



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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Nelson Polanco Artunduaga
Accionado	Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones
Radicado	76001310502020210008101

Sentencia N°. 018

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 14 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **NELSON POLANCO ARTUNDUAGA** contra las recurrentes.

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare la ineficacia o nulidad absoluta del contrato por medio del cual se afilió al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A., que se condene a Porvenir S.A. al traslado a Colpensiones de todos los aportes, cuotas de administración y rendimientos,, solicitó igualmente que se ordene a Colpensiones a recibir al demandante en

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

calidad de afiliado, finalmente pide el pago de costas y agencias en derecho por las demandadas.

Como hechos refirió que nació el 08 de julio de 1959; que cotizó al RPMD desde el 10 de junio de 1986 y posteriormente, en marzo de 1995 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA, convencido por los asesores del fondo privado de mejores condiciones pensionales, incluso de una pensión superior en el RAIS, sin manifestarle detalladamente los pormenores del régimen al que se estaba afiliando.

Indica que también se le indicó que el ISS iba a ser liquidado y que en caso de muerte sus aportes no serían entregados a sus herederos, pero en el RAIS esta situación no se presentaría; que no recibió información o asesoría sobre las modalidades de pensión y sus requisitos y tampoco del capital necesario para acceder a una prestación de vejez.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Colpensiones se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que *“El demandante no ha demostrado vicio en el consentimiento, falsedad en el formulario de afiliación, falta de consentimiento o Suplantación de la firma en la afiliación del señor NELSON POLANCO ARTUNDUAGA en el momento en que decidió cambiar de Régimen Pensional y afiliarse a PORVENIR S.A., por cuanto la firma en las solicitud de afiliación y su permanencia por más de 20 años en el Régimen de Ahorro Individual, reafirman su derecho a la libre escogencia al momento de trasladarse de régimen pensional.”* y en su defensa, propuso como excepciones la inexistencia de la obligación y carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, innominada, ausencia de causa para demandada, buena fe, falta de legitimación en la causa, ausencia de vicios en el traslado de régimen pensional, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, inoponibilidad de la responsabilidad de las administradoras de fondos de pensiones ante Colpensiones, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social y la de juicio de proporcionalidad y ponderación

adecuado.

Porvenir SA se opuso a las pretensiones y señaló que *“el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad y/o ineficacia de la afiliación. Al encontrarse válidamente afiliado en el R.A.I.S., sin que logre demostrar el demandante la causal de nulidad y/o ineficacia que invalide lo actuado, no hay lugar a decretarse la misma.”* En su defensa, interpuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por último, en el presente asunto compareció el Ministerio Público y señaló:

“se debe resaltar que el demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado inicialmente por el ISS hoy COLPENSIONES y que posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y es por ello que debe verificarse si en el presente proceso se encuentra demostrado que se violó el consentimiento al no haberse informado en debida forma las consecuencias que llevaría el traslado de régimen, también debe acreditarse por parte de las administradoras de fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual si cumplieron con el deber de información al momento de que el demandante suscribió el formulario desafiliación a dichas entidades.

Respecto a la ineficacia del traslado de régimen pensional por no haberse efectuado la vinculación bajo los parámetros de la libertad informada, han de considerarse los reiterados pronunciamientos de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, en sentencia de radiación 31989 del 09 de septiembre de 2008, MP. Dr. Eduardo López Villegas, sentencia de radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, así como en las proferidas SL-12136-2014, SL19447-2017, SL-4964-2018, SL4689-2018 y la reciente SL-1452-2019 del 03 abril-2019, que en lo que concierne a este asunto, puntualizó que para efectos de optar por alguno de los dos (2) regímenes pensionales existentes “...el literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigente, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»...”

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia de 14 de junio de 2023, ordenó:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DE AFILIACIÓN Y/O TRASLADO DE RÉGIMEN del señor **NELSON POLANCO ARTUNDUAGA**, identificado con C.C. 17.314.953, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**, el **03 de febrero de 1995 con fecha de efectividad el 01 de marzo de 1995** y, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a transferir a **COLPENSIONES** todos los recursos de la cuenta de ahorro individual del señor **NELSON POLANCO ARTUNDUAGA**, que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, por ende, se deben trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, toda vez que, estos fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, igualmente los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados y detallados con toda la información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES, a aceptar el traslado del señor **NELSON POLANCO ARTUNDUAGA** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por dicha entidad.

