursos de apelación en este sentido.

Sobre la indexación de los rubros a reintegrar se explica 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 que 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 afectación del poder adquisitivo que se suscita 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, reaseguros, garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional 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).

Se sigue de lo anterior, que 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. Sin embargo, se adicionará el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. y

Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos y bonos pensionales si a ello hay lugar; los gastos de administración, las cuentas de rezago si las hay y que se hubiesen emitido, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021) y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021) y debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021).

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 implica la devolución integral de aportes, rendimientos y gastos administrativos (CSJ AL606-2023), contrario a lo afirmado en el recurso de apelación propuesto por Colpensiones.

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, 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, en tanto se orienta 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).

i. Costas

Ahora bien, respecto a la condena en costas de primera instancia, es oportuno recordar que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por analogía, establece que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio. Asimismo, es conveniente memorar que dicho precepto es de orden público y obligatorio acatamiento.

Claro lo anterior, la Sala constata que Colpensiones se opuso a las pretensiones en la contestación de la demanda y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, de modo que, sin duda, el hecho de haberse desestimado su oposición implica que fueron vencidas en juicio, conforme lo dispone el artículo 365 del Código General del Proceso.

En consecuencia, se estima que en primera instancia se debe condenar en costas a Colpensiones, pues no le es dable «*acudir a criterios subjetivos para ser exonerada del pago de las mismas*» (CSJ AL608-2020 y CSJ SL2085-2022).

Ahora bien, con respecto con la llamada a en garantía Mapfre Colombia Seguros de Vida S.A. esta no fue condenada en juicio, por el contrario, fue absuelta de todas las pretensiones incoadas en su nombre, por ende, no es dable condenarla al pago de costas procesales.

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 H. 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 al numeral **CUARTO** de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** y a **SKANDIA S.A.** a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos, los bonos pensionales si a ello hay lugar, 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, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral **SÉPTIMO** de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** igualmente a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar el equivalente a 1 SMLMV a título de agencias en derecho.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Skandia S.A. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia medio salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de esta sentencia (½ SMLMV). **LIQUÍDENSE** por el Juzgado de origen de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

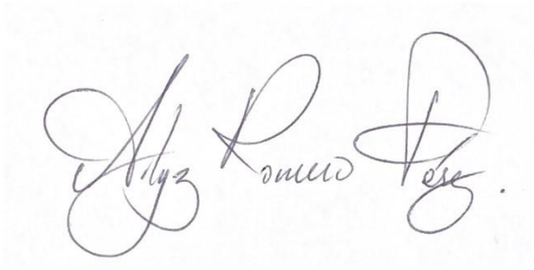
CUARTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio

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.

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

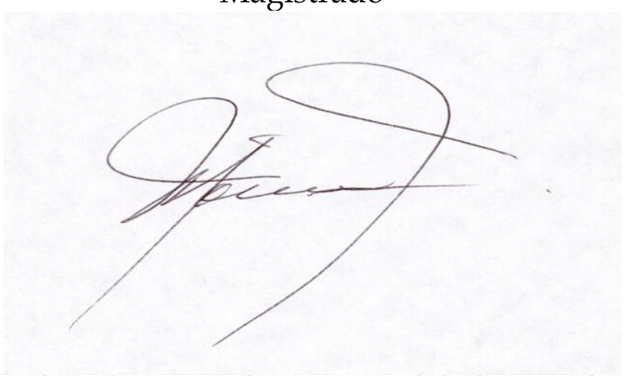
En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
Magistrado



MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada
Aclaración de Voto