República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali

Sala Laboral

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada ponente

PROCESO	EJECUTIVO LABORAL
RADICADO	76001310502**1202300012**01
EJECUTANTE	NÉSTOR EUGENIO GARCÍA ESPAÑA
EJECUTADO	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
ASUNTO	Apelación auto
TEMA	Jurisdicción y competencia
DECISIÓN	Revoca

En Cali, a los diecisiete (17) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Magistrada Ponente en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión Quinta, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 resuelve el recurso de apelación interpuesto por el ejecutante en el trámite del proceso ejecutivo adelantado por NÉSTOR EUGENIO GARCÍA ESPAÑA en contra de la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN, frente al auto interlocutorio No. 467 que la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Cali profirió el 13 de junio de 2023.

I. ANTECEDENTES

NÉSTOR EUGENIO GARCÍA ESPAÑA promueve demanda ejecutiva laboral, con el fin de obtener el pago de la suma de CINCUENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y

SIETE MIL TRESCIENTOS CUATRO PESOS M/CTE ($53.257.304), que la entidad demandada reconoció deber en el acto administrativo Oficio del 24 de abril de 2020, con consecutivo No. 1110030000000 – I-2020-003209, por concepto de diferencia retroactiva de la prima especial de servicios y bonificación por compensación, en aplicación de la extensión de efectos de la Sentencia de Unificación de fecha 18 de mayo de 2016, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala de Conjueces, radicado: 25000-23-25-000-2010- 00246-02 (0845-15).

Como soporte de su pretensión afirma que, elevó derecho de petición ante la Secretaría General de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, para que le fueran extendidos los efectos de una sentencia de unificación emanada del Consejo de Estado y, en igualdad de condiciones a los magistrados ante los cuales ejerce su función, le cancelaran las diferencias por prima especial de servicios y bonificación por compensación, respecto del valor de las cesantías que perciben anualmente los congresistas.

Con oficio No. 0323 del 22 de abril de 2020, la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación *ad-hoc* de la Procuraduría General de la Nación determinó la viabilidad de extender al aquí ejecutante, los efectos de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, decisión que fue plasmada en el Oficio del 24 de abril de 2020, consecutivo No. 1110030000000 – I-2020-003209. De igual manera, la entidad procedió con la liquidación de las diferencias causadas y certificó el acto administrativo como primera copia que presta mérito ejecutivo.

II. DECISIÓN APELADA

Con providencia No. 467 del 13 de junio de 2023, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Cali resolvió negar el

mandamiento de pago, repulsando el conocimiento por falta de jurisdicción para conocer del asunto, como resultado de ello, dispuso la remisión del expediente al Juez Contencioso Administrativo de Cali – Reparto.

Sustentó la decisión en que, el ejecutante ostenta la calidad de empleado público por estar vinculado como Procurador 74 Judicial II para asuntos penales en el Ministerio Público, por tanto, en atención a lo normado en el Art. 104.4 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el asunto es del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación manifestando que, si bien la calidad del demandante es la de empleado público, el juez de instancia dejó de analizar otras circunstancias que también determinan la competencia como lo es la naturaleza del asunto. En tal virtud, el proceso ejecutivo tiene como fundamento un acto administrativo de carácter laboral, asunto que el art. 104.4 de la Ley 1437 de 2011 excluye del conocimiento de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Por el contrario, refiere que el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social en el art. 2.5, asigna a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, entre otros asuntos, la ejecución de obligaciones que emanen de la relación de trabajo que no correspondan a otra autoridad.

Agrega que, el Consejo Superior de la Judicatura resolvió conflictos negativos de competencia entre la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la Jurisdicción Ordinaria Laboral, respecto del trámite de procesos ejecutivos cuyo título base de recaudo es un acto que reconoce derechos laborales, asignando

el conocimiento al juez laboral, por considerar que, en esos casos, la competencia la determina la fuente de la obligación. En el mismo sentido, el Consejo de Estado tiene sentado que la vía procesal para reclamar el cumplimiento de actos alusivos a prestaciones laborales de servidores públicos, es del conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral.

