



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Cali**  
Sala Sexta de Decisión laboral

## **KATHERINE HERNÁNDEZ BARRIOS**

### **Magistrada ponente**

Proceso	ORDINARIO LABORAL
Radicado	76001310502120240019201
Demandante	JOSÉ HERNÁN LANCHEROS ALCARCEL
Demandando	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.
Enlace del expediente	<a href="#">ORD 76001310502120240019201</a>

En Santiago de Cali, a los treinta y uno (31) del mes de octubre de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Sexta de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali procede a dictar la siguiente decisión:

### **I. ANTECEDENTES**

El demandante presentó proceso ordinario laboral para que se declarara la ineficacia de la afiliación y traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad; en consecuencia, se condenara a las AFP privadas a devolver todos los valores, aportes, cotizaciones, bonos pensionales, cuotas de administración, intereses rentabilidad y demás sumas de dinero que

haya obtenido o recibido con motivo de la afiliación de aquel al RAIS.

A su vez, ordenar a Colpensiones recibir todos los valores que fueran reintegrados y adelantar los trámites necesarios para mantenerse afiliado al RPM, junto con la actualización de su historia laboral.

Contó que nació el 6 de marzo de 1964 y cotizó al Sistema General de Pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones “*de octubre de 1986 hasta febrero de 1998*”, fecha en que se trasladó a Protección S.A.

Informó que, en ese momento no se le explicaron las condiciones de la afiliación, ni mucho menos se le hizo una proyección pensional para identificar las ventajas y desventajas en cada uno de los regímenes, mucho menos se le proporcionó información veraz y completa respecto a las consecuencias negativas o positivas que tendría con la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (RAIS).

Expresó que, en junio de 2000 se vinculó a Colfondos S.A. hasta febrero de 2002 cuando se trasladó a Porvenir S.A. y, finalmente, en mayo de 2005 decidió que su prestación social debía estar administrada por Skandia S.A.

Sostuvo que, en el 2013, nuevamente se trasladó a Protección, oportunidad en la que tampoco se le brindó ningún tipo de información al respecto, para poder decidir de manera consciente su futuro pensional.

Asimismo, enfatizó que en las movilidades que hizo entre una administradora y otra siempre persistió ese actuar omisivo o negligente de las AFP, que menoscabó su derecho a la dignidad humana y al mínimo vital, pues le quitó la expectativa de obtener una mesada pensional mejor

y mayor de la que recibiría en el fondo privado.

Relató que, presentó reclamación administrativa en la que solicitó el traslado de régimen pensional, el cual fue contestado por la entidad demandada en forma negativa (archivo 2).

## **II. CONTESTACIONES A LA DEMANDA:**

PORVENIR S.A. refirió que la vinculación realizada por el demandante era un acto válido, pues suscribió solicitud de vinculación de manera libre, espontánea y sin presiones luego de haber recibido asesoría por parte de aquella, donde se le suministró toda la información completa de modo verbal, necesaria y personalizada respecto a las características, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en especial, frente a la pérdida del régimen de transición, a fin de que pudiera tomar la decisión que considerará más conveniente.

Por otro lado, mencionó que en gracia de discusión, si se declarara la ineficacia del traslado, no era procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, en primer lugar, porque dicho mandato no se ajustaría a las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas como lo señala el artículo 1746 y 1747 del Código Civil, en el entendido que la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso unas sumas depositadas en una cuenta, igualmente deberá devolver las que invirtió para mantenerlo y para incrementarlo en cumplimiento de mandatos legales que está obligada a acatar.

En segundo lugar, porque es claro que siempre actuó de buena fe y de conformidad con las normas que rigen la materia frente a la vinculación y al manejo de los recursos efectuados a su nombre en el Fondo de Pensiones Obligatorias, dado que dichas sumas ya fueron

debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual de la demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos y cuyos rendimientos fueron abonados a su cuenta.

