



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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Magnolia Edith Jiménez Patiño
Accionado	Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones
Radicado	76001310500320230015501

Sentencia N°. 023

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 S.A.** contra la sentencia de 16 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **MAGNOLIA EDITH JIMÉNEZ PATIÑO** contra las recurrentes.

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare nulo o ineficaz el traslado que efectuó del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A., por cuanto su consentimiento estuvo viciado por error; que como consecuencia de lo anterior, se ordene su retorno a Colpensiones, que se ordene a Porvenir S.A. trasladar los aportes con sus rendimientos, que asuma las diferencia a que haya lugar

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

derivadas del cálculo de equivalencia entre regímenes y que se condene a las accionadas al pago de costas y agencias en derecho que se causen.

Como hechos, refirió que nació el 26 de enero de 1960, que se afilió al RPMPD administrado por I.S.S. desde 18 de abril de 1984 y hasta el mes de junio de 1995, fecha en la cual se trasladó a Porvenir S.A., que tal afiliación se dio por cuanto fue abordada por un promotor de la AFP privada, quien le indicó que su pensión sería superior en el RAIS , pero no le informó las condiciones del traslado, ni le entregó proyección pensional alguna, tampoco le suministró información veraz y completa respecto a las consecuencias que tendría su traslado de régimen o sobre su derecho de retracto. Finalmente, indica que el 17 de febrero de 2023 solicitó retornar a Colpensiones, petición que fue resuelta negativamente.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Porvenir S.A. adujo que no le constan los hechos que hacen referencia a la edad del demandante, o su afiliación al RPMPD, como tampoco la reclamación administrativa efectuada a Colpensiones, respecto de la fecha de vinculación a Porvenir S.A. y la información recibida para su traslado afirmó que no son ciertos los supuestos indicados. También se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que *“la parte actora se trasladó una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido a él, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales.* En su defensa, propuso como excepciones la de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y genérica.

Colpensiones afirmó como ciertos los hechos referentes a la fecha de nacimiento y edad del demandante, su afiliación al ISS y su solicitud de retorno a RPMPD; sin embargo frente a la afiliación a Porvenir S.A. y la asesoría recibida por parte del fondo privado aseguró que no le constaba y se opuso a las pretensiones en los siguientes términos: *“con los documentos aportados con la demanda, la parte activa*

no logra si quiera inferir la nulidad de la afiliación, ni el error o vicio alguno del consentimiento que medió, según lo relata el apoderado del demandante, siendo preciso indicar que no es procedente realizar un traslado de régimen pensional en cualquier tiempo, debiendo atenerse el demandante a lo establecido en los artículos 2 de la Ley 797 de 2003 y artículo 1 del Decreto 3800 de 2003. En su defensa, interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, prescripción, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia de 16 de junio de 2023, ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado que hizo MAGNOLIA EDITH JIMÉNEZ PATIÑO al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR, así como de los traslados entre fondos realizados a COLPATRIA hoy PORVENIR y a PORVENIR último al que se encuentra afiliada.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, SE ORDENA a PORVENIR S.A., trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, seguros previsionales, con todos sus frutos e intereses, cuentas de rezago si las hay y bonos pensionales que se hubiesen emitido, pertenecientes a la cuenta de MAGNOLIA EDITH JIMÉNEZ PATIÑO al Régimen de Prima Media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para lo cual, atendiendo la normatividad señalada en la parte motiva, se les otorga un plazo de dos meses contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, previa reclamación administrativa que ante dichos fondos realice la parte activa de esta litis, la que se entiende agotada con la presentación de la presente decisión judicial.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que proceda aceptar el traslado de MAGNOLIA EDITH JIMÉNEZ PATIÑO del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida, junto con los valores señalados en el numeral anterior y que tenga en su cuenta de ahorro individual

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte vencida en juicio. Se fija la suma equivalente a 1 SMLMV como agencias en derecho, a favor de la parte actora y a cargo de cada uno de los fondos involucrados en la presente litis.

QUINTO: CONSULTAR la presente decisión por resultar adverso a los intereses de COLPENSIONES."

