



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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	María Eugenia Arboleda de Roa
Accionado	Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones
Radicado	76001310501920220035501

Sentencia N°. 027

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 del recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** contra la sentencia de 28 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **MARÍA EUGENIA ARBOLEDA DE ROA** contra la recurrente, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare la ineficacia o nulidad de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. y luego Protección S.A., que se ordene a Protección S.A. la devolución de los aportes, rendimientos y semanas cotizadas hacia el RPM desde su vinculación, que se ordene a Colpensiones a

¹ La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC's, de conformidad con los artículos 1º y 2º de la Ley 2213 de 2022, y se profiere sentencia escrita, según lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 *ibidem*, que modificó el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social

aceptar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por Porvenir S.A. y recibir de dicha entidad los aportes, rendimientos y semanas cotizadas. Solicitó además el reconocimiento de cualquier derecho que se encontrare probado conforme las facultades ultra y extra *petita* y el pago de costas y agencias en derecho a cargo de las demandadas.

Como hechos, refirió que nació el 08 de diciembre de 1967, que se afilió al RPMPD administrado por I.S.S. hoy Colpensiones desde septiembre de 1988 a través de su empleadora Serv y Asesorías del Valle, que actualmente cotiza como trabajadora independiente, que según historia laboral de Protección S.A. cuenta a julio de 2022 con 1338,43 semanas, que en el mes de marzo de 1996 efectuó traslado del RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A., que en diciembre de 1999 se trasladó dentro del RAIS a Protección S.A., que en enero del año 2000 se trasladó nuevamente hacia Porvenir S.A., que en julio del mismo año se trasladó a Protección S.A., que en julio de 2002 se afilió a Porvenir S.A., que finalmente en noviembre de 2012 se trasladó a Protección S.A..

Manifestó que los fondos de pensiones privados no le informaron las consecuencias que traía consigo el traslado de régimen pensional, las condiciones exigidas para causar la pensión de vejez o que su mesada pensional en el RAIS sería inferior a la que recibiría si continuaba en RPM.

Añadió que el 12 de agosto de 2022 elevó petición a Protección S.A., Porvenir S.A. y a Colpensiones para que se le proporcionara asesoría sobre los regímenes pensionales y se anulara el traslado realizado, petición atendida negativamente por Protección S.A. el 01 de septiembre de 2022, por Porvenir S.A. el 07 de septiembre de 2022 y por Colpensiones el 25 de agosto de 2022.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Colpensiones adujo como ciertos los hechos relacionados con la edad de la demandante, su afiliación al RPMPD como trabajadora dependiente,

su calidad de cotizante independiente en Protección S.A., el último periodo cotizado en el RPMPD, las semanas cotizadas desde su vinculación al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, su traslado al RAIS, las solicitudes efectuadas tanto a los fondos privados demandados como a Colpensiones y sus respectivas respuestas. De los demás expresó que no son ciertos o que no le constan.

En su defensa argumentó que *“el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado y además no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; por ello la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES no está en la obligación de realizar el traslado del RAIS al RPM y propuso como excepciones la de inexistencia de la obligación y carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe, compensación, genérica e inoponibilidad por ser tercero de buena fe.*

Porvenir S.A. aceptó la edad de la demandante, el diligenciamiento del formato de afiliación al fondo, el traslado efectuado a Protección S.A. en diciembre de 1999, el traslado a Porvenir S.A. en enero de 2000, el traslado nuevamente a realizado a Protección S.A. en julio de 2000 y los demás, algunos los negó y otros aseguró que no le constan.

Informó que *“La vinculación a la AFP COLPATRIA hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. es un acto válido en la medida en que la demandante suscribió solicitud de vinculación de manera libre, espontánea y sin presiones luego de haber recibido asesoría por parte de la AFP Porvenir S.A.”* y en su defensa, interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir - inexistencia de la obligación, buena fe, improcedencia de traslado de gastos de administración en caso de condena, restituciones mutuas e innominada.