Y, como excepciones formuló:

*Hecho exclusivo de un tercero, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, improcedencia de la carga probatoria invertida a la AFP accionada conforme sentencia su-107/24 M.P. JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR expediente: t-7.867.632 ac de la corte constitucional, prescripcion (sic) de los gastos de administracion (sic), falta de causa para pedir-inexistencia de la obligación, improcedencia de traslado de gastos de administración en caso de condena, improcedencia de indexacion (sic) en los rubros a trasladar en caso de condena, improcedencia del traslado de los descuentos realizados a los aportes del afiliado con destino al pago de seguros previsionales por invalidez y muerte, restituciones mutuas, buena fe, excepción innominada. (archivo 12)*

COLPENSIONES afirmó que el afiliado se encontraba vinculado válidamente ante el fondo de pensiones SKANDIA S.A. por haber sido su decisión libre voluntaria y sin presiones, como el haber aceptado las condiciones pensionales que este fondo le brindó, así que debía atenerse a lo establecido en los artículos 2 de la Ley 797 de 2003 y 1 del Decreto 3800 de 2003.

Presentó como excepciones de fondo *“Innominada, inexistencia de la obligación, carencia del derecho, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido”* (archivo 13).

COLFONDOS S.A. mencionó que no existió omisión por parte de la entidad al momento de entregar a José Hernán Lancheros Alcarcel toda la información que este requería para que tomara una decisión frente al

traslado del RPM al RAIS de manera informada, aunado a que al suscribir de forma libre, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza el formulario de afiliación al RAIS ratificó su traslado de régimen y es así como nunca presentó reclamación alguna conforme lo reglado en el artículo tercero del Decreto 1161 de 1994 que establece un plazo de cinco (5) días siguientes a la fecha de vinculación para presentar retracto al cambio de régimen.

En consecuencia, recalcó que actuó de manera profesional, transparente y prudente en contraposición a lo afirmado por el demandante, siendo éste quien decidió de manera libre y espontánea, con consentimiento informado, su traslado de régimen. Y, como medios exceptivos señaló:

*Prohibición de traslado de régimen pensional, inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la parte actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A, compensación y pago, enriquecimiento sin justa causa ante una eventual condena frente a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, excepción genérica (innominada)*

Llamó en garantía a la ASEGURADORA ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. para que, en caso de que, se emitiera una sentencia condenatoria se le ordenara devolver los conceptos correspondientes a los seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia, en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos con dicha entidad (archivo15).

SKANDIA S.A. señaló que el traslado realizado por el afiliado era perfectamente válido y tenía lugar únicamente por la decisión libre, voluntaria y unilateral de la persona que deseaba vincularse a dicho régimen y Administradora, máxime si para el caso específico, el demandante ya venía de un Fondo Privado, perteneciente al RAIS y por ende conocía las condiciones pensionales, en tanto dicha afiliación no

reportaba ningún cambio de régimen, por cuanto la naturaleza jurídica y la normatividad que se debía cumplir para el reconocimiento de prestaciones económicas es el mismo tanto en el Fondo de Pensiones actual como en la AFP de la cual solicitó el traslado.

Promovió como excepciones de fondo: *“los lineamientos de la corte suprema de justicia en lo que se refiere al deber de información en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones, se constituye como una violación al principio de confianza legítima, la parte demandante no probó el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, configuración de reintegro de prima de seguro previsional, compensación, prescripción del porcentaje de los gastos de administración, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, buena fe, genérica”.*

Llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. con la finalidad de que aquella realizara la devolución de saldos, en tanto que fue esa sociedad la que recibió tales ingresos (primas) y, por tanto, en ese patrimonio reposaban esas sumas (archivo 16).

PROTECCIÓN S.A. relató que actuó con estricta sujeción a la ley, sin que, para ese negocio jurídico, se presentara objeto o causa ilícita ni la omisión de algún requisito o formalidad que la ley de seguridad social prescribiera para el valor de los actos de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como tampoco vicios del consentimiento.