Lo anterior, tras resaltar que el fondo privado incumplió la carga de la prueba que le concernía, pues *"no se han aportado por la parte pasiva asumiendo la carga probatoria la documental que soporte que le dio esa información a la demandante, que soporte que la demandante conocía el paralelo de pensiones entre el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media para determinar que existió un a debida información."*

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó recurso de apelación aduciendo que la demandante cuenta con más de 47 años de edad y para la época del traslado al RAIS se encontraba en pleno derecho de efectuar dicha afiliación con base en la libre elección que le asistía. Así las cosas, Colpensiones actuó de conformidad con lo establecido en la ley y no tuvo injerencia en el traslado realizado porque es el fondo privado quien tenía la obligación de información con la demandante.

Sostiene que la demandante se afilió de manera libre y espontánea a dicho fondo, sin que se demuestre error o vicio en el consentimiento al momento de efectuarse dicho traslado y que de admitirse este se desconocería lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues la demandante se encuentra próxima a cumplir la edad para adquirir su derecho pensional.

En su alzada, Porvenir S.A. argumentó que es susceptible de confesión lo relacionado con el deber de información, pues se aporta el formulario de afiliación que de manera libre y voluntaria suscribió la demandante y que la actora era consciente de las ventajas y desventajas de estar en RAIS al punto que se mantuvo por más de 25 años en dicho régimen.

Agregó respecto a la devolución de gastos de administración y otros conceptos, que el inciso 2º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de

prima media se destina un 3% de la cotización para financiar los gastos de administración y pensión de invalidez y sobreviviente. Menciona que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y que conforme a conceptos de la Superintendencia Financiera de Colombia, en los eventos de ineficacia de traslado los únicos valores a reintegrar serían los correspondientes a aportes y rendimientos financieros, sin que proceda la devolución de gastos de administración que son la retribución de Porvenir S.A. por la administración de los aportes de la demandante que generaron los rendimientos y tampoco las primas de seguros previsionales, pues la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de otorgar cobertura durante la vigencia de la póliza.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

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

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

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

STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtir 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) la demandante estuvo inicialmente afiliada al ISS hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 18 de abril de 1984², (ii) el 22 de junio de 1995 solicitó traslado al régimen de ahorro individual RAIS administrado Porvenir S.A.³, (iii) el 08 de junio de 1999 se afilió a la AFP del RAIS Colpatria Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A.⁴ y (iv) el 28 de enero del año 2000 se vinculó nuevamente a Porvenir S.A.⁵

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

² Hoja 22 Documento digital 1

³ Hoja 99 Documento digital 5

⁴ Hoja 97 Documento digital 5

⁵ Hoja 96 Documento digital 5

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 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, al acto de traslado debe antecederle 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 continuación⁶:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ

⁶ CSJ SL1452-2019

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.”

Ni siquiera fue allegado por la AFP privada demandada el formulario de la primera vinculación a Porvenir SA., pero aun si lo hubiera hecho, del precedente citado se extrae que tal documento por sí solo no permite 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 e igualmente, se deberán reintegrar los bonos pensionales y las cuentas de rezago, si las hay. El porcentaje correspondiente a comisiones, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deberán no solo reintegrarse sino indexarse al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la ineficacia trae como resultado, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen.

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

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A. desde el 22 de junio de 1995, 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 Asofondos⁷

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 4:20:35 PM

Afiliado: CC 29771673 MAGNOLIA EDITH JIMENEZ PATIÑO [Ver detalle](#)

Vinculaciones para : CC 29771673							
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	1995-06-22	2004/04/16	PORVENIR	COLPENSIONES		1995-07-01	1999-07-31
Traslado de AFP	1999-06-08	2004/04/16	COLPATRIA	PORVENIR		1999-08-01	2000-02-29
Traslado de AFP	2000-01-28	2004/04/16	PORVENIR	COLPATRIA		2000-03-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

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

Por otra parte, si bien la AFP demandada manifiesta que el actor suscribió el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «voluntad de afiliación», a través del cual pretendió hacer constar que estuvo debidamente informado en su decisión, dicha circunstancia en sí misma no es suficiente para concluir su voluntad libre e informada, dado que, conforme a la jurisprudencia consolidada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo contenido se analizó en anteriores apartes, este tipo de aseveraciones no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues, a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