Al resolver el recurso de reposición, la *a quo* insistió en la falta de jurisdicción para conocer del proceso, pues si bien se solicita la aplicación de la regla residual de competencia establecida en el Art. 2.5 del C.P.T y la SS, esta no aplica en el caso concreto porque existe otra norma que fija la competencia en otra autoridad judicial, como lo es el art. 104.4 del CPACA, lo anterior, teniendo en consideración el factor objetivo, esto es, que se encuentra en discusión la relación legal y reglamentaria de un servidor público.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 31 de julio de 2023, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone la Ley 2213 de junio de 2022.

En el término concedido para tal efecto, el apoderado judicial de la parte ejecutante, ratifica los argumentos expuestos en la demanda ejecutiva y el recurso interpuesto, señalando que, aunque la *a quo* refiere al fuero objetivo de competencia para rechazar el conocimiento de la acción, los argumentos plasmados en la decisión están enfocados a la aplicación del fuero subjetivo, esto es, por la calidad del actor y la naturaleza jurídica de la entidad ejecutada.

Argumenta que, si se considera realmente el factor objetivo, no existiría duda en que el conocimiento del presente asunto

recae en el juez laboral, pues se persigue el pago de una obligación que tiene su génesis en un acto administrativo, conflicto que no ha sido asignado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo expuesto y en consonancia con el recurso de apelación formulado por la parte demandante, a esta sala le corresponderá determinar: *la competencia para conocer de la ejecución de obligaciones laborales reconocida en favor de empleados públicos, contenidas en un acto administrativo emanado de autoridad administrativa.*

La discusión surge a partir de la interpretación de las reglas procesales que determinan los asuntos de conocimiento de dos autoridades jurisdiccionales: el contencioso administrativo y la laboral; la *a quo* sostiene que el conocimiento es de la primera, pues la acción se gesta a partir de la discusión de un asunto de derecho administrativo laboral, a la cual el legislador le asignó trámite de tales asuntos, aunado a la calidad de las partes. De otra parte, el ejecutante sostiene que, no obstante, la calidad de las partes, el asunto es del conocimiento del juez laboral porque lo que se demanda es la ejecución de una suma de dinero, contenida de manera formal en un acto administrativo.

La Sala no desconoce la persistente dualidad jurisdiccional en asuntos de derecho laboral y de Seguridad Social, a partir de la cual se presentan las dificultades para identificar el juez competente ante el cual presentar una determinada acción; para despejar dudas sobre el particular, se acuden a las reglas y factores o fueros de competencia. De manera particular, se suele acudir al criterio objetivo como el orgánico, en tanto la entidad ejecutada es de derecho público, el contenido de la pretensión o lo que se reclama, y el subjetivo, es decir, la calidad de una o

ambas partes. Adicional a lo anterior, un hecho distintivo que marca los límites entre una y otra autoridad judicial, es la naturaleza del vínculo o características de la relación jurídico sustancia.

Es precisamente la calidad de las partes y el vínculo que las une, los argumentos determinantes de la declaración de la falta de jurisdicción y competencia alegada por la *a quo,* estimando el asunto como una controversia de derecho administrativo laboral, en la cual el ejecutante es un empleado público y la ejecutada es una autoridad estatal.

En efecto, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del Art. 104 de. C.P.A.C.A. está instituida para conocer, entre otros asuntos, de las controversias y litigios originados en actos en los que estén involucradas las entidades públicas, al igual que de los procesos alusivos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos; conforme tal enunciado, el presente proceso sería del conocimiento del Juez administrativo.

