

**REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL**



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

**DEMANDANTE:** LUZ MARY MORA RENDÓN  
**DEMANDADOS:** COLPENSIONES Y OTROS  
**LLAMADO GAR:** ALLIANZ S.A.  
**RADICACIÓN:** 76001-31-05-012-2023-00401-01  
**ASUNTO:** Apelación y consulta sentencia de enero 26 de 2023  
**ORIGEN:** Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali  
**TEMA:** Ineficacia de traslado de régimen pensional  
**DECISIÓN:** Adiciona.

**MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER**

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A., COLFONDOS y COLPENSIONES así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, frente a la Sentencia No. 092 del 26 de enero de 2024, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **LUZ MARY MORA RENDÓN** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-012-2023-00401-01**.

**SENTENCIA No. 069**

**DEMANDA Y SUBSANACIÓN**<sup>1</sup>. Solicita la accionante se declare la nulidad del traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A. y COLFONDOS S. A.; como consecuencia de ello, se ordene su regreso automático a COLPENSIONES con el traslado de la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual con todos sus rendimientos, y se condene en constas procesales a las demandadas, lo extra y ultra petita.

<sup>1</sup> Fs. 1-13 Archivos 03 y 08 Expediente Digital

En respaldo de sus pedimentos, manifestó que nació el 15 de marzo de 1960; encontrándose afiliada al RPMPD desde el 10 de mayo de 1986, se trasladó al RAIS el 20 de diciembre de 1998 motivada por unas supuestas mejores condiciones pensionales que le fueron ofrecidas por funcionarios de PORVENIR S.A. y porque el fondo público presuntamente desaparecería; que le indicaron que el RAIS le resultaba más conveniente, pues tendría una mejor mesada por lo cual suscribió solicitud de afiliación; posteriormente, el 9 de noviembre de 2000 se pasó a COLFONDOS S. A. con la promesa de mejores rendimientos; que en marzo de 2008 suscribió formulario de vinculación o actualización al SGSSP para retornar a COLPENSIONES para así retomar el régimen de transición, formulando también derecho de petición para ello; ella no tuvo una información veraz, realmente informada ni oportuna en ninguno de los fondos privados; como nunca recibir respuesta favorable, el 30 de junio de 2023 solicitó su retorno a COLPENSIONES, la cual le fue negada por su edad y la prohibición legal respectiva; a la fecha de presentación de esta demanda cuenta con 1.458,71 semanas cotizadas, 228.71 en el RPM y 1.230 en el RAIS.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**COLPENSIONES.**<sup>2</sup> La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que, como consta en las pruebas documentales aportadas, la demandante de manera libre suscribió el traslado desde el ISS al fondo privado, razón por la que tal acto es legal y válido y no se ha demostrado ningún vicio del consentimiento, por ello, la entidad no está obligada en realizar el traslado de la actora al RPMPD. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Ausencia de los requisitos exigidos por la ley para obtener la nulidad del traslado de régimen, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, carencia probatoria, prescripción, buena fe y la genérica.

**PORVENIR S.A.**<sup>3</sup> La AFP, haciendo primero claridad de la imposibilidad de evitar el litigio, dada la existencia de prohibiciones legales vigentes, presentó oposición a todas las pretensiones del libelo y, como argumentos de defensa, sostuvo que, la demandante suscribió formulario de afiliación, siendo ilustrada e informada suficientemente sobre las bondades, beneficios

---

<sup>2</sup> Fs. 1-74 Archivo 17 Expediente Digital

<sup>3</sup> Fs. 1-98 Archivo 15 Expediente Digital

y limitaciones de los dos regímenes (RAIS y RPM), tomando ella misma la decisión de vincularse al RAIS, es decir que, su vinculación se realizó de forma libre, espontánea, sin presiones y totalmente informada, ya que la explicación de las características técnicas del RAIS no implica que se le haya hablado únicamente de ventajas, se le dio la información que exigía la ley en ese momento, que se le habría informado de su derecho de retracto y no lo ejerció. Propone como excepciones de fondo las que denominó: No hay retroactividad de la norma para exigir obligaciones en el deber de información, inexistentes al momento del traslado; efectos de la ineficacia de un acto jurídico, restituciones mutuas, enriquecimiento sin causa en las restituciones mutuas, improcedencia de devolución de gastos de administración y prima del seguro provisional, buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, y prescripción.