Dijo que, para la fecha de afiliación al RAIS, el demandante no era una persona excluida del RAIS, conforme al artículo 61 de la Ley 100 de 1993 y aquél pretendió, consintió y ratificó su el traslado; además. Presentó como excepciones de fondo:

*Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez del traslado del actor al rais, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, prescripción de devolución*

*de comisión o gastos de administración, compensación y pago, buena fe de la entidad demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A. innominada o genérica (archivo 17).*

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. concertó la Póliza de Seguro de Invalidez y Sobrevivencia No. 02090000001 con la AFP COLFONDOS S.A., con la obligación condicional de pagar, eventualmente, la suma adicional que se requiera para completar el capital necesario para financiar el monto de la pensión de invalidez o sobrevivencia, sujetándose a la vigencia y a las condiciones del amparo que determinan el alcance y ámbito de aplicación de dichos contratos.

Sin perjuicio de lo anterior, en su calidad de aseguradora previsional dijo que no tenía relación con las pretensiones incoadas, toda vez que la administración de los aportes efectuados por los afiliados del Sistema General de Pensiones les correspondía única y exclusivamente a las administradoras de fondos de pensiones en el RAIS y a la Administradora Colombiana de Pensiones en el RPM, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, no existía fundamento legal, contractual ni jurisprudencial que permitiera la imposición de condenas en su contra (archivo 30).

Por auto de 17 de mayo de 2024 se dejó constancia que SKANDIA S.A. renunció al llamamiento en garantía de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (archivo 22).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Cali, por fallo del 13 de agosto de 2024, resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de INEXISTENCIA DE*

*OBLIGACIÓN A CARGO DE ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. POR CUANTO LA PRIMA DEBE PAGARSE CON LOS RECURSO PROPIOS DE LA AFP CUANDO SE DECLARA LA INEFICACIA DE TRASLADO; formulada por el llamado en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.*

*SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES E.I.C.E.; la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLFONDOS S.A.*

*TERCERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad del señor JOSE HERNÁN LANCHEROS ALCARCEL, efectuada el 1 de abril de 2000 y la cual se hizo efectiva a partir del 1 de abril de 2000, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES E.I.C.E., ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.*

*CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES E.I.C.E., el saldo total de la cuenta de ahorro individual del señor JOSE HERNÁN LANCHEROS ALCARCEL, de condiciones civiles conocidas en este proceso, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, -si los hubiere constituidos-, el porcentaje de las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima junto con las cotizaciones voluntarias si se hubieren hecho, así como los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo al patrimonio propio de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., esto último todo el tiempo que permaneció afiliado a tal AFP. Sumas estas que deberán ser discriminadas por ciclos, periodos de cotizaciones, IBC, y demás información que sea relevante, para lo cual se otorgará un plazo de treinta días (30) hábiles contados desde la ejecutoria de la sentencia.*

*CUARTO: CONDENAR a todas las demandadas, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993 y el porcentaje de las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo al patrimonio propio de las mismas, durante las fechas en las que el actor*

*permaneció afiliado a cada fondo.*

*QUINTO: ORDENAR que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES E.I.C.E., reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida del señor JOSE HERNÁN LANCHEROS ALCARCEL de condiciones civiles conocidas en el plenario, debiendo recibir la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, los gastos de administración y demás conceptos aquí condenados.*

*SEXTO: CONDENAR en costas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES E.I.C.E., a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A por haber sido vencidas en juicio, fijando la suma de un (1) S.M.L.M.V., como agencias en derecho para cada una de las entidades y en favor de la parte demandante. Asimismo, condenar en costas a COLFONDOS S.A. por el llamamiento en garantía en favor de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., por haber sido vencidas en juicio, fijando la suma de un (1) S.M.L.M.V.*

*SÉPTIMO: REMÍTASE en consulta al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali Sala Laboral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S. en favor la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES E.I.C.E.*

Consideró que en esta clase de procesos la inversión de la carga de la prueba era un ejercicio de justicia, así como lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia, correspondiéndole a la AFP demostrar que brindó toda la información adecuada para que el afiliado tomara la decisión que le era más conveniente, circunstancia que no ocurrió pues no se allegó al acervo probatorio siquiera prueba sumaria que así lo constatará.

Por ello, resultó procedente declarar la eficacia del traslado del régimen y retornar las sumas que tenía el demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros, seguro previsional y los dineros que fueron destinados al fondo de garantía de pensión mínima.