QUINTO: COSTAS a cargo de las demandadas **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, como agencias en derecho se fija la suma en la suma equivalente a **dos (02) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes**, de que cada demandada debe pagar a favor de la parte demandante.

SEXTO: La presente Sentencia, de no ser apelada, **CONSÚLTESE** ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al tenor de lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Lo anterior, tras explicar que *“una vez revisadas las pruebas aportadas por la AFP Porvenir S.A. no encuentra este despacho judicial prueba contundente que permita inferir que al momento del respectivo traslado de régimen al RAIS se haya cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de la selección y el traslado de régimen.*

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones y Porvenir S.A. inconformes con la decisión, presentaron recurso de apelación. La primera de ellas argumentó que el artículo 2º de la Ley 797 de

2003 estableció que a las personas que le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse, independientemente de tener los requisitos de régimen de transición o no, no podrían cambiarse del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, agregó que la afiliación del demandante se encuentra vigente, toda vez que el usuario al momento del diligenciamiento del formulario de afiliación, escogió libremente el régimen de pensión. Finalmente, expuso: que al demandante le dieron varias oportunidades para realizar el regreso al régimen de prima media, las cuales no fueron utilizadas.

Por su parte, Porvenir S.A. apeló los numerales 2º y 3º de la sentencia del *A quo*, en sustento a su recurso manifestó que entregó la información en los términos y condiciones que para el año 1995 le eran exigidos, que el demandante ha permanecido en el RAIS por más de 27 años, lo que da muestra de su ánimo y deseo de permanencia al mismo, que el demandante para el año 1995 era una persona capaz para los aspectos que se desprendían de suscribir el formulario de la afiliación o traslado, por lo tanto, no es posible advertir que se desconocía la información necesaria en los términos y condiciones que para ese año estaban vigentes.

En cuanto a la devolución de rendimientos, gastos de administración, primas destinadas a los seguros previsionales y el porcentaje al Fondo de Garantía de Pensión Mínima se opone a su devolución, pues la consecuencia jurídica de la ineficacia es dejar sin efectos jurídicos el acto del traslado, es decir como si los rendimientos nunca se hubieran generado.

Que frente a las restituciones mutuas en este tipo de casos, debe probarse la mala fe respecto del deterioro del bien administrado, lo cual no se configura en el caso bajo estudio, y que además en estricto sentido frente a los gastos de administración, las primas destinadas a los seguros previsionales y el porcentaje en el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, no hay deterioro del bien administrado, si se tiene en cuenta que producto de la buena gestión de la AFP

se generaron unos mayores valores en la cuenta de ahorro individual del demandante, rendimientos imposibles en el RPM dada su estructura.

Indicó también que los gastos de administración no financian la pensión de vejez y también son descontados en el régimen de prima media. Asimismo, frente a las primas destinadas a los seguros previsionales, resaltó que son elementos del contrato de seguro para la gestión de los riesgos, en este caso de invalidez y sobrevivencia y que para el demandante no se causaron, por lo que no es jurídicamente procedente devolver esos valores.

Aunado a todo lo anterior, respecto de la indexación, arguyó que ya se ordenó la devolución de rendimientos producto de la gestión de Porvenir S.A. y estos tienen la misma función de la indexación, consistente en sopesar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda a través del tiempo, por lo tanto, se estaría haciendo un doble cobro por un mismo concepto.

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, Porvenir S.A. presentó escrito de alegatos (Documento digital 4). Por su lado, el actor y Colpensiones no presentaron 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 por las demandadas, 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 surtirse 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) el demandante estuvo inicialmente afiliado a Colpensiones, donde cotizó desde el 10 de julio de 1986², (ii) el 3 de febrero de 1995 solicitó traslado al régimen de ahorro individual RAIS administrado en ese momento por Porvenir S.A.³, (iii) el 18 de noviembre de 2003 efectuó traslado a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.⁴ y (iv) el 25 de febrero de 2008 retornó a la AFP Porvenir S.A.⁵

En ese contexto, corresponde a esta Sala de decisión 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

² Hoja 31 Documento digital 9

³ Hoja 27 Documento digital 9

⁴ Hoja 27 Documento digital 9

⁵ Hoja 27 Documento digital 9

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, 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, el acto de traslado debe ir precedido de 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:

Etapas acumulativas	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

⁶ 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.”

