



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Mario Fernando Gómez Silva
Accionado	Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, Colfondos Pensiones y Cesantías SA y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones
Radicado	76001310500720230008201

Sentencia N°. 015

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 pronunciarse¹ en grado de consulta y de los recursos de apelación interpuestos por **COLPENSIONES** y **PORVENIR SA** contra la sentencia de 03 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **MARIO FERNANDO GÓMEZ SILVA** contra las recurrentes y **COLFONDOS SA**.

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante lo siguiente:

“1. DECLARE: Que mi representado fue inducido al error por parte de la AFP COLFONDOS S.A., al no ser informado suficiente, veraz e idóneamente sobre las eventuales condiciones pensionales a las que tendría derecho en el RPMPD,

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

de acuerdo con el deber profesional que obliga a los fondos privados de pensiones sobre las consecuencias del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

2. *DECLARE: Que la AFP COLFONDOS S.A., omitió sus obligaciones y responsabilidades profesionales inherentes a la calidad de entidad previsional hacia su afiliado, de acuerdo con los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, actualizados en el Decreto 2071 de 2015; el numeral 10 del Artículo 97 del Estatuto Orgánico Financiero y lo Ley 1748 de 2014.*

3. *DECLARE: Que la AFP COLFONDOS S.A., omitió suministrar la información mínima necesaria que deben comprender los etapas del proceso de afiliación y/o traslado al régimen de ahorro individual, desde la etapa precontractual de lo afiliación hasta la determinación total y unificada de las condiciones para el disfrute pensional. esto son, los valores a recibir mensualmente, junto con la tasas de rentabilidad, y la incidencia de estos factores en la formación del capital para financiar la mesada pensional definitiva.*

4. *DECLARE: Que la AFP COLFONDOS S.A., omitió informar las condiciones favorables o desfavorables, financieras, actuaria les y comparativas entre los dos regímenes pensionales existentes, necesarias para la formación del libre convencimiento en la decisión de traslado al RAIS.*

5. *DECLARE: Con sustento en las anteriores peticiones, se decrete la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual efectuada por el Señor MARIO FERNANDOGÓMEZ SILVA con la AFP COLFONDOSS.A., a través del formulario de fecha día 29 de abril de 1994.*

6. *DECLARE que como consecuencia de la mencionada nulidad y/o ineficacia de la afiliación, COLPENSIONES verifique y reciba a satisfacción la integralidad de los aportes pensionales efectuados al RAIS, sin que la AFPPORVENIRS.A., deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución.*

7. *DECLARE: que como consecuencia de la nulidad del traslado, mi representado no dejó de estar afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es decir, no hubo solución de continuidad en la afiliación al Instituto de los Seguros Sociales-ISS, hoy la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES.*

Como consecuencia de las anteriores declaraciones pronuncie las siguientes o similares condenas:

1. *CONDENE: A la AFP PORVENIRS.A., a trasladar los valores que posee el Señor MARIO FERNANDO GÓMEZ SILVA en la cuenta de ahorro individual, a la Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por (COLPENSIONES).*

2. CONDENE: A la AFP PORVENIR S.A., a trasladar los valores de aportes obligatorios, Bono Pensional, Título Pensional y los rendimientos que posee MARIO FERNANDO GÓMEZ SILVA en la cuenta de ahorro individual a la Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por (COLPENSIONES).

3. CONDENE a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores, previa verificación satisfactoria de la integralidad de los aportes pensionales efectuados al RAIS, sin que la AFP PORVENIR S.A., deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución.

4. ORDENE a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores y a actualizar la historia laboral, teniendo en cuenta el detalle de la devolución de aportes que efectúe el RAIS, aplicando cada pago al período respectivo reportado por la AFP, incluyendo los pagos como independiente, para que se vean reflejadas la totalidad de semanas cotizadas.

5. CONDENE a las demandadas a pagar las costas y agencias en derecho del proceso, así también a COLPENSIONES, de oponerse a las pretensiones de la presente demanda."