**COLFONDOS S.A.**<sup>3</sup> La AFP se opuso a todas las pretensiones, aduciendo haber dado la información veraz, oportuna y suficiente y agrega – además – que cuando pidió el retorno al RPM se encontraba ya inmersa en la prohibición del artículo 2° de la ley 797 de 2003, por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensionarse, que se encuentra en el RAIS en ejercicio de su libre elección y de manera válida. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: 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 afiliación al fondo de pensiones obligatorio administrado por COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado, compensación y pago y la genérica.

**ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S. A.**<sup>4</sup> Se opuso a su vinculación y llamamiento en garantía y a todas las pretensiones de las acciones, aclarando que como aseguradora es ajena a todo el debate procesal planteado. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Abuso del derecho por parte de COLFONDOS S. A. al llamar en garantía a su representada, aun cuando la AFP tiene pleno conocimiento que no le asiste el derecho de obtener la devolución y/ o restitución de la prima; inexistencia de la obligación de restitución de la prima del seguro previsual al estar debidamente devengada debido al riesgo asumido; inexistencia de obligación a cargo de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. por cuanto la prima debe pagarse con los

recursos propios de la AFP cuando se declara la ineficacia de traslado; la ineficacia del acto de traslado no conlleva la invalidez del contrato de seguro previsional; la eventual declaratoria de ineficacia de traslado no puede afectar a terceros de buena fe; falta de cobertura material de la póliza de seguro previsional No. 0209000001; prescripción extraordinaria de la acción derivada del seguro; aplicación de las condiciones del seguro y cobro de lo no debido.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 09 del 26 de enero de 2023, resolvió:

**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por **COLPENSIONES, PORVENIR, COLFONDOS S.A y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.** respecto de las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: DECLARAR** la **INEFICACIA DEL TRASLADO** efectuado por la señora **LUZ MARY MORA RENDÓN** al régimen de ahorro individual y de todas las afiliaciones que ésta haya tenido a administradoras del último régimen y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

**TERCERO: CONDENAR** a **COLFONDOS S.A** a trasladar a **COLPENSIONES** el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la señora **LUZ MARY MORA RENDÓN** incluyendo los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar.

**CUARTO: CONDENAR** a **COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A** a devolver los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados.

**QUINTO: COSTAS** a cargo de **COLPENSIONES, PORVENIR Y COLFONDOS** a favor de la accionante. Tásense por secretaría del despacho fijando como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de este proveído a cargo de cada una.

**SEXTO: DECLARAR PROBADA** de oficio la excepción de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** a favor de la llamada en garantía **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A** -. y en consecuencia se absuelve de todas las pretensiones contenidas en el llamamiento en garantía que le efectuó **COLFONDOS S.A.**

**SÉPTIMO: CONDENAR** en costas a **COLFONDOS** en favor de **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A** -. Tásense por secretaría del despacho fijando como agencias en derecho una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de este proveído.

**OCTAVO: REMITIR** el expediente ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

**NOVENO: INFORMAR al MINISTERIO DEL TRABAJO y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO sobre la remisión del expediente al superior jerárquico.**

**DÉCIMO: DEJA SIN EFECTO todo trámite relativo a la emisión de bono pensional tipo en favor de la accionante.”**

Como fundamento de su decisión, señaló la a quo, en síntesis, que la jurisprudencia Laboral ha sido reiterada en cuanto el deber de información que tienen las AFP previo a que se realice un traslado de régimen pensional, obligación que existe desde el momento en que se creó el SGSSP y; además, que es carga probatoria de las administradoras demostrar que cumplieron con dicha obligación, lo cual no hizo PORVENIR S.A.ni COLFONDOS en este asunto, ya que del material probatorio obrante en el proceso no se pudo verificar que la AFP del RAIS haya cumplido con el deber de información en relación con las circunstancias particulares de la demandante, por ejemplo, qué consecuencias tendría el traslado de régimen pensional, qué beneficios obtendría y cuáles perdería, y qué perjuicios se generarían, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho, tampoco se puede hablar que los actos de relacionamiento den pie para no acceder a la ineficacia; aspecto que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de ese acto, junto con las consecuencias propias que ello acarrea para las AFP privadas de trasladar al RPMPD todos los valores recibidos durante el tiempo de permanencia de la demandante en el RAIS, y que se encuentre en la cuenta de ahorro individual, lo que incluye aportes, rendimientos, gastos de administración, bonos pensionales, más gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados.

