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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente

Proceso	**Ordinario Laboral**
Accionante	**Luis Armando Lenis Ramos**
Accionado	**Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Skandia S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**
Radicado	**76001310500520210026701**

Sentencia N°. 021

Aprobada mediante acta No.056

Santiago de Cali, veintiocho (28) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse[1] en grado de consulta y del recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES, SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS** y **PORVENIR S.A.** contra la sentencia de 10 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **LUIS ARMANDO LENIS RAMOS** contra **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.,** trámite al cual fueron vinculadas **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, **PORVENIR S.A.**, y **COLFONDOS 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

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad absoluta del traslado al RAIS administrado por Protección S.A. y en consecuencia se le retorne al RPM administrado por Colpensiones, solicitó igualmente condena en costas a cargo de las demandadas.

Como hechos refirió que nació el 07 de enero de 1961; que se afilió al RPMPD administrado por ISS hoy Colpensiones desde julio de 1982 hasta abril de 1994, que el 01 de abril de 1999 suscribió formulario de afiliación a Protección S.A., pero al momento de su afiliación al RAIS el fondo privado no cumplió con las obligaciones legales del Decreto 1161 de 1994, motivo por el cual el 02 y 27 de octubre de 2020 solicitó a Protección S.A. y Colpensiones retornar al RPMPD, petición que negaron ambas demandadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Colpensiones aceptó los hechos referentes a la fecha de nacimiento y edad del demandante y también el concerniente a la respuesta a la solicitud de traslado efectuada el 23 de noviembre de 2020, frente a los demás hechos dijo que no le constan, se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que "*El demandante realizó su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. de forma libre y voluntaria conforme se dispone en el artículo 13 literales b y e de la Ley 100 de 1993, teniendo el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del Régimen más conveniente a su caso, por lo que pretender conseguir la declaración de una Nulidad para el supuesto factico que se narra es a todas luces improcedente*" y en su defensa, propuso como excepciones la de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, innominada, buena fe, prescripción y legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad.

Protección S.A. aceptó los hechos referentes a la fecha de nacimiento y edad del actor, así como la suscripción del formulario de afiliación a dicho fondo el día 09

de febrero de 1999, también la radicación de la solicitud de traslado tanto a la entidad privada como a Colpensiones y la respuesta negativa frente a la misma, manifestó que no son ciertos los hechos 7º y 8º, agregó que no le constaban los hechos 2º y 6º, se opuso a las pretensiones en los siguientes términos: "*el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, encontrándose válidamente afiliado al RAIS, sin que se logre demostrar la causal de nulidad que invalide lo actuado, más aún cuando se tiene en cuenta que NO existió omisión por parte de la entidad de entregar al demandante la información que el mismo requería para que tomara una decisión referente al traslado del RPM al RAIS de manera informada.*" En su defensa, interpuso las excepciones de validez de afiliación a Protección S.A., buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, compensación e innominada o genérica.

Mediante auto de 13 de junio de 2022 el a *quo* ordenó integrar la *litis* con Colfondos S.A., Porvenir S.A y SKANDIA S.A.

Por su parte, Porvenir S.A. manifestó que es cierto lo concerniente a la edad y fecha de nacimiento del demandante, pero de los demás hechos informó que no le constan o no son ciertos. Se opuso a lo pretendido y adujo que "*aun cuando Horizonte (hoy Porvenir) no fue la AFP a través de la cual el demandante efectuó su vinculación inicial al R.A.I.S., lo cierto es que previa afiliación con mi representada el demandante recibió asesoría por parte del personal de Porvenir, en la cual se le dio información completa, suficiente y veraz sobre las características del R.A.I.S. y del sistema pensional. Téngase en cuenta que la información que se le proporcionó no es ni pudo ser distinta a la contenida en la Ley 100 de 1993 y normas complementarias, que son normas imperativas que no pueden ser modificadas por mi poderdante. Así las cosas, la información proporcionada siempre se ciñó a lo legal y con base en esta, el señor Luis*