Además de que Porvenir S.A. no allega el formulario de vinculación 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 (entendida en este caso como traslado de dineros, pues nunca estuvieron en el RPM) de los aportes obligatorios y voluntarios, lo cual comprende la totalidad del capital ahorrado, 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, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deberán ser reintegrados debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, 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, el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 03 de febrero 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 : 12:19:49 PM
Afiliado: CC 17314953 NELSON POLANCO ARTUNDUAGA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 17314953							
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	1995-02-03	2004/04/16	PORVENIR	COLPENSIONES		1995-03-01	2003-12-31
Traslado de AFP 2003-11-18		2004/04/16	HORIZONTE	PORVENIR		2004-01-01	2008-03-31
Traslado de AFP 2008-02-25		2008/03/17	PORVENIR	HORIZONTE		2008-04-01	

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. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, no aporta Porvenir S.A. el formulario de afiliación del demandante que contiene texto pre-impreso denominado «voluntad de afiliación» a través de la cual pretendió en su contestación hacer constar que estuvo debidamente informado su decisión, sin embargo, dicha circunstancia en sí misma no es suficiente para concluir su voluntad libre e informada, dado que,

⁷ Hoja 29 Documento digital 9

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, contrario a lo afirmado por Colpensiones en su recurso de apelación.

Tampoco existe una constancia de que se haya entregado el Plan de Pensiones ni 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.

Los anteriores supuestos, en conjunto con las documentales arrimadas al plenario, 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, 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.

Asimismo, frente a lo argüido por Colpensiones respecto a que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición del 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.

Frente a lo señalado por Porvenir S.A. en relación con la devolución de rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, 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 Porvenir SA transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, dentro de los que se incluyen precisamente 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.

Igualmente, frente a la oposición respecto de la indexación ordenada en el numeral 3º respecto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se advierte que la orden del Juez primigenio se ciñó a lo dispuesto por la Corte Suprema de justicia Sala de Casación Laboral, en sentencias como la CSJ SL1467-2021, además se reitera la AFP privada no cumplió con los deberes que le asistían frente al afiliado, y por ello debe cargar con las mermas sufridas en los dineros bajo su cuidado. Son dos las razones esenciales que lo justifican: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron descontar al afiliado tales rubros y (ii) la devolución debe 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 SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021, entre otras).

No obstante, en virtud que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 3.º del proveído recurrido, respecto a que además de lo ya ordenado, deberá Porvenir SA devolver cuentas de rezago si las hay.

En aras de evitar posteriores trámites administrativos y judiciales se adicionará el numeral 4.º de la sentencia bajo estudio para que Colpensiones una vez reciba los recursos por parte de Porvenir SA 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).

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., 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 3.º de la sentencia de 14 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ORDENAR a Porvenir SA devolver cuentas de rezago, si las hay.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral 4.º 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.

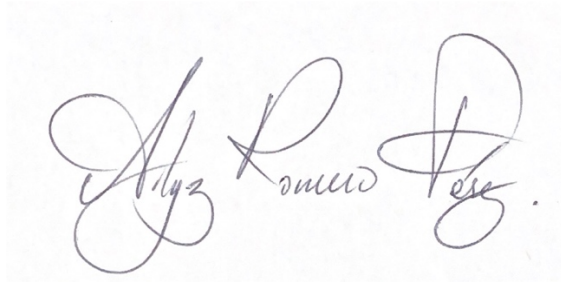
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. apelantes infructuosos y a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE (\$1.500.000.00) a cargo de cada una.

QUINTO: DEVOLVER por Secretaría el expediente al Juzgado de origen, una vez quede en firme esta decisión.

Lo resuelto se notifica y publica a las partes, por medio de la página web de la Rama Judicial y por edicto fijado en la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior .

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