### **IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM**

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, fundamentando su inconformidad en que para su representada no es posible conceder el traslado de personas que, sin ser del régimen de transición, y faltándoles menos de 10 años para pensionarse, simplemente porque consideren más beneficioso estar en el RPM, puesto que hay prohibición legal expresa para que no se atente contra la sostenibilidad financiera; el deber de información está reglado y compete a las AFP, en el caso no se evidencia engaño y por el contrario, le demandante suscribió el formulario de afiliación libremente, tampoco se puede alegar después de tantos años, nadie puede ir en contra

de sus propios actos, por lo cual la sentencia debe revocarse. También se opone a las costas, aclara que las condenas están a cargo de las AFP privadas, y COLPENSIONES simplemente ejerció su natural derecho a la defensa.

**PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación respecto la condena a la indexación ordenada, pues conforme al concepto del Tribunal de Cali, contenido en la Sentencia 146 del 9 de julio de 2023, no hay lugar a ello, pues los rendimientos compensan la depreciación que pudo darse por la inflación, pedir las dos cosas constituye un enriquecimiento injusto para COLPENSIONES. Por último, señaló que tampoco procede la indexación, ya que la pérdida del poder adquisitivo se compensa con los rendimientos, lo cual implica un doble cobro.

**COLFONDOS** apela aduciendo que hubo una selección libre y voluntaria, recibió toda la información necesaria, lo que quedó plasmado en el formulario de afiliación, adicionalmente estuvo en otros fondos, lo que denota su conformidad con el RAIS. Alega que las leyes no pueden aplicarse como se está haciendo, se debe tener en cuenta la vigente al momento de los hechos. Dice que no es viable devolver los gastos de administración ni de seguros provisionales, pues son recursos que no entran al fondo, ya se ejecutó el contrato de seguros, por tanto, no pueden revertirse actos ya consumados, y es enriquecimiento sin causa para COLPENSIONES, pide absolución de costas.

### **ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, el cual transcurrió tal como consta en el expediente. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "...las materias objeto del recurso de apelación..." de conformidad con el principio de

consonancia, más el estudio de la consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C. P. del T. y de la S. S..

**PROBLEMAS JURÍDICOS.** En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centran a resolver: **(i)** si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora LUZ MARY MORA RENDÓN al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A.; **(ii)** sí en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, es procedente ordenar a las AFP del RAIS demandadas, la devolución de los gastos de administración al RPMDP y demás emolumentos recibidos durante el tiempo de permanencia de la promotora de la acción en el régimen privado; de ser así; **(iii)** determinar si dichos emolumentos deben reintegrarse indexados o no; **(iv)** si se debe o no condenar en costas a las demandadas.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados dentro del presente asunto, a saber, que: **i)** la señora LUZ MARY MORA RENDÓN nació el 15 de marzo de 1960; **ii)** se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 10 de mayo de 1986, cotizando al RPM 228.71 semanas; **iii)** se trasladó al RAIS el 20 de diciembre de 1998, a través de PORVENIR S.A.; **iv)** el 9 de noviembre de 2000 se pasó a COLFONDOS S. A.

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera ya pacífica y reiterada desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene

actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019 y en la SL 1055 de 2 de marzo de 2022.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las AFP el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, *“... el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”* Así lo ha expresado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias con radicaciones Nos. 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado en Sentencia SL2611-2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de

información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019 y SL 1055 de 2022, cuando en esta última providencia la Corte recalca que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para verificarse el deber de información la persona afiliada tenga que ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o esté próxima a consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no”*.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, que asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, por ser el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PORVENIR S.A., que tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, aplicable por analogía del artículo 145 del CPTSS, ante la existencia de *“afirmaciones o negaciones indefinidas”*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información al afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ *“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”* (SL2817-2019). Bajo ese panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que éstos aporten las pruebas que constaten la información brindada.

En este caso, si bien la demandante suscribió el formulario de afiliación con PORVENIR S.A., y posteriormente se trasladó a COLFONDOS no por ello puede deducirse que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado y mucho menos que conociese sobre las consecuencias que el traslado de

régimen acarrearía frente a su derecho pensional, teniendo en cuenta que era deber de la administradora poner de presente a la potencial afiliada todas las características del régimen pensional que le estaba ofertando para pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo al juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a PORVENIR S.A., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que tal como lo pregona la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia SL1055-2022, desde el orden jurídico sí se contemplaba un deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema, el legislador previó en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional.

Aunado a lo anterior debe decirse que dentro del proceso no se le exigió a la AFP privada convocada al proceso, acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía, y no lo hizo, pues no aportó elemento de prueba, más allá de formulario de afiliación, para demostrar tal aspecto.