Armando Lenis Ramos tomó la decisión libre y voluntaria de afiliarse a través del formulario de vinculación." Como mecanismo de defensa, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Colfondos S.A. manifestó que no le constan los hechos de la demanda, también se opuso a lo pretendido por el accionante con base en que *"las AFP´s del RAIS capacitan debidamente a sus asesores comerciales antes que sean autorizados para ofrecer la afiliación a los fondos que administra, de manera que puedan brindar una asesoría objetiva, integral y completa, con el fin que sean los mismos trabajadores quienes tomen una decisión informada. Asimismo, les suministra a los afiliados toda la información precisa y ajustada a las normas que regulan el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, enterándolos sobre las características y particularidades del mismo, para que puedan escoger la opción que más se adapte a sus intereses."*

Como excepciones de mérito formuló las siguientes: Validez de afiliación a Colfondos S.A., buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación para trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones al haber sido trasladados a Protección S.A., inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, compensación e innominada o genérica.

Por último, Skandia S.A. contestó y aclaró que brindó al actor toda la información sobre las características del RAIS, así como también le suministró la asesoría de conformidad con las normas que se encontraban vigentes para la época del traslado, adujó que no le constaban ni la edad del demandante, ni su historial en el RPM, ni su vinculación a Protección S.A., ni sobre las solicitudes efectuadas a esta última AFP y a Colpensiones. Se opuso a las pretensiones de

la demanda y para ello señaló que *"no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, por el contrario, se evidencia que el accionante durante el tiempo de vinculación a este régimen tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones. Si bien, el demandante alega una falencia en la información entregada por mi defendida, debe tenerse en cuenta que, la estructura y condiciones del RPM y del RAIS se encuentran cabalmente estipulados en la Ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias, por lo que no resulta plausible que el demandante alegue que no fue asesorado de manera completa, clara veraz, oportuna, adecuada, suficiente y clara sobre las diferencias de los regímenes, los beneficios y desventajas al momento de suscribir el formulario de afiliación."* Y en su defensa propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia de 10 de marzo de 2023, ordenó:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del cambio de régimen pensional que efectuó el demandante LUIS ARMANDO LENIS RAMOS. En consecuencia, se entenderá que siempre estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por Colpensiones sin solución de continuidad.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a las AFP COLFONDOS, PORVENIR S.A. SKANDIA y PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES EICE, los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual de LUIS ARMANDO LENIS RAMOS. Junto con sus rendimientos. De igual modo, La AFP antes citada, deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que una vez la AFP COLFONDOS, PORVENIR S.A. SKANDIA y PROTECCIÓN S.A., de cumplimiento a lo anterior, proceda a recibir los dineros, a convalidar la historia laboral de aportes pensionales en favor de LUIS ARMANDO LENIS RAMOS y activar su afiliación en el régimen de prima media, sin solución de continuidad.*

CUARTO: CONDENAR en costas a cargo AFP COLFONDOS, PORVENIR S.A. SKANDIA, PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES– en la suma de un (1) smmlv a favor del demandante.

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

Lo anterior, tras resaltar que los fondos privados incumplieron la carga de la prueba que les concernía, pues "*Una vez analizadas las pruebas obrantes en los expedientes el despacho encuentra que las AFPS demandadas no acreditaron que a los demandantes se les hubiese brindado la información en los términos que ya les mencione y que hice alusión a la Corte Suprema de Justicia en variada jurisprudencia, clara, suficiente y calificada con el fin de ilustrarle a los demandante sobre todas las consecuencias que acarrearía el cambio del régimen de prima media al RAIS y mucho menos que se les hubiere garantizado la doble asesoría generándose con ello su desinformación.*"

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, Skandia S.A. y Porvenir S.A. presentaron recursos de apelación contra la sentencia de primer grado. Para tales efectos, Colpensiones, argumenta que el demandante se tiene válidamente afiliado al RAIS por decisión propia sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones, por lo que la AFP privada es quien debe reconocer la prestación pensional. Añade que el Decreto 2071 de 2015 estipuló que las AFPS deben proporcionar a los afiliados información completa de los beneficios, inconvenientes y efectos de la elección de régimen pensional y que a través de la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia se establecen los mecanismos para que tanto las AFPS privadas como Colpensiones realicen la asesoría a partir del 01 de octubre de 2016, restricciones que no son retroactivas y por lo tanto no se pueden aplicar al presente caso. Finalmente adujo, que la declaración injustificada de ineficacia de traslado de un afiliado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General De Pensiones y pone en peligro el derecho

fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados.