Respecto al llamamiento en garantía se analizaron las pólizas de

seguro aportadas y la contestación de la llamada, encontrándose que aquella no era la responsable de restaurar suma alguna, pues era un tercero frente al negocio jurídico que se invalidando.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

COLPENSIONES recurrió y reiteró que la solicitud de ineficacia no es procedente, teniendo en cuenta que, con los documentos aportados con la demanda, no se lograba ni siquiera inferir, la nulidad de afiliación, error o vicio con el consentimiento, toda vez que aquel eligió el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de forma libre espontánea y sin impresiones.

Recalcó que existían unos deberes mínimos, en cabeza de los afiliados al Sistema General de Pensiones, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entendería como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado, siendo la única manera de desvirtuar esta regla mostrar una preexistencia de fuerza que hubiese viciado el consentimiento.

Igualmente, solicitó se revocara la condena en costas, pues Colpensiones no podía tomar la decisión de retornar al demandante al Régimen de Prima Media por sí solo.

PORVENIR S.A. interpuso recurso de manera parcial frente a los numerales quinto y sexto, teniendo en cuenta la sentencia emitida por la Corte Constitucional en 2024 que refiere que a los fondos no se les puede condenar a devolver los gastos de administración, sumado que los mismos fueron invertidos en la previsión del riesgo; y dar aquella orden representaría un enriquecimiento sin justa causa.

Finalmente, refirió que no se debían imponer costas, pues no se opusieron al traslado.

SKANDIA S.A. objeto el numeral quinto, pues el dinero de dichos conceptos no estaba en su poder, dado que Lancheros Arcancel actualmente se encontraba vinculado a PROTECCIÓN S.A., entidad a la que se hizo devolución de todo su saldo; asimismo, pidió la aplicación de la sentencia SU 107 de 2024 emitida por la Corte Constitucional.

COLFONDOS S.A. advirtió que nueva aplicación de la sentencia SU-107 del 2024 eliminó la inversión desproporcionada de la carga de la prueba en cabeza de los fondos, lo que significaba que al demandante le correspondía probar los hechos y normas jurídicas que invocara; además, que se debió considerar el formulario de afiliación como una prueba dentro del acervo probatorio, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que demostraba que el demandante ejerció su derecho a libre elección de su régimen pensional conforme al artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993.

PROTECCIÓN S.A. requirió se revocara el numeral que la obligaba a devolver los gastos de administración, el seguro previsional y los conceptos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, teniendo en cuenta la ya comentada sentencia de constitucionalidad, providencia que fijo lineamientos que debían aplicarse al presente proceso, pues parte de ese dinero fue girado mes a mes a un tercero con el fin de cubrir las contingencias.

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto No. 561 de 2 de octubre de 2024 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por todas las entidades demandadas y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

Una vez realizado y vencido el traslado, Protección S.A. reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada, las demás partes guardaron

silencio.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

## **VI. CONSIDERACIONES**

La Sala encuentra como problemas jurídicos por resolver: i) determinar si se confirma la declaratoria de ineficacia del traslado realizado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de ser así, ii) la procedencia del pago de los rendimientos financieros, gastos de administración, cotización al fondo de garantía de pensión mínima, prima de seguro previsional, bonos pensionales y la indexación, iii) la procedencia de revocar la condena en costas de primer grado respecto a Colpensiones y Porvenir S.A.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 2 de la Ley 797 de 2003, que dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones la posibilidad de escoger libremente uno de los regímenes pensionales y el derecho a trasladarse de uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional, las normas limitaron el derecho de trasladarse de régimen cuando el afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Salvo aquellas personas que tuviesen 15 años cotizados para la entrada en vigor el Sistema Seguridad Social, es decir, el 1° de enero de 1994.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha fijado una línea jurisprudencial clara (CSJ SL17595-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL 1688-2019 y CSJ SL2952-2021, CSJ SL2369-2022, entre otras), oportunidad en la que ha resaltado:

**Deber de información:**

El deber de información de las administradoras de fondos de pensiones se ha establecido desde su creación para con los afiliados, para que aquellos conozcan de manera clara y suficiente los efectos y consecuencias de un cambio de régimen pensional y así pudiesen optar por las diferentes opciones, lo cual acarrea *“descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado”* (CSJ SL1688-2019).

