



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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	María del Pilar Ochoa Potes
Accionado	Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones
Radicado	76001310500620210027201

Sentencia N°. 084

Santiago de Cali, seis (06) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 27 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **MARÍA DEL PILAR OCHO POTES** contra las recurrentes.

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad del traslado realizado del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 2 de septiembre de 1996, en consecuencia se ordene a esta última trasladarla junto con sus cotizaciones y los rendimientos obrantes en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones, que se ordene a Colpensiones recibir la

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

totalidad de lo ahorrado, realizar cálculo actuarial y establecer la diferencia si la hay, entre lo ahorrado en el RAIS y lo que hubiera aportado en caso de permanecer en el RPMPD, se reconozcan los demás derechos en aplicación de las facultades ultra y extra *petita*, las costas y agencias en derecho.

Como hechos, refirió que nació el 13 de mayo de 1965; que se afilió al I.S.S. desde el 3 de marzo de 1987; que perteneció al RPMPD hasta el 2 de septiembre de 1996, fecha en que se trasladó al RAIS a través de Invertir Organismo Cooperativo hoy Porvenir S.A.; que para el traslado no le informaron minuciosamente las consecuencias de su decisión, ni las ventajas y desventajas de cada régimen y mucho menos se le entregó una proyección pensional; que los asesores le informaron que tendría una mejor pensión a la cual podría acceder en cualquier tiempo y con el monto que deseara y afirma que tomó su decisión con base en tales ofrecimientos pues desconoce las normas sobre seguridad social.

Aduce que su afiliación al RAIS está viciada en su consentimiento; que ante Porvenir S.A. pidió la nulidad de su vinculación; que el fondo privado se limitó a enviarle el formulario de vinculación y a negar su petición, la cual replicó a Colpensiones quien también se negó a anular la afiliación al RAIS.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Porvenir S.A. aceptó únicamente el hecho relacionado con la fecha de nacimiento de la actora. Frente a los demás hechos manifestó que no le constaban o que no eran ciertos y 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 adujo que son ciertos los hechos asociados a la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al I.S.S. hoy Colpensiones, el traslado a Invertir Organismo Cooperativo hoy Porvenir S.A., las reclamaciones de nulidad de traslado efectuadas tanto a Porvenir S.A. y a Colpensiones, la respuesta negativa del fondo público a tal solicitud y de los demás hechos adujo que no le constan y que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones en los siguientes términos: *“se puede constatar que la demandante se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez; requisito necesario contemplado por la ley 797 de 2003 para poder retornar al Régimen de prima media. Siendo así las cosas, no resulta procedente el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, pues dicha entidad no puede hacer otra cosa que ajustarse a los parámetros establecidos en las normas colombianas.”* En su defensa, interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia de 27 de julio de 2023, ordenó:

“Primero. - DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MARÍA DEL PILAR OCHOA POTES con C.C.31.932.457 del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado actualmente por PORVENIR el cual tuvo lugar a partir del 1º de noviembre de 1996.

Segundo. - IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales a la Afiliada.

Tercero. - ORDENAR a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la Demandante y el capital que tenga en su haber en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que

conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS aquí demandada.

Cuarto. - NO DAR PROSPERIDAD a las excepciones de fondo propuestas por las Demandadas.

Quinto. - ABSOLVER a las Demandadas de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por la Actora.

Sexto. - SINO FUERE APELADO este fallo, consúltese ante el Superior.

Séptimo. - CONDENAR a PORVENIR a pagar el equivalente a UN SMLMV a título de AGENCIAS EN DERECHO."

Lo anterior, tras resaltar que el fondo privado incumplió la carga de la prueba que le concernía, pues *"es el fondo de pensiones quien debió demostrar que fue diligente y eficaz al momento de brindar una información completa que permitiera al Afiliado (a) decidir con todos los elementos de juicio cual régimen sería mejor para ella a partir del momento en que se produjo la afiliación."*

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A. presentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, en su sustentación expuso frente a la orden de devolución de gastos de administración, que de cada aporte realizado por la afiliada, un porcentaje fue destinado para cubrir gastos de administración y para pagar el porcentaje de los seguros previsionales, descuento autorizado en la ley y que además ya se encuentra causado. Adicionalmente, expuso que dio un buen manejo de los recursos de la afiliada, pues se generaron unos rendimientos que se pueden ver reflejados en los documentos aportados con la contestación de la demanda y esgrimió que solo procede la devolución de los aportes efectuados con los rendimientos de la cuenta de ahorro individual.