A su turno, el apoderado judicial de Skandia S.A. asevera que el demandante no solo se trasladó de régimen pensional del RPM al RAIS, sino que adicionalmente realizó múltiples actos de relacionamiento, lo que denotó su conocimiento de las características del régimen de ahorro individual y su conformidad. Agrega que dichas características se encuentran consagradas en la Ley 100 de 1993 por lo que el demandante no se puede excusar en su desconocimiento para pedir la nulidad o ineficacia de la afiliación y que el demandante se trasladó a varias AFPS del régimen y en cada una de las oportunidades recibió asesoría por parte de los asesores comerciales correspondientes. Así las cosas, concluye que se cumplió con el deber de información, de acuerdo con la primera etapa desarrollada por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

Menciona que al momento de su primera afiliación a Colfondos S.A. no existía en cabeza de las administradoras la obligación de dejar por escrito la asesoría que se brindaba, siendo suficiente la suscripción del formulario de afiliación, requisito acreditado por las demandadas. Sostiene que invertir la carga de la prueba en el presente caso, significa el cumplimiento de un imposible, pues la asesoría se daba de manera verbal, sin soporte alguno.

En cuanto a la devolución de primas de seguros previsionales, gastos de administración y demás conceptos relacionados, indicó que el descuento de los mismos atendió a una orden legal contenida en la Ley 100 de 1993, tanto para el RPMPD como para el RAIS. Que si la ineficacia de la afiliación trata de retrotraer los efectos de la misma para que se considere que el demandante continuó vinculado en el RPM por todo el tiempo, se reitera que allí también se habría hecho la deducción por estos rubros. Que en el RAIS el cobro de la cuota de administración trae consigo la generación de rendimientos dada la gestión realizada por la AFP, por lo que no es procedente la devolución de estos dos conceptos. Por último, argumenta que las primas de seguros previsionales fueron trasladadas a un tercero con el fin de asegurar los riesgos de invalidez y

muerte, y en caso de la ocurrencia de algún tipo de siniestro, el demandante hubiese tenido derecho a la prestación correspondiente, lo que significa que estuvo cubierto por estos riesgos, es por lo tanto una prima causada y que ya no está en cabeza de Skandia S.A.

Porvenir S.A. indicó que la entidad siempre actuó de buena fe en relación con el traslado de régimen del demandante en el año 1995, el cual fue realizado de manera libre, voluntaria y consciente, tal como quedó expresado en el formulario de afiliación cuya forma se ajustó a los requisitos establecidos en el artículo 11 del decreto 692 de 1994. Que Porvenir S.A. cumplió con las obligaciones a su cargo de acuerdo con la normativa vigente para el momento de traslado, puesto que la obligación de explicar a los potenciales afiliados las consecuencias del traslado del régimen pensional surgieron a partir del inciso cuarto del artículo tercero del decreto 2071 del 2015 que modificó el decreto 2555 del 2010. Agrega que conforme al Decreto 2041 de 2010 el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado, la única manera de desvirtuar lo anterior, es demostrar la existencia de una fuerza que viciara el consentimiento, lo cual no acaeció en el presente asunto.

Que el actor estuvo vinculado en los cuatro grandes fondos privados, lo que da a entender su voluntad de continuar en el régimen, además no manifestó inconformidad alguna con el manejo de sus aportes, por lo que no puede aceptarse que después de tanto tiempo alegue la ineficacia desconociendo el principio rector de la buena fe.