Sin embargo, al continuar la lectura de los demás ordinales del referido artículo, encontramos de manera especial la delimitación de los asuntos ejecutivos en los siguientes términos:

> *«6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades».*

Desde la época en que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura tenía a cargo la función de desatar conflictos de jurisdicciones, se consideraba que la ejecución de los actos administrativos en los que el deudor —autoridad administrativa— se obliga a pagar una suma de dinero, hacer o no hacer, son de conocimiento de jueces distintos al

contencioso administrativo, en tanto la norma especial no le asignó al juez de lo contencioso administrativo el conocimiento de los mismos; en materia laboral, atribuyó a esta especialidad el conocimiento de procesos ejecutivos en los que la obligación naciera a partir de una relación de trabajo, aunque estuviera contenida en un acto administrativo.[1]

Tal postura ha sido replicada por la Corte Constitucional una vez asumió la función de resolver conflictos de jurisdicciones en virtud de lo previsto en el art. 4º del Acto Legislativo 02 de 2015. Así, en auto 613 de 2021, la Sala Plena de la Corte Constitucional señaló que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es competente para conocer de los procesos ejecutivos en los que se pretenda ejecutar obligaciones laborales reconocidas a través de actos administrativos, decisión a la que arribó por la interpretación armónica de los artículos 104.6, 297, 298 y 299 del CPACA, conforme los cuales, la jurisdicción de lo contencioso administrativo solo conoce de los procesos ejecutivos derivados de: (i) condenas impuestas a la administración por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, (ii) conciliaciones aprobadas por la misma jurisdicción, (iii) laudos arbitrales y (iv) contratos celebrados con entidades estatales.

El anterior pronunciamiento fue reiterado en Auto 1820 de 2022, y recientemente en auto 316 del 15 de marzo de 2023, encontrándose vigente la siguiente regla de decisión:

> *«Corresponde a la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral, el conocimiento de los procesos ejecutivos en los que se pretende el pago de acreencias derivadas de una relación de trabajo, reconocidas en actos administrativos. Lo anterior, de conformidad con los artículos 12 de la Ley 270 de 1996 y 2.5 y 100 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social».*

i. **Del caso concreto**

[1] Entre otros, ver radicados Nos. 11001010200020090232 9-00 del 16 de septiembre de 2009, 11001010200020120211 3 – 00 del 18 de enero de 2013, 11001010200020130013 6-00 del 27 de febrero de 2013 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Al revisar las pretensiones de la demanda, encuentra la Sala que las mismas están encaminadas a la **EJECUCIÓN** de un acto administrativo –Oficio del 24 de abril de 2020, consecutivo No. 1110030000000 – I-2020-003209—, acto emanado de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN para obligarse a cancelar al ejecutante las diferencias de una prestación laboral, en virtud de hacerle extensivos los efectos de una sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado.

Según el contenido de la pretensión, no se encuentra en discusión la existencia, legalidad ni validez del acto administrativo, tampoco se acciona en búsqueda del restablecimiento de derecho, el pago de indemnización de perjuicios ni otro medio de control que conlleve a la declaración de un derecho, sino que se reclama el cumplimiento de una obligación clara, expresa y exigible a la que la entidad se obligó con acto propio, por tanto, es claro que el asunto de marras se resuelve con la regla de decisión fijada por la Corte Constitucional.

Entonces, según el artículo 2.5 del Código Procesal del Trabajo la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, estudiará los casos relacionados con "[l]*a ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad".* Por estar dados los prepuestos de la cláusula residual de competencia, esto es, la ausencia de una norma especial que atribuya el conocimiento del proceso a otra jurisdicción, el presente asunto deberá ser tramitado por la especialidad laboral, en cabeza del Juzgado 21 Laboral del Circuito de Cali.