Protección S.A., señaló que son ciertos los hechos relacionados con el nacimiento de la accionante, su afiliación al RPMPD, su calidad de cotizante independiente en Protección S.A., su último aporte al RPMPD, el traslado efectuado a Protección S.A. en diciembre de 1999, la solicitud efectuada ante Protección S.A. y su respuesta negativa. De los demás dijo que no son ciertos o no le constan.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y para ello arguyó: *“nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Obsérvese del formulario de vinculación que suscribió la demandante, se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada.”* Como mecanismo de defensa interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP - 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, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia de 28 de junio de 2023, ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la COLPENSIONES E.I.C.E., PROTECCIÓN S.A.; PORVENIR S.A., frente a las Pretensiones encaminadas a la Ineficacia del Traslado.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de María Eugenia Arboleda de Roa acaecido el 22 de febrero de 1996 retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado

actualmente por la Colpensiones EICE, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

TERCERO: CONDENAR a Protección S.A., que en el término de treinta (30) días a partir de la notificación de esta providencia proceda a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la María Eugenia Arboleda de Roa de condiciones civiles conocidas en este proceso, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, y -bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos-, los valores utilizados y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, todo con cargo al patrimonio propio de la Protección S.A. , este último por todo el tiempo que estuvo afiliada la actora al RAIS

CUARTO: ORDENAR que COLPENSIONES E.I.C.E. que reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de María Eugenia Arboleda de Roa de condiciones civiles conocidas en el plenario, siempre que se cumpla las condiciones referentes al traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, referidas en el numeral que antecede, y que en el término no mayor a quince días (15) expida una historia laboral actualizada y sin inconsistencia en la que reposen las cotizaciones efectuadas al RAIS como las cotizadas a RPM siempre que se hayan aportado en debida forma por el empleador o por parte de la trabajadora.

QUINTO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por haber sido vencida en juicio, fijando la suma de 1 salario mínimo legal vigente como agencias en derecho, valor que deberán pagar en partes iguales para cada una de las demandadas y a favor de la demandante.

SEXTO: De no ser apelada esta sentencia, envíese ante el superior funcional de este juzgado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, en tanto que la sentencia de primera instancia impuso una condena que afecta sus intereses.”

Lo anterior, tras resaltar que los fondos privados incumplieron la carga de la prueba que les concernía, pues *“en otros términos se concluye que las AFPS demandadas mostraron desidia probatoria, en tanto que no arrimaron prueba documental que acredite el cumplimiento del deber de información y del interrogatorio de parte practicado en audiencia no se tuvo confesión alguna que perjudique a la demandante.”*

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó recurso de apelación y al sustentarlo expuso que es

improcedente aceptar a la demandante en calidad de afiliada en virtud del artículo 2 de la ley 797 de 2003, pues presenta su petición fuera del término legal establecido y se encuentra inmersa en la prohibición que estipula la ley.

Resalta que la actora no demostró al interior del proceso vicios del consentimiento al momento en que decidió trasladarse al régimen de ahorro individual, además validó su decisión permaneciendo por más de 15 años en el mismo.

Agrega que no se tuvo en cuenta la carga de la prueba, la demandante no presentó ninguna proyección pensional que demostrara cuáles son los beneficios que perdió al trasladarse al régimen de ahorro individual y en materia probatoria por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe.

Que en el momento de la afiliación a Protección S.A. realmente no existía un deber de asesoría y dicho deber es de doble vía como lo establece el Decreto 694 de 1994, por lo cual era también responsabilidad de la actora informarse respecto a su futuro pensional y además analizar toda la información que recibió. Que la presencia de cotizaciones no es la única expresión de voluntad para permanecer en el RAIS, y en el particular existen elementos notorios que exponen la intención de la demandante, como el permanecer por más de 15 años afiliado dicho régimen.

Solicitó se revoque la condena en costas y agencias en derecho por cuanto no es posible para Colpensiones declarar ineficaz un acto o una afiliación con una entidad ajena y que como administrador de régimen de prima media está en la obligación de contestar todas las demandas que se instauren en su contra.