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de la señora LUZ MARY MORA RENDÓN, pues ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden a PORVENIR S.A. de remitir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo los rendimientos financieros y, adicionalmente, que tanto esa AFP como COLFONDOS S.A., deben trasladar al RPMPD los gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993, las

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, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada al RAIS.

Frente a la devolución de los gastos de administración, se tiene que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante, como ya se dijo, se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que ésta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos; lo anterior es ya, un tema pacífico y reiterado en la jurisprudencia de la casación laboral de nuestra Corte Suprema, ver, entre otras, las sentencias SL373 de 2021, SL4989-2018, SL17595-2017, e incluso, desde la sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, que indicó:

*“(...) 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 lo 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. (...)”*

En ese sentido, como quiera que en el proceso no hay medio probatorio alguno para demostrar el cumplimiento de la obligación de información que le correspondía frente al demandante, ilustrándolo acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado; ergo la afiliación al RAIS es ineficaz y, en consecuencia, las cosas vuelven al *statu quo* (CSJ SC3201-2018, SL1688-2019, y SL373-2021).

Colofón de la ineficacia del traslado de régimen declarada y ante el incumplimiento de sus obligaciones legales por parte de PORVENIR S.A. y COLFONDOS, no existen razones jurídicas para que las AFP del RAIS no trasladen a COLPENSIONES todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la accionante, incluidos los gastos de administración y demás emolumentos cobrados, pues de no retornarlos, ello se constituiría en un enriquecimiento sin causa por parte de las entidades privadas, y en un perjuicio para COLPENSIONES, ya que al tener que recibir

a la demandante nuevamente en el RPMPD, será este fondo administrador el obligado a reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir todos los valores que sirven para financiar tales prestaciones.

Sin embargo, habrá de adicionarse la sentencia en el entendido que el a quo omitió señalar que, al momento de cumplirse esa orden por la AFP del RAIS, 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., como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral desde las sentencias CSJ SL3803-2021 y CSJ SL1055-2022.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por las AFP del RAIS debidamente indexados, nada tiene que ver con que el ahorro pensional de la promotora de la acción haya generado unos rendimientos, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que no hacen parte del ahorro pensional de la cuenta individual, sino que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados, por lo que no le asiste razón a la apoderada de PORVENIR S.A. en sus argumentos de alzada.

Ahora, en relación con el fenómeno extintivo de la prescripción, huelga recordar que la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838 y SL4360-2019 de octubre 9/2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico. Amén de lo expuesto, el análisis de la

prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento, pues vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

La misma lógica, además, se aplica a la prescripción de los gastos de administración y los demás conceptos que ha de devolver la AFP del RAIS, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687- 2021), amén que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia, es que las cosas vuelvan al *statu quo*.

De otro lado, hay que anotar que no le asiste razón a COLPENSIONES expuestos en la contestación de la demanda relativos a que por faltarle al demandante menos de 10 años para pensionarse conforme la prohibición en el artículo 2° de la ley 797 de 2003, le impedía trasladarse, pues como ya se dijo, lo que prima es la falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, ergo la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que se produjese el acto que se está declarando ineficaz, como si su vinculación al RAIS nunca hubiera existido.

Asimismo, se tiene que, que como lo ha indicado el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinara Laboral, la orden de recibir nuevamente al promotor de la acción no afecta patrimonialmente, ni le causa desequilibrio financiero al RPMPD ni a la AFP de dicho régimen, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del afiliado en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Sumado a lo anterior, el Acto 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales

*pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema». Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, señaló que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 de mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Ergo, en aplicación de la línea jurisprudencial pacífica de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia de traslado no afecta el principio de sostenibilidad financiera, ni repercute en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen se hará con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la parte actora, por lo cual se confirmará la decisión en ese sentido.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por no haber prosperado el recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **CUARTO** de la Sentencia No. -- del 26 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **DECLARAR** que al momento de cumplirse las órdenes impartidas a **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., COLFONDOS y COLPENSIONES. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago para los fondos privados y de \$100.000 a cargo de COLPENSIONES.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

Firma electrónica

**MARÍA ISABEL ARANGO SECKER**

**Ponente**

**(Salvamento de voto parcial en cuanto a las costas a cargo de COLPENSIONES)**



**FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO**



**CAROLINA MONTOYA LONDOÑO**

**SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL FRENTE A LA IMPOSICIÓN DE COSTAS A CARGO DE COLPENSIONES EN LOS CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO.**

Con el debido respeto que siempre profeso hacia las decisiones de la Sala, me permito salvar parcialmente el voto, exclusivamente en lo tocante a la condena en costas a COLPENSIONES, que en mi criterio no debe hacerse en ninguna de las instancias, por las razones que a continuación expondré.