Por su parte, Colpensiones también presentó impugnación y para ello expuso que se debe ordenar la devolución correspondiente a las primas de seguros

previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados, conforme lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Este despacho judicial, a través de auto de 16 de enero de 2024 avocó conocimiento del grado jurisdiccional de consulta, admitió los recursos de apelación y ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Estando dentro de la oportunidad procesal, Colpensiones se ratificó en las argumentaciones expuestas en la contestación y reiteró que el formulario de afiliación debe tenerse como plena prueba de la voluntad libre de la demandante para vincularse al RAIS, motivo por el cual la afiliación se reputa válida y el traslado pretendido es improcedente por encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad pensional en prima media.

Aludió a que la carga de la prueba le concierne a al demandante, pues es quien debe demostrar el vicio del consentimiento que alega y llamó la atención en que los regímenes pensionales coexistentes en el sistema jurídico colombiano son excluyentes, por lo que ordenar en traslado en las condiciones de la actora atentaría contra la sostenibilidad financiera del sistema.

Finalmente, indicó que en caso de que se confirme la decisión de primer nivel, los pagos por concepto de, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como la obligación de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la señora María del Pilar Ochoa Potes, y la

devolución de las cotizaciones voluntarias al actor, si se hicieron; todas las sumas a retornar con cargo a su propio patrimonio, acorde a los respectivos periodos de vinculación con las AFP en las cuales estuvo afiliado. Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos.

Porvenir S.A. insistió en la revocatoria de la decisión de primera instancia y pidió que se le confieran plenos efectos probatorios al formulario de afiliación, por tratarse de una prueba documental que se presume auténtica, según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y acredita que la selección fue libre, espontánea y sin presiones.

Aludió a que la actora efectuó una ratificación tácita de su intención de afiliación al permanecer en el RAIS sin objeción alguna durante tanto tiempo; que el deber de información también es predicable del afiliado quien debe estar informado y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, e indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional.

Agregó que el deber de información exigido a las AFP es desproporcionado, pues no solo se les exige documentar la información suministrada al afiliado cuando en la época de los hechos ello no era exigible, sino que además se les exige demostrar que el afiliado entendiera lo informado, lo cual es de una complejidad que no es posible abarcar.

Finalmente pidió hacer un análisis completo e integral del acervo probatorio, tener en cuenta que actuó de buena fe y en caso de mantener la decisión de primer nivel, tener en cuenta la doctrina de las restituciones mutuas y revocar la condena por indexación.

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 I.S.S. hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 3 de marzo de 1987², (ii) el 2 de septiembre de 1996 solicitó traslado al régimen de ahorro individual RAIS administrado en ese momento por Invertir Organismo Cooperativo hoy Porvenir S.A.³ y (iii) actualmente está afiliada a Porvenir S.A. en razón a cesión por fusión⁴.

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

² Hoja 361 Documento digital 6

³ Hoja 96 Documento digital 8

⁴ Hoja 98 Documento digital 8

dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

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

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas al ejercicio económico que desempeñan, que las 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 continuación⁵:

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

⁵ CSJ SL1452-2019

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

Carga de la prueba

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

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

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

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

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

explicó:

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

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

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

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

“De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

Por otra parte, los efectos económicos de la ineficacia consisten en la devolución de los aportes obligatorios y voluntarios, lo cual comprende la totalidad del capital ahorrado, junto con sus rendimientos financieros 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 Invertir Organismo Cooperativo hoy AFP Porvenir S.A. desde el 2 de septiembre 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 Asofondos⁶

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 1:54:30 PM
Afiliado: CC 31932457 MARIA DEL PILAR OCHOA POTES [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas Afiliado presenta vinculaciones inactivas

Vinculaciones para : CC 31932457

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	1996-09-02	2011/03/09	HORIZONTE COLPENSIONES			1996-11-01	2013-12-31
Cesion por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Por tanto, Invertir Organismo Cooperativo hoy Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afilida 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 vinculada, 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

⁶ Hoja 98 Documento digital 8

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 Invertir Organismo Cooperativo hoy 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.