Como hechos refirió que nació el 20 de diciembre de 1962; que cotizó al RPMD desde el 01 de junio de 1985 y posteriormente, el 29 de abril de 1994 se trasladó al RAIS administrado por Colfondos SA, con base en información deficiente y sesgada, por lo que el 30 de septiembre de 2022 solicitó a Colfondos SA la anulación de su afiliación, y a Colpensiones su traslado, peticiones negadas por las accionadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Colpensiones se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que "de los documentos aportados con la demanda la parte activa no logra si quiera inferir la nulidad de la afiliación, ni el error, engaño o vicio alguno del consentimiento, según lo relata la parte demandante, pudiéndose establecer que la decisión del demandante de pertenecer y permanecer en el RAIS obedece a su voluntad siendo una decisión libre y espontánea y sin presiones." Como excepciones formuló las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; juicio de proporcionalidad y ponderación; indebida aplicación

de las normas en materia de asesoría de traslado pensional; la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso; errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil; el retorno en cualquier tiempo al rpm, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: (i) las expectativas pensionales del afiliado y (ii) la sostenibilidad financiera; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones - art. 48 de la constitución política, adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005; procedencia de la figura de prescripción extintiva de la acción laboral y no procede la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante se trate de una persona que ya se encuentre pensionada o adquirió el estatus en el régimen de ahorro individual en cualquiera de sus modalidades.

Porvenir SA se opuso a las pretensiones y señaló que *“no existe una causal legal para que se declare la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que, en la afiliación realizada a Porvenir, no existe vicio en el consentimiento ni causal de ineficacia.”* En su defensa interpuso las excepciones de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

Por último, Colfondos SA también se opuso a las pretensiones y expuso que:

“brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del cual venía afiliado, en la que se le recordó acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Igualmente, se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más les convenga, entre

otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación y conforme a su manifestación de voluntad expresada donde quedé plasmado su consentimiento."

Como mecanismo de defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y pago, petición antes de tiempo, obligación a cargo exclusivamente de un tercero e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia de 03 de mayo de 2023, ordenó:

"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación efectuada por el señor MARIO FERNANDO GÓMEZ SILVA identificado con la CC. No. 79.262.115 a los fondos COLFONDOS S.A. y PORVENIR SA. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y por lo mismo siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

TERCERO: Como secuela obligada de la anterior determinación, el demandante, deberá ser admitido y sin dilación alguna en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR SA, Y COLFONDOS SA, a devolver, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, 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 el demandante estuvo afiliado a dichas administradoras.

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.

QUINTO: COSTAS a cargo de COLFONDOS SA, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV. Liquídense por Secretaría.

SEXTO: COSTAS a cargo de PORVENIR SA, se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. Liquídense por Secretaría.

SEPTIMO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES, se fijan como agencias en derecho la suma de 1/2 SMLV. Liquídense por Secretaría.

OCTAVO: CONSÚLTESE con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelada."

Lo anterior, tras explicar que *"brilla por su ausencia en el informativo que el actor haya recibido información correcta de las ventajas y desventajas de régimen de ahorro individual, no se observa que en ningún momento ni en la afiliación a Colfondos ni en la afiliación a Porvenir se le haya contrastado la información del fondo privado con las ventajas que ofrece el sistema público alterno administrado por Colpensiones, las pruebas evidencian que toda la información que se le brindó al demandante gravitó sobre el propio régimen privado."*

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de Colpensiones y Porvenir S.A. inconformes con la decisión, presentaron recurso de apelación. La primera de ellas argumentó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece en su literal b) que la selección de cualquiera de los regímenes previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o el traslado. A su vez, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 consagra que la selección y vinculación a un régimen implica la aceptación de las condiciones propias de este para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia.

Que la voluntad expresada tanto en el formulario de afiliación como en la permanencia en el RAIS por más de 28 años dan cuenta que el ingreso del demandante al régimen de ahorro individual cumplió con las exigencias legales para tales fines.

Igualmente, indicó que permitir la declaración de ineficacia del traslado de personas que han estado durante largos años en el régimen de ahorro individual y en último momento deciden retornar al régimen de prima media, no solo significa desconocer la coexistencia de regímenes, sino también la obtención de beneficios que no les corresponden y en los cuales no participaron.

Agregó que no se puede perder de vista los requisitos que se han establecido para los traslados entre regímenes, que se crearon con el fin de evitar la descapitalización de fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida. Señaló que todas las actuaciones que ha adelantado Colpensiones han estado permeadas de buena fe y ajustadas a derecho y la negativa que tiene Colpensiones para recibir al demandante se basa en las precisiones legales y constitucionales.