Manifestó igualmente en relación a la devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales que las consideraciones del despacho no se corresponden con la norma legal que gobierna las restituciones mutuas, pues se ordenó devolver sumas que se invirtieron para mantener el bien administrado y para incrementarlo en cumplimiento de los mandatos legales, por lo que no es viable su devolución, estando las AFPS facultadas expresamente por el artículo

20 y el artículo 60 de la ley 100 de 1993 para cobrar dichos gastos, los cuales incluyen el seguro previsional, por lo anterior, dichas sumas ya fueron causadas y utilizadas.

En cuanto a los rendimientos, estos se generaron a raíz de la buena gestión de la AFP y de no haber estado el demandante en el RAIS dicho valor no se hubiera generado, y no se discutiría su reintegro. Finalmente, respecto de la indexación, señaló que la misma se compensa con el traslado de los rendimientos, los cuales también tienen como fin evitar la depreciación del poder adquisitivo de la moneda en los emolumentos a retornar.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Este despacho judicial, a través de auto de 2 de agosto de 2023, admitió los recursos de apelación y ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Estando dentro de la oportunidad procesal, Colpensiones, Skandia S.A. y Porvenir SA presentaron escrito de alegatos (Documentos digitales 4, 5 y 6). Por su lado, Protección S.A., Colfondos S.A. y la parte actora no presentaron los mismos, dentro del término concedido, tal como se observa en el expediente.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los

artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtirse obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) el demandante estuvo inicialmente afiliado al ISS hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 01 de febrero de 1983[2], (ii) el 22 de julio de 1994 solicitó traslado al régimen de ahorro individual RAIS administrado en ese momento por Colfondos S.A.[3], (iii) el 01 de noviembre de 1995 se trasladó al fondo de pensiones Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.[4], (iv) el 27 de junio de 1996 se afilió al fondo de pensiones Skandia S.A.[5] y (v) el 09 de febrero de 1999 se trasladó a Protección S.A.[6]

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 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 acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

[2] Hoja 37 Documento digital 4
[3] Hoja 64 Documento digital 9
[4] Hoja 31 Documento digital 13
[5] Hoja 64 Documento digital 9
[6] Hoja 64 Documento digital 9

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 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[7]:

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 artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	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.

Carga de la prueba

[7] CSJ SL1452-2019

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

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

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

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

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

> *"Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la*

mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

En el presente, Colfondos S.A., AFP a la que inicialmente se trasladó el actor, ni siquiera aportó el formulario de vinculación donde se leen salvedades sobre la debida orientación del afiliado. No obstante, de haberlo hecho, del precedente citado se extrae que no es posible constatar con el formulario el cumplimiento del deber de información, pues este va más allá del diligenciamiento de un formulario de afiliación, ya que la AFP debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido este como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

"De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la

> *Sala ha 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, así como también de los bonos pensionales y las cuentas de rezago, si las hay. Igualmente, las AFP deberán reintegrar 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 debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la ineficacia trae como resultado, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen.

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

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, el actor se trasladó a la AFP Colfondos S.A. desde el 22 de

julio de 1994, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, esto es, la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses. Así se observa en el reporte SIAFP de Asofondos[8]

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 3:52:40 PM
Afiliado: CC 16449919 LUIS ARMANDO LENIS RAMOS Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 16449919

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1994-07-22	2009/04/30	COLFONDOS	COLPENSIONES		1994-08-01	1995-11-30
Traslado de AFP	1995-11-01	2009/04/30	HORIZONTE	COLFONDOS	COLPENSIONES	1995-12-01	1996-07-31
Traslado de AFP	1996-06-27	2009/04/30	SKANDIA	HORIZONTE		1996-08-01	1999-03-31
Traslado de AFP	1999-02-09	2009/04/30	PROTECCION	SKANDIA		1999-04-01	

4 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

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

Por otra parte, si bien el demandante suscribió el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*», el cual como ya se dijo no fue aportado por Colfondos S.A. y 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 ni

[8] Hoja 64 Documento digital 9

el Reglamento de Funcionamiento de Colfondos S.A., que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS.