Finalmente, solicitó que en caso de confirmarse la ineficacia declarada, se ordene de manera detallada el reintegro inmediato de todos los recursos a Colpensiones, tales como los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro

individual, las cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, rendimientos, los bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas y gastos de administración, también con sus intereses, frutos mejoras y toda la indexación que pueda recaer sobre todo estos valores.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

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

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Estando dentro de la oportunidad procesal, la parte demandante, Colpensiones y Porvenir SA presentaron escrito de alegatos. Por su lado, Protección S.A. 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 surtirte obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) la demandante estuvo inicialmente afiliada al I.S.S. hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 28 de agosto de 1989², (ii) el 19 de febrero de 1996 solicitó traslado al régimen de ahorro individual RAIS administrado en ese entonces por Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A.³, (iii) el 20 de diciembre de 1999 se afilió a la AFP del RAIS Protección S.A.⁴, (iv) el 05 de septiembre de 2002 se vinculó a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A.⁵, (v) el 28 de septiembre de 2012 se trasladó a la AFP ING hoy Protección S.A.⁶ y (vi) producto de cesión por fusión efectuada el 31 de diciembre de 2012 su fondo actual es Protección S.A.⁷

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

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,

² Hoja 1 Documento digital 17

³ Hoja 144 Documento digital 2

⁴ Hoja 111 Documento digital 2

⁵ Hoja 143 Documento digital 2

⁶ Hoja 112 Documento digital 2

⁷ Hoja 37 Documento digital 21

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 continuación⁸:

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

Carga de la prueba

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

⁸ CSJ SL1452-2019

se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

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

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

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

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de

convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario.”

Por tanto, aun cuando obra el formulario de vinculación a Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. donde se leen salvedades sobre la debida orientación del afiliado, 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 Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. desde el 19 de febrero de 1996, 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 Asofondos⁹

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 3:07:52 PM
Afiliado: CC 31935344 MARIA EUGENIA ARBOLEDA DE ROA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 31935344							
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	1996-02-19	2004/04/16	COLPATRIA	COLPENSIONES		1996-04-01	2000-01-31
Traslado de AFP	1999-12-20	2004/04/16	PROTECCION	COLPATRIA		2000-02-01	2002-10-31
Traslado de AFP	2002-09-05	2004/04/16	HORIZONTE	PROTECCION		2002-11-01	2012-10-31
Traslado de AFP	2012-09-28	2012/10/23	ING	HORIZONTE		2012-11-01	2012-12-30
Cesion por fusión	2012-12-31	2012/12/29	PROTECCION	ING		2012-12-31	

5 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 demandante 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

⁹ Hoja 37 Documento digital 21

afiliados al RAIS.

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) solicitudes efectuadas a Protección S.A. Porvenir S.A. y Colpensiones el 12 de agosto de 2022 y sus respectivas respuestas negativas (Hojas 96 a 137 documento digital 2), (ii) formulario de afiliación a Protección S.A. suscrito el 20 de diciembre de 1999 (Hoja 111 documento digital 2), (iii) formulario de afiliación a ING Pensiones hoy Protección S.A. suscrito el 28 de septiembre de 2012 (Hoja 112 documento digital 2), (iv) historia laboral expedida por Protección S.A. (Hoja 114 documento digital 2), (v) formulario de afiliación a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. de 5 de septiembre de 2002 (Hoja 143 documento digital 2), (vi) formulario de afiliación a Colpatria Pensiones y Cesantías de 19 de febrero de 1996 (Hoja 144 documento digital 2), (vii) historia laboral expedida por Colpensiones (Hoja 1 documento digital 17), (viii) historia laboral expedida por Porvenir S.A. (Hoja 1 documento digital 20), (ix) relación de aportes de Porvenir S.A. (Hoja 6 documento digital 20), (x) certificación de valores trasladados por Porvenir S.A. (Hoja 13 documento digital 20), (xi) Políticas de asesoría de Protección S.A. (Hoja 25 documento digital 21), (xii) comunicados de prensa Protección S.A. respecto de la prohibición de traslado contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 (Hoja 32 documento digital 21), (xiii) historial de vinculaciones de la demandante SIAFP (Hoja 37 documento digital 21).