⁷ Hoja 99 Documento digital 5

En cuanto a las pruebas con las que se pretendió demostrar que la afiliación ocurrió de manera consciente e informada, obran en el expediente: (i) la historia laboral proferida por Porvenir S.A. (Hoja 22 documento digital 1), (ii) solicitud de traslado efectuada a Colpensiones el 17 de febrero de 2023 y su respuesta negativa (Hojas 33 y 34 documento digital 1), (iii) relación histórica de movimientos en Porvenir S.A. (Hoja 75 documento digital 5), (iv) certificación afiliación a Porvenir S.A. efectiva desde el 01 de julio de 1995 (Hoja 95 documento digital 5), (v) formulario de afiliación por segunda vez a Porvenir S.A. del 28 de enero del 2000 (Hoja 96 documento digital 5), (vi) formulario de afiliación a Colpatria Pensiones y Cesantías (Hoja 97 documento digital 5), (vii) historial de vinculaciones SIAFP (Hoja 99 documento digital 5), (viii) comunicaciones de prensa de Porvenir S.A. sobre prohibición de traslado para las personas que se encuentren a menos de 10 años para alcanzar el requisito de edad para pensionarse (Hoja 102 documento digital 5), (ix) historia laboral expedida por Colpensiones (Hoja 77 documento digital 6).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado, máxime cuando ni siquiera fue aportado por Porvenir S.A. el de 22 de junio de 1995, y los demás corresponden a situaciones posteriores al acto de traslado que acreditan que la AFP Porvenir S.A. cumplió con su deber de información.

Los anteriores elementos 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 Colpensiones y Porvenir S.A., se aprecia a lo largo de esta providencia atención a los puntos de sus recursos, esto es, el deber de información conforme el mandato establecido en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993, el cual no se encuentra cumplido, ni siquiera con la suscripción del formulario de afiliación al fondo. Asimismo, el referente a la carga de la prueba, la cual como ya se dijo está en cabeza de la AFP ante la negación indefinida del accionante, tal y como lo explico la Corte Suprema de Justicia en las Sentencias ya referenciadas.

Por lo anterior, para esta Corporación le asiste razón a la juzgadora de primera instancia en la valoración de las pruebas obrantes en el plenario, pues no es posible suplir la carencia de pruebas sobre el cumplimiento del deber de información en cabeza de la AFP alegando la presunción de certeza por la inasistencia de la demandante al interrogatorio de parte, además que corresponde al juzgador valorar las pruebas conforme los postulados de la sana crítica, con libertad y sin que sea factible exigir tarifas probatorias.

Si bien Colpensiones argumentó contra la sentencia de primer grado que la demandante cuenta con más de 47 años de edad y por ello no le es dable el traslado de régimen, debe recordarse a la entidad que el eje central en este tipo de situaciones, es determinar si al momento del traslado de régimen la persona contaba con la información completa, clara y concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación, más no si cumplía los presupuestos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Frente a lo señalado por Porvenir S.A. en relación con la devolución de rendimientos, gastos de administración y primas de seguros previsionales se reitera que con la declaración de ineficacia deviene el retrotraer todo al estado inicial de la afiliación del actor, por lo que es obligación de la demandada transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, entre ellos, los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía

de Pensión Mínima, pues serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho el demandante, los cuales debe asumir la AFP privada que no cumplió con su deber de asesoría, acompañamiento, buen consejo, siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, no prospera su recurso de apelación en este sentido.