Conforme lo expuesto, deberá ser revocada la providencia apelada, para en su lugar, ordenar a la Juez 21 Laboral del Circuito de Cali proceda a revisar las condiciones formales y sustanciales del título y proceda a estudiar la solicitud de mandamiento de pago.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta 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: REVOCAR el auto No. 467 del 13 de junio de 2023, dictado por la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Cali, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la Juez proceda con el estudio integral de la demanda ejecutiva laboral.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Magistrada ponente

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada

FABIAN MARCELO CHÁVEZ NIÑO
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali

Sala Laboral

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada ponente

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
RADICADO	76001310500820230007901
DEMANDANTE	LEIZA ESTELLI POLANÍA TAMAYORI
DEMANDADO	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO	Apelación Sentencia
TEMA	ineficacia
DECISIÓN	Confirma

En Cali, a los diecisiete (17) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Magistrada Ponente en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión Quinta, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, resuelve el recurso de apelación que **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** interpuso contra la sentencia proferida por la Jueza Octava Laboral del Circuito de Cali el 19 de mayo de 2023, en el proceso que **LEIZA ESTELLI POLANÍA TAMAYORI** instauró en contra de la recurrente y de la AFP **PROTECCIÓN S.A**; asimismo, el grado jurisdiccional de consulta en favor de la recurrente en los puntos no apelados.

I. ANTECEDENTES

Leiza Estelli Polanía Tamayori solicitó que se declare la

«ineficacia y/o nulidad *de la afiliación»* y su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por Protección S.A. En consecuencia, solicitó se condene a esta última a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos financieros, frutos e intereses debidamente indexados, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y el bono pensional; a esta última a aceptar el traslado y a las convocadas pagarle las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 14 de junio de 1972 en Cali – Valle del Cauca. Inició su vinculación laboral cotizando al Instituto de Seguros Sociales desde febrero de 1991 hasta septiembre de 1999, y que el 1° de octubre de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A.

Señaló que, al momento del traslado, Protección S.A. nunca le explicó las consecuencias negativas y desventajas del traslado, la diferencia en el pago de aportes de cada régimen, que no le realizaron una proyección pensional ni le brindaron una asesoría completa y suficiente sobre las diferencias de los dos regímenes pensionales, tampoco sobre las reales implicaciones y consecuencias futuras del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad ni sobre el derecho a retractarse.

Refirió que el 3 de noviembre de 2021 solicitó ante Protección S.A. el traslado de régimen pensional; no obstante, su solicitud fue contestada desfavorablemente, así mismo, el 26 de noviembre de 2021 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen y la entidad le negó la solicitud. (expediente Digital, archivo 05 Pdf 1 a 8)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la fecha de nacimiento de la actora, sus cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, su traslado al RAIS administrado por Protección S.A., la petición que formuló para retornar al régimen de prima media y la respuesta negativa a la misma. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito de *«falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, ausencia de vicios en el consentimiento del traslado, buena fe de la entidad demandada, prescripción trienal, prescripción de la acción, inoponibilidad por ser tercero de buena fe - inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social»* (expediente Digital, archivo 08, pdfs. 2 a 12).

Protección S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la fecha de nacimiento de la actora, sus cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, la solicitud presentada a la entidad y la respuesta negativa a la misma. Indicó que la fecha de afiliación efectiva de la demandante a Protección S.A. fue el 1.° de octubre de 1999, que dicho traslado fue producto de una asesoría objetiva e integral donde se le brindó información sobre las características del RAIS en comparación con el RPM, los requisitos para acceder a su pensión, los factores para liquidar la prestación, se le realizaron proyecciones pensionales en ambos regímenes de manera verbal y se le informó sobre su derecho de retracto. En cuanto a los demás hechos, manifestó que no le constaban o no era ciertos.

Formuló como excepciones de mérito las de *«Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir; Buena Fe; Prescripción; Aprovechamiento Indebido de los Recursos Públicos y del Sistema*

General De Pensiones; Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP y la Innominada o Genérica». (expediente Digital, archivo 10, pdfs. 2 a 26).