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 y los demás corresponden a situaciones posteriores al acto de traslado que no acreditan que la AFP Porvenir S.A. cumplió con su deber de información.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte demandante tampoco se acredita que la afiliada recibiera información completa, transparente, detallada y relevante previo a la suscripción del formulario, sobre los efectos y

consecuencias del traslado que realizó al régimen privado de pensiones.(Min. 20:54)

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, se aprecia a lo largo de esta providencia atención a los puntos de su recurso, esto es, el deber de información conforme el mandato establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993, el cual no se encuentra cumplido, ni siquiera con la suscripción del formulario de afiliación al fondo y sobre la carga de la prueba, cumple reiterar lo dicho a espacio, en cuanto a que la labor probatoria en este aspecto se encuentra en cabeza de la AFP dada la negación indefinida del accionante, tal y como lo explico la Corte Suprema de Justicia en las Sentencias ya referenciadas.

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

También frente al argumento de que la demandante se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 y a falta de esta deviene la ineficacia del traslado, la cual le resta efectos jurídicos al paso del demandante al RAIS desde el RPM y por ello las cosas vuelven a su estado anterior.

Otro punto de inconformidad del fondo público apelante, se centra en la permanencia de la actora en el RAIS por largos años y los múltiples traslados realizados dentro del RAIS, lo que según dicha entidad debe considerarse como una manifestación de su voluntad de querer pertenecer al régimen mencionado, frente a lo anterior, se indica que respecto a los actos de relacionamiento, la Sala de Casación Laboral Permanente ha reiterado que no operan en los casos de ineficacia de traslado de régimen, pues la discusión versa sobre la determinación de que si la persona recibió información integral para tomar la decisión, así en CSJ SL1055-2022 se expuso *“conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”*

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 3.º del proveído recurrido para ordenar a Protección S.A. a devolver las cuentas de rezago, si las hay, así mismo además de los gastos de administración ordenados en la sentencia primigenia deberá devolver primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, estos conceptos deben 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.

Así mismo, deberá ordenarse a cargo de Porvenir S.A. la devolución de la totalidad del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos financieros. Igualmente, los bonos

pensionales y las cuentas de rezago, si las hay. De la misma manera, 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 y por el tiempo en que la actora se encontró vinculada a dicho fondo. 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 y conforme a la solicitud realizada por Colpensiones en su recurso, se explica que respecto de la devolución que debe realizar las AFPS a Colpensiones con ocasión de la ineficacia del traslado, 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 AFPS 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).

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). Contrario lo afirmado en el recurso de apelación propuesto por la entidad Colpensiones.

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, apelante infructuoso, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a su cargo 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 3.º de la sentencia de 28 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que en los 30 días siguientes devuelva las cuentas de rezago, si las hay, así mismo además de los gastos de administración ordenados en la sentencia primigenia deberá devolver primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, estos conceptos deben 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.

Asimismo, deberá **PORVENIR S.A.** en los 30 días siguientes devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos financieros. Igualmente, los bonos pensionales y las cuentas de rezago, si las hay. De la misma manera, 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 y por el tiempo en que la actora se encontró vinculada a dicho fondo. Todos los valores a reintegrar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones apelante infructuoso 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 su cargo.

CUARTO: 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.

QUINTO: 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,



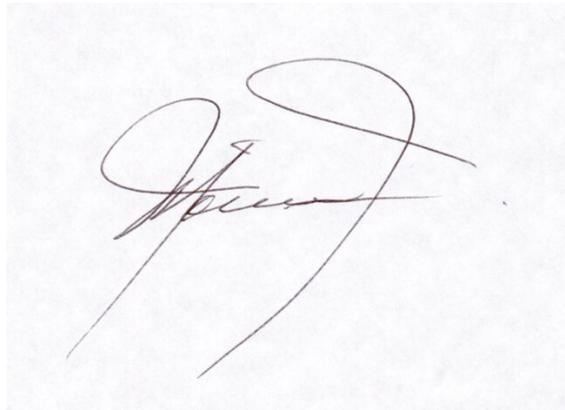
ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara voto