Asimismo, se ha precisado el deber de asesoría y buen consejo que tienen las administradoras para con sus usuarios, lo cual conlleva no solo lo dicho anteriormente sino el estudio y análisis de las características y circunstancias específicas de cada afiliado, por ejemplo, la edad, las semanas de cotización, sus datos relevantes y expectativas pensionales, etc., para que así *“la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora”* (CSJ SL1688-2019).

Finalmente, el deber de doble asesoría consistente en el conocimiento que tiene el beneficiario de ambos regímenes pensionales y así formar su juicio imparcial y tomar la decisión que considere más conveniente.

**Carga de probar el deber de información**

La inversión de la carga de la prueba opera en estos casos, por ende, la tiene la administradora que, en virtud del artículo 1604 del Código Civil,

le incumbe demostrar la supuesta diligencia o cuidado que ha empleado y también por cuanto no se le podría exigir al afiliado que acredite un supuesto negativo que no puede demostrar materialmente; máxime cuando no resulta razonable invertir dicha carga *“toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto del afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b) de la Ley 1328 de 2009)”* (CSJ SL 2380-2022).

### **Formulario de afiliación**

El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, pues se necesita de un verdadero consentimiento informado, pues *“por ser esta información de vital importancia, debe tener una finalidad orientadora frente a las consecuencias que sobrevienen luego del cambio de régimen; es decir, la información que la Administradora suministre al potencial afiliado, no debe limitarse a su mínima expresión, como el diligenciamiento del formulario, que no pasa de ser un documento preimpreso, sino que más aún, debe conllevar una verdadera asesoría que permita dilucidar adecuadamente, respecto de la conveniencia o no del cambio de régimen”* (CSJ SL1651-2022)

### **Declaratoria de la ineficacia del traslado y sus efectos**

La Sala de Casación Laboral, en decisión CSJ SL610-2023, explica el tema así:

*En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinta al de la nulidad, la Sala, en sentencias CSJ SL3155-2022 y CSJ SL3188-2022, explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda, esto es, volver al estado anterior. Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación, en CSJ SC3201-2018, ha afirmado que:*

[...] cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, **o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás**» (negrilla fuera del texto).

*Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él: «La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita».*

*Según la norma, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).*

*De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ha de entenderse que nunca se cambió al Sistema Privado de Pensiones, y si estuvo afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros.*

*Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP Porvenir S.A. debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la accionante y el bono pensional si hubiere lugar. De igual modo, dicha entidad deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones (CSJ SL3465-2022, CSJ SL2229-*

2022 y CSJ SL3188-2022).

En el presente caso, una vez revisadas las documentales allegadas, se tiene que el demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 9 de marzo de 1987 y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual el 27 de febrero de 1998 como se extrae de la historia laboral que reposa en la carpeta 14 del expediente y el documento que se denota a folio 36 del archivo 12.

Asimismo, Protección S.A. no arribó al proceso prueba que demostraran que para la fecha de traslado pensional hubiese cumplido con el deber de información y asesoría de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, aun cuando adjuntaron el formulario de afiliación de la afiliada suscrito por ella con firma y huella pues recordemos que ello no puede convalidar la obligación referida, así como lo ha previsto la jurisprudencia del alto órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Como tampoco las otras administradoras del régimen privado allegaron elemento de juicio alguno que demostraran sus alegatos, tendientes a que al afiliado si se le dio la información necesarios y completa, de la cual pudiera tomar una decisión consciente del cambio de régimen pensional y sin que ello de por sí solo conlleve a tener acreditado un consentimiento del trámite, pues tal como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral, en la sentencia CSJ SL4205-2022:

*En relación con los traslados horizontales, esta Sala ha determinado con profusión que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad».*

*De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores «traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de*

*ratificar la voluntad de permanencia en ellas», como se infiere de las decisiones de esta Corte CSJ SL249-2022 y CSJ SL259-2022.*

De ahí que, esta Sala comparte lo dicho por el juzgado de primera instancia, esto es que, ante la inexistencia de acreditación del deber de información de la administradora para el cambio de régimen procede la ineficacia del efecto jurídico de traslado cuya consecuencia es solo una, esto es, volver todo a su estado anterior y de ahí la devolución de todos los conceptos, discriminados e indexados.