El **Ministerio público** manifestó que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, corresponde al fondo de pensiones Protección S.A. probar que en el proceso del traslado de la demandante cumplió con el deber de información, de forma completa, comprensible y dando cumplimiento a los requisitos legales y parámetros jurisprudenciales. (Expediente digital, archivo 12, pdfs. 2 a 10).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez Octava Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia de 19 de mayo de 2023, decidió declarar la ineficacia del traslado al RAIS de la demandante, bajo el entendido de que siempre estuvo afiliada al régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES E.I.C.E. y ordenó trasladar a ésta última los valores consignados en su cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de Garantía de Pensión mínima, valores debidamente indexados y con cargo a los recursos propios de la AFP; advirtiendo que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Finalmente, condenó en costas a las vencidas en juicio (Expediente digital, archivo 21).

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar si fue nulo o ineficaz el

traslado de la actora del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.

Para tal efecto, indicó que la normativa aplicable al caso es la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha reiterado que los fondos de pensiones tienen la obligación de suministrar la información de trasparencia máxima, que comprenda no solo los beneficios del régimen, sino también el monto de la pensión en cada régimen, las implicaciones y conveniencia de la decisión. Del mismo modo, precisó que el deber de información es una obligación a cargo de las AFP desde su creación y que ha tenido tres etapas y que dicha obligación es insanable por cuanto no es posible sanear aquello que no produjo efectos.

En el caso concreto, sostuvo que la AFP no cumplió con la carga de la prueba, teniendo la obligación de demostrar que, al momento de vinculación de la demandante, suministró una información completa y detallada sobre las consecuencias a futuro, sin embargo, en las pruebas aportadas se evidenció solicitud de vinculación a la AFP, sin embargo, se echa de menos la información clara, pues la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, Colpensiones, interpuso recurso de apelación. Para sustentar su reparo, manifestó que, la decisión repercute de manera injustificada y desproporcionada en una obligación patrimonial a cargo de Colpensiones, lo que es lesivo para la sostenibilidad financiera del sistema.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto del 31 de julio de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión, de conformidad con la Ley 2213 de 2022. Dentro del término de traslado no se presentaron alegatos de conclusión.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala de decisión procederá a resolver el recurso de apelación presentado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma en los aspectos no apelados.

Con tal propósito, sea lo primero señalar que en este asunto no fueron objeto de reparo las conclusiones del *a quo* respecto a que: (i) la demandante nació el 14 de junio de 1972 (ii) que estuvo inicialmente afiliada al régimen de prima media con prestación definida y (iii) que el 1.° de octubre de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual –RAIS- administrado por Protección S.A. (expediente Digital, archivo 10, pdf 35).

En ese contexto, corresponde a esta Sala de decisión determinar: (i) si el *a quo* acertó al considerar que el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad de la actora debe declararse ineficaz por faltar 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 dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditar el cumplimiento de dicha obligación, (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 de pensiones del sector privado, 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, el acto de traslado debe ir precedido de 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 información 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).

ii. 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.

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, «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, se extrae del precedente citado que, más allá del diligenciamiento de un formulario de afiliación, la administradora de fondos de pensiones debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido 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 comprenden la devolución del dinero existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado, así como los rendimientos, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, rubros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ser indexados con cargo al patrimonio de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, 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.

v. Caso concreto

Sea lo primero precisar, que, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, la actora se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A. el **1.° de octubre de 1999**, esto es, cuando el deber de

información se encontraba en la primera etapa y 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.

En ese contexto, Protección S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales; no obstante, no acreditó tal obligación, dado que se limitó a aportar el formulario de afiliación de la actora, el cual, como se señaló en anteriores apartes, acredita a lo sumo un consentimiento, pero no informado.

De este modo, como se dijo anteriormente, la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del traslado que implica suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambió al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido.

Bajo este horizonte, la consecuencia económica de lo anterior es que el fondo de pensiones privado traslade a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos económicos de tal capital, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, primas de seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia CSJ SL1467-2021, en la que expresó:

> [...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de

> entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.
>
> Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se estableció que:

> [...] La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
>
> "Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Se sigue de lo anterior, que la jueza 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.