Finalmente, frente a la condena en costas solicitó su revocatoria pues la entidad ha obrado de manera diligente, no debe suma de dinero alguno, y además las únicas entidades obligadas a otorgar la información clara y completa y suficiente respecto a las ventajas y desventajas que iba a representar para el demandante su decisión de traslado eran las AFP privadas.

Por su parte la apoderada judicial de Porvenir SA apeló el numeral 4º de la sentencia de primer nivel. Para ello, expuso que la orden de indexación de los gastos de administración constituye una doble condena, pues se desconoce el trabajo de Porvenir SA en la administración de los aportes del afiliado y según conceptos doctrinales de la Corte Constitucional, la indexación es traer a valor presente las sumas de dinero para que no pierdan su valor adquisitivo. Que en este caso los gastos de administración no han perdido su valor adquisitivo, por

el contrario lograron incrementar el saldo contenido en la cuenta de ahorro individual y su devolución representa un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

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, Porvenir SA presentó escrito de alegatos (Documento digital 4). Por su lado, la parte actora, Colpensiones y Colfondos S.A. 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 por las demandadas, en atención al 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 surtirte 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 a Colpensiones, donde cotizó desde el 01 de junio de 1985², (ii) el 29 de abril de 1994 solicitó traslado al régimen de ahorro individual RAIS administrado en ese momento por Colfondos SA³ y (iii) el 27 de junio de 2007 se trasladó a Porvenir SA.⁴

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

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

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas al ejercicio económico que desempeñan, que las

² Hoja 33 Documento digital 2

³ Hoja 32 Documento digital 2

⁴ Hoja 80 Documento digital 6

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 continuación⁵:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
--------------------------	--	--

⁵ CSJ SL1452-2019

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

Carga de la prueba

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

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

ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

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

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

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

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

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

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

“De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha 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. Igualmente, los bonos pensionales, el porcentaje correspondiente a comisiones, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima y rezagos pensionales, de existir, deberán ser reintegrados debidamente indexados al momento de

cumplirse la orden, con cargo a los recursos 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.

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, la actora se trasladó a la AFP Porvenir SA el 3 de diciembre 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 Asofondos⁶

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 5:10:38 PM
Afiliado: CC 79262115 MARIO FERNANDO GOMEZ SILVA

Vinculaciones para : CC 79262115

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	1994-04-29	2004/04/16	COLFONDOS COLPENSIONES			1994-05-01	2007-07-31

⁶ Folio 35 – Documento digital 9 – Cuaderno del Juzgado

Por tanto, Colfondos SA 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 la demandante suscribió el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*» a través de la cual pretendió hacer constar que estuvo debidamente informada 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, contrario a lo afirmado por Colpensiones en su recurso de apelación.

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

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 Porvenir SA, que consiste en la oposición a la indexación ordenada sobre los valores a reintegrar, 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 la AFP privada no cumplió con su deber de asesoría, acompañamiento y buen consejo, lo que tornó inútil el gasto de administración, siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado.

No obstante, en virtud que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 4.º del proveído recurrido, respecto a que además de lo ya ordenado, deberá Porvenir SA devolver rendimientos y cuentas de rezago si las hay, estos últimos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades. Asimismo, se adicionará el mentado numeral para que Colfondos SA reintegre los valores ordenados debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades.

En aras de evitar posteriores trámites administrativos y judiciales se adicionará la sentencia bajo estudio para que Colpensiones una vez reciba los recursos por parte de Porvenir SA y Colfondos SA 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).

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.º del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

Colpensiones en la contestación de la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, por lo que fue vencida en juicio y tal como lo establece la norma aplicable ya reseñada, 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 y a Porvenir SA apelantes infructuosos, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una la suma de Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE (\$1.500.000.00).

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 4.º de la sentencia de 3 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a Porvenir SA que, además de lo ya dispuesto, deberá devolver rendimientos y cuentas de rezago si las hay, esto último debidamente indexado y con cargo a sus propias utilidades. Asimismo, Colfondos SA deberá reintegrar los dineros ordenados en la sentencia de primer grado debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades.

SEGUNDO: ADICIONAR la anotada sentencia, en el sentido de ordenar a Colpensiones para que una vez reciba los recursos por parte de Porvenir SA y Colfondos SA realice 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 y Porvenir SA apelantes infructuosos y a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE (\$1.500.000.00) a cargo de cada una.

QUINTO: DEVOLVER por Secretaría el expediente al Juzgado de origen, una vez quede en firme esta decisión.

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