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) historial de vinculaciones SIAFP (Hoja 98 documento digital 8), (ii) formulario de afiliación a Invertir Organismo Cooperativo hoy Porvenir S.A. el 2 de septiembre de 1996 (Hoja 96 documento digital 8), (iii) historia laboral expedida por Porvenir S.A. (Hoja 65 documento digital 8), (iv), relación histórica de movimientos en Porvenir S.A. (Hoja 75 documento digital 8), (v) respuesta petición del 5 de enero de 2021 (Hoja 91 documento digital 8), (iv) certificación de afiliación efectiva desde el 1 de noviembre de 1996 (Hoja 90 documento digital 8), (v) comunicado de prensa de Porvenir S.A. sobre prohibición de traslado para las personas que se encuentren a menos de 10 años para cumplir la edad pensional (Hoja 103 documento digital 8) (vi) historia laboral expedida por Colpensiones (Hoja 361 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, 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.

De igual modo, los comunicados de prensa aportados por el fondo demandado, fueron realizados en fecha posterior a la afiliación de la accionante, no hacen parte de la asesoría recibida y corresponden a un aviso público de la entonces novedosa prohibición del traslado de régimen, traída en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte demandante tampoco se extrae confesión o que admitiera haber recibido información completa, transparente, detallada y relevante previo a la suscripción del formulario, sobre los efectos y consecuencias del cambio al régimen privado de pensiones.(Min. 10:56 Documento digital 14)

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 Porvenir S.A., se aprecia a lo largo de esta providencia atención a los puntos de su recurso, esto es, la devolución de gastos de administración, sin embargo, se reitera que con la declaración de ineficacia deviene el retrotraer todo al estado inicial de la afiliación de la actora, por lo que es obligación de la demandada transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, tales como aportes, rendimientos, cuentas de rezago, aportes voluntarios, 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, pero si el propuesto por Colpensiones.

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 Porvenir S.A. devolver dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia las cuentas de rezago, si las hay. De la misma manera, se adicionará para que devuelva el porcentaje correspondiente a primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, que deberán indexarse al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de la AFP y por todo el tiempo que el actor estuvo vinculado a la AFP, indexación que también deberá recaer sobre los gastos de administración, cuya devolución ya fue ordenada. También se adicionará para que todos los valores a reintegrar aparezcan discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

Frente la indexación ordenada en párrafo que precede, cabe mencionar que de la devolución que deben realizar los fondos privados a Colpensiones con ocasión de la ineficacia del traslado, 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 la 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 2º 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 agravie a Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica la devolución de manera íntegra a dicha entidad de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS, más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del afiliado (CSJ AL606-2023).

Frente 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 Porvenir S.A., apelante infructuoso, y en favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho a su cargo la suma de un millón de pesos (\$1.000.000). En cuanto a Colpensiones no se encuentran causadas, al haber prosperado el recurso propuesto.

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 Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencias CSJ 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 27 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** devolver dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia las cuentas de rezago, si las hay. También, 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, con cargo a los recursos de dicha AFP y 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.

SEGUNDO: ADICIONAR la anotada sentencia en su numeral 2º, 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 de la demandante.

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

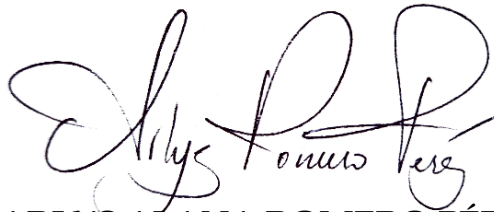
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. apelante infructuoso y a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma un millón de pesos (\$1.000.000 m/cte) a su cargo. Sin costas a Colpensiones por haber sido favorable la resolución del recurso de apelación incoado.

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, **DEVUÉLVASE** por Secretaría el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese y Cúmplase,

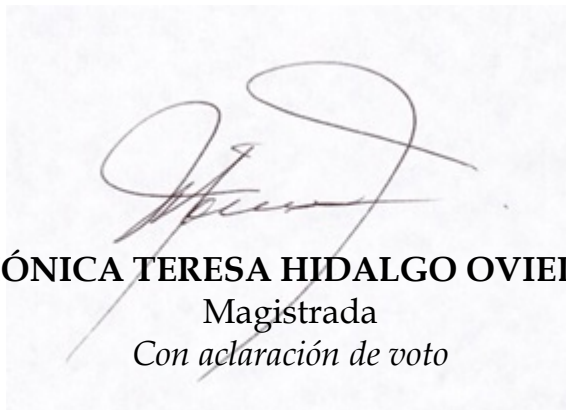
Los Magistrados



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada ponente



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada
Con aclaración de voto