No obstante, en virtud del recurso de apelación y como quiera que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará al numeral cuarto del proveído recurrido, en el sentido de condenar a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los bonos pensionales si a ello hay lugar, las cuentas de rezago si las hay y que se hubiesen emitido y las

comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021) 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).

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta 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: Confirmar en el fallo de primera instancia en los demás aspectos.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones inclúyase como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo a favor del demandante ($580.000).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

Carolina Montoya L

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Magistrada

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali

Sala Laboral

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada ponente

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
RADICADO	76001310500720220055701
DEMANDANTE	SONIA CLEMENCIA URIBE RODRÍGUEZ
DEMANDADO	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
LITISCONSORTE NECESARIO	FONPRECON - Fondo de Previsión Social del Congreso de la República
ASUNTO	Apelación Sentencia
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN	Confirma

En Cali, a los diecisiete (17) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Magistrada Ponente en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión Quinta, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, resuelve el recurso de apelación que **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** interpuso contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Cali el 26 de abril de 2023, en el proceso que **SONIA CLEMENCIA URIBE RODRÍGUEZ** instauró en contra de la recurrente y **COLFONDOS S.A.** y que se integró como litisconsorte necesario a **FONPRECON**; asimismo, el grado jurisdiccional de consulta en favor de la recurrente en los puntos no apelados.

I. ANTECEDENTES

Sonia Clemencia Uribe Rodríguez solicitó que se declarara la *«nulidad de la afiliación y/o ineficacia de su traslado»* del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS-, En consecuencia, solicitó se condenara a Colfondos S.A a trasladar a Colpensiones los aportes y rendimientos financieros de su cuenta de ahorro individual y a ésta última aceptar el traslado y a las convocadas pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 9 de octubre de 1957 e inició su vinculación laboral cotizando al régimen de prima media con la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal E.I.C.E. y con el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – FONPRECON. En diciembre de 1995 suscribió formulario de afiliación a Colfondos S.A. Señaló que su vinculación al RAIS fue producto de una insuficiente y mala asesoría.

Refirió que cuenta con más de 1400 semanas cotizadas en toda su vida laboral. Que el 12 de mayo de 2022 Colfondos S.A. le realizó una proyección pensional en la modalidad de retiro programado arrojando una mesada de $1.760.000. Afirmó que en el régimen de prima media su mesada sería de $4.480.273. y que debido a su edad ya no puede retornar al régimen de prima media de acuerdo al literal e) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Finalmente, el 26 de agosto de 2022 solicitó a Colpensiones la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS; no obstante, el 29 de agosto de 2022 la entidad le negó la posibilidad de retornar al RPM. En esa misma fecha, requirió a Colfondos S.A. la nulidad y/o ineficacia de su traslado, sin embargo, la entidad no contestó la petición. (Expediente digital, archivo 02. pdfs 4 a 17).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la fecha de nacimiento de la actora, la proyección pensional realizada por Colfondos S.A., la imposibilidad legal de que la actora retorne al RPM, la petición que formuló para retornar al régimen de prima media, la respuesta negativa a la misma y la petición a Colfondos S.A. en el mismo sentido. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban. En su defensa, propuso las excepciones de mérito de *«innominada; inexistencia de la obligación; carencia del derecho; prescripción; buena fe; cobro de lo no debido, compensación; el traslado del demandante obedeció a su decisión libre y voluntaria y por tanto esta revestido de legalidad y eficacia; imposibilidad de condena simultánea de indexación e intereses moratorios; imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas; la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; proporcionalidad y ponderación; violación al principio constitucional de "sostenibilidad del sistema"; validez de la afiliación al R.A.I.S»* (Expediente digital, archivo 6, pdfs 22 a 32).