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 2.º del proveído recurrido para ordenar a Porvenir S.A. a devolver los dineros destinados al Fondo de Pensión de Garantía Mínima. También deberá adicionarse la sentencia, en el sentido de que la devolución del porcentaje correspondiente a comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo ahora dispuesto en cuanto a los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima deberán indexarse al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de la AFP por todo el tiempo que la actora estuvo vinculada a la AFP. Todos los valores a reintegrar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

Frente a la indexación ordenada en párrafo anterior, de comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, conviene resaltar que, de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil aplicable en la materia, el efecto de la ineficacia es restablecer las cosas al estado en que se hallarían de no haber existido el acto ineficaz (CSJ SL2877-2020), lo cual se logra mediante las restituciones mutuas que comprenden los frutos percibidos por la administración de los recursos y además la compensación por las pérdidas o por el deterioro de los mismos, como lo es la pérdida del poder adquisitivo que se suscita por el paso del tiempo.

Por tanto, corresponde a las AFP que incumplió con los deberes que le asistían frente al afiliado, retornar lo cobrado por comisiones, gastos de administración, 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 no es factible que el afiliado o Colpensiones asuman los deterioros que tales recursos sufrieron por el paso del tiempo.

En sentencia CSJ SL 584-2022, se estableció que al declararse una ineficacia y/o nulidad de traslado las AFP deben trasladar las comisiones y gastos de administración cobrados a la parte demandante, asimismo los valores de los seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados. Al respecto enuncia la mentada providencia lo siguiente:

“Así mismo, con cargo a lo explicado en providencia CSJ SL3199-2021, atrás citada, también debe modificarse el fallo del a quo, para condenar a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, que deberá indexar, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, se repite, dado que la declaratoria de ineficacia presupone que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido”. (Subrayado fuera del texto)

Y es que la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron descontar al afiliado tales rubros y que la devolución deba ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. Tales conceptos deben ser asumidos por la administradora de fondos de pensiones con cargo a su propio patrimonio y deben ser indexados, en aras de contrarrestar los efectos del envilecimiento de los valores, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021, CSJ SL 1197-2021, CSJ SL3188-2022, CSJ SL4322-2022, CSJ SL3465-2022, CSJ SL584-2022 y CSJ SL 1084-2023 entre otras).

Por otro lado, en aras de evitar posteriores trámites administrativos y judiciales se adicionará la sentencia bajo estudio en su numeral 3º para ordenar a

Colpensiones que una vez reciba los recursos por parte de Porvenir S.A. realice la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas del demandante.

Se precisa que la orden anterior no genera detrimento ni desequilibrio económico alguno que agrave 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 S.A., 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 2.º de la sentencia de 16 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que en los 30 días siguientes devuelva los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. También, en el mismo término, deberá devolver el porcentaje correspondiente a comisiones, los

gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de la AFP por todo el tiempo que la actora estuvo vinculada a la AFP. Todos los conceptos a reintegrar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral 3º de la anotada sentencia, en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** que una vez reciba los recursos por parte de **PORVENIR S.A.** 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.

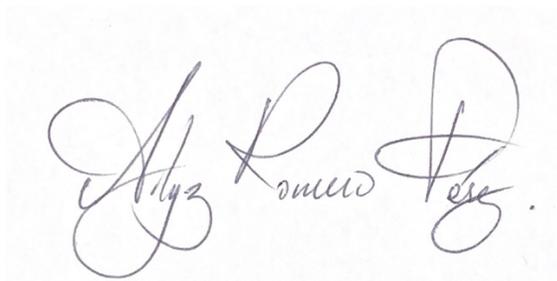
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. apelantes infructuosos y a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE (\$1.500.000.00) a cargo de cada uno.

QUINTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



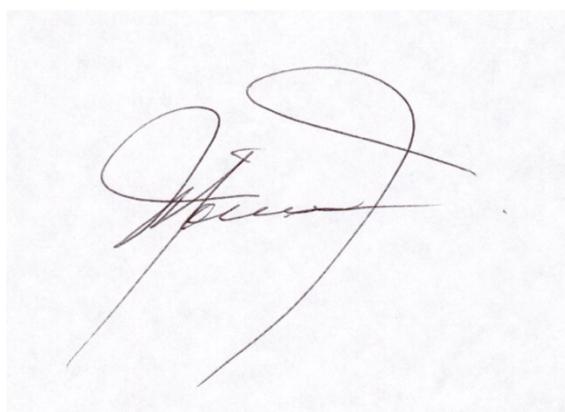
ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara voto