Ahora, obran en el expediente: (i) solicitud efectuada a Protección S.A. respecto de su afiliación y respuesta (Hoja 21 documento digital 4) (ii) la historia laboral del demandante expedida por Protección S.A. (Hoja 10 documento digital 4) (iii) formulario de afiliación a Protección S.A. con fecha de suscripción 09 de febrero de 1999 (Hoja 27 documento digital 4) (iv) solicitud de traslado de régimen a Colpensiones y su respuesta desfavorable por parte de la entidad (Hoja 28 documento digital 4) (v) historia laboral del demandante expedida por Colpensiones (Hoja 37 documento digital 4) (vi) historial de vinculaciones del accionante (Hoja 64 documento digital 9) (vii) constancia de re asesoría pensional de 27 de diciembre de 2012 efectuada por Protección S.A. (Hoja 75 documento digital 9) (viii) certificación de valores trasladados por Porvenir S.A. de 02 de septiembre de 2022 (ix) la historia laboral del demandante proferida por Porvenir S.A. (Hoja 13 Documento digital 13) (x) formulario de afiliación a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. de 14 de noviembre de 1995 (Hoja 31 documento digital 13) (xi) estado de cuenta del accionante en Skandia S.A. (Hoja 23 documento digital 20.

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no constituye prueba de un consentimiento informado, y los demás corresponden a situaciones posteriores al acto de traslado que no acreditan que los fondos de pensiones demandados, especialmente Colfondos S.A., dieran cumplimiento al deber de información.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte demandante tampoco se acredita que el afiliado recibiera información completa, trasparente, detallada y relevante previo a la suscripción del formulario, sobre los efectos y consecuencias del traslado que realizó al régimen privado de pensiones. (Min.

28:46)

Los anteriores supuestos, en conjunto con las documentales arrimadas al plenario, corroboran el hecho que el traslado al RAIS deviene ineficaz, dado el incumplimiento al deber de información por parte del fondo, tal como se desprende de todo el análisis realizado por la Sala. De este modo, el juez de primera instancia acertó al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional debatido, así como al considerar que la consecuencia de ello es tener por no efectuado el traslado y retornar las cosas al estado anterior al mismo. En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* en este aspecto.

Ahora bien, en cuanto a lo reprochado por la totalidad de los recurrentes, se aprecia que el deber de información, conforme el mandato establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993, no se encuentra cumplido, ni siquiera con la suscripción del formulario de afiliación al fondo y, sobre la carga de la prueba, cumple reiterar lo dicho a espacio, en cuanto a que la labor probatoria en este aspecto se encuentra cabeza de la AFP dada la negación indefinida del accionante, tal y como lo explicó la Corte Suprema de Justicia en las Sentencias ya referenciadas.

También, en cuanto a la elección libre y voluntaria que argumentan los fondos demandados, se debe reiterar que si bien se puede tratar de un consentimiento exento de fuerza, para que este surta los efectos propios del traslado esta decisión debió estar precedida de información completa, amplia y suficiente al afiliado, pues su omisión impide que el acto surta plenos efectos, de acuerdo con lo plasmado en el literal b. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Otro punto de inconformidad de apelantes, se centra en la permanencia del actor en el RAIS y los múltiples traslados realizados dentro del mismo régimen, lo que debe tomarse como una ratificación de su voluntad de pertenecer al mismo; frente a estos denominados actos de relacionamiento, la Sala de Casación Laboral Permanente ha reiterado que no operan en los casos de ineficacia de

traslado de régimen, pues la discusión versa sobre la determinación de que si la persona recibió información integral para tomar la decisión de cambio de régimen y no sobre que tanto permaneció en una u otra administradora, así lo expuso la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL1055-2022 : "*conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*"

Frente a lo señalado por Porvenir S.A. y Skandia S.A. en relación con la devolución de rendimientos, gastos de administración y primas de seguros previsionales se reitera que con la declaración de ineficacia deviene el retrotraer todo al estado inicial de la afiliación del actor, por lo que es obligación de las demandadas transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, pues serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho el demandante, los cuales debe asumir la AFP privada que no cumplió con su deber de asesoría, acompañamiento, buen consejo, siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, no prosperan sus recursos de apelación en este sentido.