Colfondos S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifestó que no le constaban o no eran ciertos. Aclaró que brindó una asesoría íntegra y completa sobre los beneficios, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, los requisitos para acceder a la pensión en el RAIS y que la actora tomó la decisión de trasladarse de manera informada, libre y espontanea. Formuló como excepciones de mérito las de *«inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de la afiliación, compensación y pago».* (Expediente digital, archivo 9 Pdf. 2 a 18).

El **Ministerio público** a través de su procuradora judicial delegada para asuntos laborales, manifestó que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, corresponderá al fondo de pensiones Colfondos S.A. probar que en el proceso del traslado de la demandante cumplió con el deber de información, de forma clara, objetiva y transparente dando cumplimiento a los requisitos legales impuestos desde su creación y de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales. (Expediente digital, archivo 10 pdfs. 3 a 7).

Fonprecon se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifestó que no le constaban. Formuló como excepción de mérito la de *«falta de justa causa para pedir».* (Expediente digital, archivo 11 pdfs 2 a 7). A su vez, Fonprecon llamó en garantía a Colfondos S.A. solicitando que ante la eventual condena, se declarara que Colfondos S.A. es responsable del mayor valor respecto del traslado de la actora y el reconocimiento y pago de su pensión. Además de la indemnización de perjuicios y el reembolso total o parcial del pago que tuviere que realizar la entidad. (Expediente digital, archivo 11 pdfs. 8 a 11).

Colfondos S.A. por su parte, se opuso a todas las pretensiones del llamamiento en garantía. Aclaró que la pretensión principal de la demanda está dirigida al traslado de los valores y rendimientos que reposan en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, lo cual no genera una afectación a Fonprecon simplemente por el hecho de ser administradora del régimen de prima media. En su defensa formuló como excepciones previas ante el llamamiento las de *«falta de jurisdicción, habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde y no haberse presentado prueba de la calidad del demandado» y* como excepciones de fondo las de *«prescripción, compensación y pago, carencia de legitimación en la causa por activa y falta de legitimación en la causa por pasiva, indebida presentación de*

la demandada, inexistencia de perjuicios, inexistencia de prueba de perjuicios, inexistencia de la obligación; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A..; buena fe e innominada o genérica». (Expediente digital, archivo 14 pdfs 2 a 17).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Séptimo Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia de 26 de abril de 2023, decidió declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa, propuesta por FONPRECOM, no obstante, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la actora y su consecuencial retorno al RPM, además ordenó a COLFONDOS SA devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos estos últimos, correspondientes al periodo en que la demandante estuvo afiliada a dicha administradora, precisando que al momento de cumplirse esa orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen en la historia laboral de la afiliada. Finalmente condenó en costas a las vencidas en juicio y absolvió del llamamiento (Expediente digital, archivo 20).

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar si era procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS y como consecuencias de esta declaración, realizar el traslado de los aportes y rendimientos al régimen de prima media con prestación definida. Asimismo, determinar la viabilidad del llamamiento en garantía

Para tal efecto, indicó que de conformidad con el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, el artículo 34 del Decreto 692 de 1994 y 1.° del Decreto 1884 de 1994 debe entenderse que Fonprecon hace parte del régimen de prima media con prestación definida.

En ese sentido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad tienen la obligación de suministrar la información clara, completa y comprensible al afiliado al momento del traslado, advirtiendo los beneficios y consecuencias adversas del mismo.

Del mismo modo, precisó que la carga de probar el cumplimiento del deber de información recae sobre la AFP, que de la suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse un consentimiento informado de acuerdo con el artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

En el caso concreto, sostuvo que la AFP demandada se limitó a brindar información sobre el propio régimen privado; sin embargo, en las pruebas aportadas no se evidencia haber informado a la promotora sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes, los requisitos y condiciones del régimen de ahorro individual. Por lo tanto, el traslado no cumplió con el deber de información y transparencia.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, Colpensiones, interpuso recurso de apelación. Para sustentar su reparo, manifestó que, según las afirmaciones de la demandante lo que se persigue es un interés económico, por ende, este medio judicial no es el pertinente para ello, pues debió iniciar una acción de responsabilidad o resarcimiento ante el eventual daño o perjuicio.