Frente a la aplicación de la SU 127 de 2024 frente al tema de la carga de la prueba, cabe precisar que la Corte Constitucional hace alusión a la carga de la prueba y su dinamización y señala que:

*La Corte Suprema de Justicia también ha invertido la carga de la prueba, en todos estos casos, sosteniendo (i) que cuando un afiliado sostiene que no fue informado respecto de las consecuencias de su traslado, ello corresponde a una negación indefinida; o (ii) que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, “[l]a prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”. La Sala Plena entiende que la tesis expuesta por la Corte Suprema de Justicia, según la cual, siempre que alguien alegue no haber sido informado respecto de las consecuencias de su traslado al RAIS, corresponderá a la AFP demandada demostrar que prestó una asesoría adecuada, busca la protección de la persona. Sin embargo, la aplicación estricta de esta tesis libra al demandante de presentar cualquier prueba, indicio, evidencia o fundamento razonable sobre la existencia del derecho laboral que reclama. De contera, adicionalmente ello también exonera al juez de decretar y practicar pruebas de manera oficiosa. La Corte Constitucional también entiende que la inversión de la carga de la prueba puede ser, dentro del proceso judicial, un recurso más y no el único o el primero al que podría acudir el juez si, como director del proceso, lo estima necesario.*

*El precedente de la Corte Suprema de Justicia hace de la inversión de la carga de la prueba la única herramienta disponible, a pesar de que el ordenamiento jurídico la reconoce como una herramienta más a la que el juez laboral puede acudir -pero no la única-. En consecuencia, la Corte Constitucional reitera que solo las circunstancias que rodean a las partes, en cada caso concreto, pueden permitir al juez evaluar la posibilidad excepcional de invertir dicha carga o de distribuirla. Y esta debe ser una decisión del juez ordinario laboral, en su calidad de director del proceso y que además tiene repercusiones en la autonomía e independencia judicial.*

*Estas razones permiten establecer que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en lo referido a la ineficacia de los traslados, está modificando las reglas relativas a la carga de la prueba. Así, este precedente hace que, en últimas, baste a los demandantes expresar genéricamente en la demanda que no fueron informados al momento del traslado de régimen pensional y, por lo tanto, no se les exige aportar prueba alguna para demostrar los supuestos de hecho que sirven de causa a sus pretensiones.*

*Así pues, dado que las AFP, especialmente en el periodo comprendido entre 1993 y 2009, encuentran dificultades para demostrar que sí informaron a los demandantes -a partir de pruebas directas-, casi la totalidad de estos casos culmina con una sentencia condenatoria. Con dicha regla, aparte de desbalancear la actividad probatoria de las partes, se desconoce que el juez es el director del proceso judicial, se afecta la autonomía e independencia de este para decretar y practicar todas las pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes y se altera la regla acerca de la apreciación y valoración de las mismas conforme a la sana crítica. Precisamente por la dificultad probatoria que comportan este tipo de casos, sería deseable una posición más activa en materia de pruebas, tanto por parte del demandante y del demandado, como por parte del juez.*

Por ello, conforme a lo expuesto en líneas anteriores, en las que hace alusión de lo dicho por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en virtud de su función unificadora y, por ende, atendible por esta Sala dado del conocimiento del precedente jurisprudencial acerca de la justificación de la inversión de la carga de la prueba y de porqué el solo formulario de afiliación resulta insuficiente para probar el deber de información que se requiere en este tipo de asuntos.

Es así que, en este caso, de los elementos de juicio allegados no se logra demostrar que las administradoras de fondos privados demostraran que cumplieron cabalmente dicho deber, por ende, la prosperidad de la ineficacia de traslado de régimen.