Igualmente, frente a la oposición respecto de la indexación ordenada en el numeral 3º respecto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se advierte que la orden del Juez primigenio se ciñó a lo dispuesto por la Corte Suprema de justicia Sala de Casación Laboral, en sentencias como la CSJ SL1467-2021, además se reitera la AFP privada no cumplió con los deberes que le asistían frente al afiliado, y por ello debe cargar con las mermas sufridas en los dineros bajo su cuidado, pues no resulta lógico que sea el afiliado quien asuma la pérdida del poder adquisitivo de estos recursos, por el tiempo trascurrido.

Son dos las razones esenciales que lo justifican: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron descontar al afiliado tales rubros y (ii) la devolución debe 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).

Adicionalmente, en sentencia CSJ SL 584-2022, se estableció que al declararse una ineficacia y/o nulidad de traslado las AFP deben trasladar las comisiones y gastos de administración cobrados a la parte demandante, asimismo los valores de los seguros previsionales y garantía de pensión mínima, ello debidamente indexado. 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."*

No obstante, en virtud que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 2.º del proveído recurrido, respecto a que además de lo ya ordenado, deberán Colfondos S.A., Skandia S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A. devolver bonos pensionales y cuentas de rezago si los hay, por el tiempo que el actor estuvo afiliado a cada una de ellas.

En aras de evitar posteriores trámites administrativos y judiciales se adicionará la sentencia bajo estudio para precisar que Colpensiones una vez reciba los recursos por parte de Colfondos S.A., Skandia S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A. realice la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas del demandante.

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

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

Colpensiones en la contestación de la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, por lo que fue vencida en juicio y tal como lo establece la norma aplicable ya reseñada, debe asumir la condena en costas, pues tal disposición no establece ninguna excepción; en consecuencia, al cumplirse los presupuestos de la norma, mal haría esta Sala desconocerlos, más aún cuanto estas forman parte integral de la sentencia, pues su imposición nace del ejercicio propio del derecho.

Frente a la configuración de la prescripción, basta reiterar lo expuesto en sentencia CSJ SL3156-2022 para advertir que las solicitudes de ineficacia de

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

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A., apelantes infructuosos, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una de las demandadas la suma de Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE ($1.500.000.oo).

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 el numeral 2.º de la sentencia de 10 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A., PORVENIR S.A.** y

PROTECCIÓN S.A. efectuar la devolución de bonos pensionales y cuentas de rezago, si los hay, por el tiempo que el actor estuvo afiliado a cada una de ellas.

SEGUNDO: ADICIONAR la anotada sentencia, en el sentido de precisar que **COLPENSIONES** una vez reciba los recursos por parte de **COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A., PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** deberá realizar la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas del demandante.

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

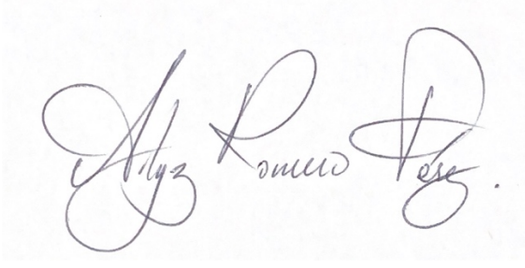
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A**. apelantes infructuosos y a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE ($1.500.000.oo) a cargo de cada una.

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

Lo resuelto se notifica y publica a las partes, por medio de la página web de la Rama Judicial y por edicto fijado en la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior .

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,

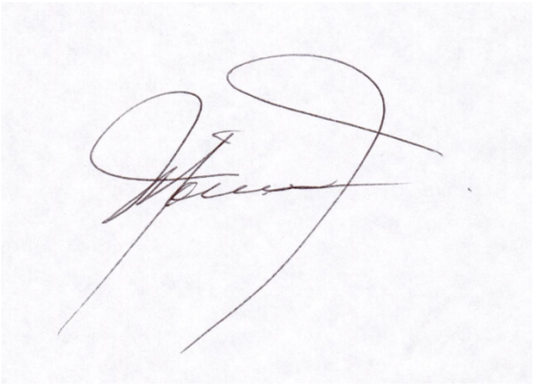


ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara voto