Sostuvo que la condena a Colpensiones de resarcir un daño que no causó, atenta contra la sostenibilidad del régimen de prima media. Solicitó se tuviera en cuenta la sentencia SL 3752-2020 y que la actora se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto del 31 de julio de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión, de conformidad con la Ley 2213 de 2022. Dentro del término de traslado la demandante presentó alegatos de conclusión.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala de decisión procede a resolver el recurso de apelación presentado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma en los aspectos no apelados.

Con tal propósito, sea lo primero señalar que en este asunto no fueron objeto de reparo las conclusiones del *a quo* respecto a que: (i) la demandante nació el 9 de octubre de 1957 (ii) que estuvo inicialmente afiliada a Cajanal E.I.C.E. del 1 de septiembre de 1983 hasta el 25 de septiembre de 1984 (iii) que estuvo afiliada al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República del 12 de julio de 1995 hasta el 31 de enero de 1996 (Expediente digital, archivo 2 pdfs 92 a 99) (iv) que el 1 de enero de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual –RAIS- administrado por Colfondos S.A. (Expediente digital, archivo 9 pdf 21).

En ese contexto, corresponde a esta Sala de decisión determinar: (i) si el *a quo* acertó al considerar que el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad de la actora 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 carga de la prueba (iii) Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) la afiliación a la caja de previsión social, (v) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (vi) 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, el acto de traslado debe ir precedido de 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 información 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).

ii. 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.

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, «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, se extrae del precedente citado que, más allá del diligenciamiento de un formulario de afiliación, la administradora de fondos de pensiones debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido 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. Afiliación a la Caja de Previsión Social

Ahora bien, con respecto a los afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL, hoy extinta, la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que a partir de la Ley 100 de 1993 dicha entidad no estaba autorizada para recibir nuevos afiliados y, en ese orden, en virtud de la misma ley, es el ISS, hoy Colpensiones la única entidad habilitada para administrar el RPM y admitir nuevos afiliados. En la sentencia CSJ SL 2369-2022 que reiteró la SL4175-2021, dijo la Corporación:

> Al respecto, es oportuno aclarar que, si bien con la expedición de la Ley 100 de 1993 quedaron algunas entidades autorizadas para administrar el régimen de prima media con prestación definida como CAJANAL, una vez liquidadas, no es pertinente que la entidad que la sustituyó en el pago de las pensiones (UGPP) quede obligada a recibir afiliados cuando su objeto está más orientado al pago de las obligaciones pensionales de las entidades liquidadas, contrario a Colpensiones quien funge como la entidad principal del sistema que tiene a su cargo la administración del régimen de prima media.

v. 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 comprenden la devolución del dinero existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado, así como los rendimientos, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, rubros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de

administración, conceptos que deben ser indexados con cargo al patrimonio de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen (CSJ SL2929-2022).

vi. Caso concreto

Sea lo primero precisar, que, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro individual administrado por Colfondos S.A. se hizo efectivo el **1 de enero de 1996**, esto es, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa y 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.

En ese contexto, Colfondos S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales; no obstante, no acreditó tal obligación, dado que se limitó a aportar el formulario de afiliación de la actora, el cual, como se señaló en anteriores apartes, acredita a lo sumo un consentimiento, pero no informado.

De este modo, como se dijo anteriormente, la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del traslado que implica suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambió al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido.

Bajo este horizonte, la consecuencia económica de lo anterior es que el fondo de pensiones privado traslade a

Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos económicos de tal capital, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, primas de seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL1467-2021).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se estableció que:

> [...] La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
>
> "Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

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. En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* en este aspecto.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta 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: Confirmar en el fallo de primera instancia en su integridad.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones inclúyase como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo, equivalente a quinientos ochenta mil pesos ($580.000).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Magistrada

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO
Magistrado