En torno a la discusión respecto a la devolución de todos los conceptos, entre ellos, los gastos de administración, el porcentaje de garantía mínima y el seguro previsional, es claro que no le asiste la razón a las pasivas, pues como ya se dijo así lo ha establecido de manera uniforme la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en

su consistente línea jurisprudencial, reflejada entre otras, en la sentencia CSJ SL4297-2022, la cual enseña:

*Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (CSJ SL 5595-2021, CSJ SL2877-2020)”*

Por la ineficacia de traslado de régimen pensional del demandante, las demandadas están obligadas a trasladar a Colpensiones todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del demandante con sus rendimientos, incluidos los aportes para el fondo de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, gastos de administración, cobro de comisiones y bono pensional, sumas que deberán indexarse y detallarse de manera discriminada con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Ahora, frente al argumento de que no procede el traslado de dichos recursos con fundamento en la sentencia de la Corte Constitucional CC SU107-2024, esta Sala se aparta de dicho pronunciamiento, teniendo como fundamento para ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha sido pacífica al señalar que estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones (CSJ SL387-2024, CSJ SL3150-2023 y CSJ SL1084-2023, entre otras) y, además, ha indicado que las restituciones mutuas surgen como una medida sancionatoria al declarar la ineficacia de un acto jurídico, el cual es el cambio de régimen, razón por la cual, las llamadas a soportar

esa carga son las administradoras de fondos de pensiones (CSJ SL4297-2022).

Se debe recordar que la indexación procede en aras de superar el deterioro del dinero producido con el paso del tiempo, conforme lo ha señalado la jurisprudencia (CSJ SL3769-2021).

Finalmente, frente al argumento de Porvenir S.A. y Colpensiones para la revocatoria de la condena en costas impuestas por el *a quo*, considera la Sala que no es de recibo, pues lo cierto es que dicho rubro constituye el conjunto de gastos en que incurren las partes de una relación procesal para obtener la declaración judicial de un derecho, esto es, los costos que aquellas deben sufragar en el curso de un proceso judicial y que se conforman por las expensas y las agencias en derecho, según lo previsto en el artículo 361 del CGP.

El artículo 365 de esa norma, en lo que interesa al recurso impetrado, establece que *“en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquéllos en que haya controversia (...) se condenará en costas procesales a la parte vencida en el proceso», de allí que, como regla general, al finalizar el proceso el juez de la causa debe fulminar condena en costas, no sólo porque su imposición nace del ejercicio propio del derecho, sino porque negar su reconocimiento implicaría que se gravara a la parte vencedora con los costos del trámite procesal, cuando la lógica indica que ese resarcimiento debe estar a cargo del vencido”*.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia CSJ AL1562-2023, dispuso que las costas procesales son una consecuencia inmediata y propia de los procesos judiciales, pues señala *“Ahora bien, sobre el tema puntual cuestionado por la recurrente, la Sala mantiene el criterio de antaño según el cual las costas (...) trata de una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción”*.

Entonces, resulta claro que las costas procesales impuestas en cada etapa procesal no son consecuencia e interpretación por parte del juzgador de instancia, sino el cumplimiento del mandato legal y procesal. Por lo tanto, esta Sala encuentra que la interpretación y aplicación normativa realizada por el a quo se ajusta a derecho.

Por tales motivos, si fue adecuada la condena en costas que le impuso el juzgado de primera instancia.

Y, para resolver el grado jurisdiccional de consulta, cabe precisar que la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en aclarar que, la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan. Es así que, en la providencia CJ SL387-2024, se indicó:

*A diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la litis.*

Por las razones expuestas, la Sala confirmará el fallo proferido en primer grado, de conformidad a lo expuesto en líneas anteriores.

En esta instancia, al tenor de lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP, aplicable por autorización del 145 del CPTSS, se impondrán costas en contra de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES. Como agencias en derecho la suma de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una, que serán liquidadas de conformidad con el precepto 366 del primer estatuto procesal referido.

## VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEXTA 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: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 13 de agosto de 2024 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Cali, por las razones expuestas con anterioridad.

**SEGUNDO: COSTAS** como se indica en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Los magistrados

*Katherine Hernández B.*

**KATHERINE HERNÁNDEZ BARRIOS**

*Alfonso Mario Linero Navarra*

**ALFONSO MARIO LINERO NAVARRA**

*Jose Manuel Tenorio Ceballos*

**JOSE MANUEL TENORIO CEBALLOS**