Si bien es cierto que, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, consagra la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso, o a quien se

le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión propuestos; no lo es menos que, es por circunstancias todas ajenas a su actuación que COLPENSIONES resulta “condenada a”, o mejor se le da la orden judicial de recibir a el (la) demandante para ser pensionado(a) en ese régimen con el traslado de todo lo que se encuentre en el fondo privado, saldos obrantes en su cuenta individual junto con sus rendimientos financieros, así como gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que estuvo afiliado(a) a el(los) fondo(s) privado(s).

Es menester recordar que, conforme a la pacífica jurisprudencia sobre los efectos prácticos que siguen a la declaración de ineficacia del traslado, es la vuelta al *status quo ante* de la migración de régimen pensional, con efectos *ex tunc*, esto es, desde siempre, como si el acto jamás hubiese existido (CSJ SL SL5292-2021, SL2693-2022.)

Siguiendo este hilo conductor, realmente, **a COLPENSIONES se le impone recibir a esas personas de nuevo en el RPMD, por tanto, ni siquiera ha sido estrictamente vencida en juicio, al declararse la INEFICACIA de la afiliación al RAIS se retrotraen las cosas a su estado anterior, y ello tiene la consecuencia de devolver esos afiliados al RPM, es más una imposición, resultado de retrotraer las cosas al estado original, que una condena.**

No se debe perder de vista que, COLPENSIONES no hizo parte del acto de traslado, no era la obligada a dar la información veraz, clara y concreta acerca del traslado de régimen a la parte hoy demandante, no podía retenerlo(a) en su fondo, ni tuvo injerencia para lograr su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-; adicionalmente, su negativa a acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera justa la imposición de costas; amén que al tratarse de una entidad pública es su deber intentar defender los intereses de la misma, por lo que no le es dable allanarse a la demanda, ni decretar por sí misma la ineficacia.

Ergo, trasladar a COLPENSIONES, vía condena en costas las consecuencias del incumplimiento al deber de información que incumbía a

las Administradoras de Fondos Privados, es malinterpretar la teleología del artículo 365 numeral primero del CGP.

Se lee en un magistral aparte de una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. de agosto 5 de 1.980:

*"Para entender la ley no basta repasar su tenor literal. Han de conocerse también la realidad social concreta donde impere y la idiosincrasia y condiciones de los seres humanos cuya conducta rige. **La ley no es un acopio de textos rígidos, fríos e inertes que aplica un juez hierático sumido en la abstracción. Es, al contrario, una fuente dinámica, siempre antigua y siempre nueva, de progreso social y de cultura, de equidad y armonía que, a través de su recto y equilibrado entendimiento, promueve la solidaridad entre los hombres, mediante el recíproco respeto de su dignidad y de sus derechos**". (Resaltado ex texto original).*

Parágrafo que hago propio para responder a quienes consideren que, merced al numeral primero del artículo 365 del CGP, debe condenarse en costas a COLPENSIONES, amén que lo que al fondo público se le da, por el devenir jurisprudencial, más que una condena es una orden que nace de la necesidad de salvaguardar los derechos pensionales de toda una generación, que a ciegas y engañada, confió su futuro pensional a la "creación" legislativa de los fondos privados, que como muchas otras, nacieron, sin un estudio económico y financiero sólido ni responsable.

Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia del juez, respecto de las costas, constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el juez advierta que la condena en costas se torna manifiestamente injusta, podrá apartarse, fundamentando su decisión. En otras palabras, es posible eximir de esa condena en costas, cuando exista mérito para ello, por mediar razón fundada para litigar, pero ello no implica la mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo para eximirlo, lo que sobradamente sucede en los casos como el que concita la atención de esta Sala, como se ha explicado en precedencia.

Por otra parte, las injustas y múltiples condenas en costas, impuestas a COLPENSIONES en los casos de ineficacia del traslado de régimen, atentan a no dudar contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la

planeación de la reserva pensional, que por mandato constitucional es deber de los jueces y autoridades salvaguardar.

De esta forma expongo los argumentos que defienden mi posición.

Fecha *Ut supra*.

Firma electrónica  
**MARÍA ISABEL ARANGO SECKER**  
**Magistrada**

Firmado Por:  
Maria Isabel Arango Secker  
Magistrada  
Sala 013 Laboral  
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9457c5a9e75ab1c6d948c1548e149f8b25f0faf5859aeaa8f791fed2abf8a954**

Documento generado en 18/03/2024 10:19:06 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**