



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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Mabil Susana Luna Cuero
Accionado	Porvenir S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210041101

Sentencia N°. 28

Aprobada mediante acta No.28

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y del recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** contra la sentencia No. 254 del 22 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **MABIL SUSANA LUNA CUERO** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare ineficaz el traslado realizado del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Porvenir S.A. En consecuencia, solicita que se declare que para efectos pensionales continúa afiliada al RPMPD y se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los valores contenidos en el saldo de su cuenta de ahorro individual, tales como

¹ La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC, 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

cotizaciones, bonos pensionales con todos los rendimientos, frutos e intereses que se hubieren causado, así como cualquier otro factor económico que le corresponda a la afiliada. Por último, también solicita la aplicación de las facultades *ultra y extra petita*, el pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos, refirió que nació el 24 de mayo de 1957, ello quiere decir que a la actualidad cuenta con 66 años; que estuvo afiliada al RPMPD y que se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 01 de agosto de 1995 a través del formulario de vinculación No.00531938 del 24 de julio de 1995; que al momento del traslado no recibió por parte de la entidad información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones, acceso y servicio de cada uno de los regímenes pensionales; que presentó derecho de petición a la AFP para la proyección de su mesada pensional y que le informaron que el promedio de su mesada sería de \$908.526 a los 64 años, mientras que en Colpensiones podría alcanzar una mesada hasta de \$3.366.077; que radicó ante la AFP Porvenir S.A. reclamación administrativa tendiente al traslado de régimen, la cual fue negada. Igual sucedió con la reclamación administrativa elevada para traslado ante Colpensiones, negándole tal petición mediante oficio 2021_6029231-27163755 del 26 de mayo de 2021, por haber revasado la edad pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES contestó la demanda² y adujo como ciertos los hechos relacionados con la edad de la demandante, la densidad de semanas aportadas al SGSSI conforme lo refleja la historia laboral aportada al expediente, la fecha de traslado al RAIS y sobre las peticiones elevadas a los fondos para el traslado de régimen, las cuales fueron negadas. Sobre los demás hechos indicó que no le constan y negó el hecho décimo referente a la liquidación de la mesada pensional en Colpensiones, pues

² Archivo No.09 del expediente digital.

no ha hecho proyección de esta.

Se opuso a las pretensiones argumentando:

“(…) En el caso de estudio, la señora MABIL SUSANA LUNA CUERO C.C. 34528359, nació el 24 de mayo de 1957, por lo que actualmente cuenta con 64 años de edad, es decir, que supera la edad mínima para ser beneficiaria de una pensión de vejez, según la Ley 797 de 2003, art 33; se afilió inicialmente al RPM administrado por el ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y se trasladó al RAIS administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, el 01 de agosto de 1995, siendo esta AFP en la que se encuentra actualmente afiliada, por lo que dicho traslado tiene plena validez, conforme al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Conforme a lo anterior, la demandante, elevó la solicitud de traslado y/o la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contando con 64 años de edad, es decir, superando la edad mínima para tener derecho a la pensión de vejez, teniendo en cuenta que la edad mínima es de cincuenta y siete (57) años para las mujeres, según la Ley 797 de 2003, art. 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 01 de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre (...)

En ese orden de ideas, y de conformidad con la norma en cita, el traslado a la fecha goza de plena validez y además de ello, el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; vejez y además es menester traer a colación lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, el cual expresa que: “Todo afiliado al régimen y que no haya adquirido la calidad de pensionado, podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado, o trasladarse a otra entidad administradora.”, lo cual permite concluir que es improcedencia la solicitud de traslado entre regímenes pensionales y entre las diferentes administradoras del Sistema General de Pensiones cuando el afiliado haya adquirido la calidad de pensionado o recibido la devolución de aportes, por ello no está llamada a prosperar la nulidad de traslado aducido por la parte demandante y mucho menos el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones cuando el traslado goza de plena validez. Por lo anterior, no está en la obligación la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES en realizar el traslado del RAIS al RPM (...)

Propone en defensa de sus intereses las excepciones denominadas “inexistencia

de la obligación y cobro de lo no debido”, “prescripción”, “la innominada”, “buena fe”.

Porvenir S.A. contestó la demanda el 27 de abril del 2023, conforme se visualiza en el archivo 15 del expediente digital. Frente a los hechos narrados en la demanda, señala como ciertos la edad de la demandante, la densidad de semanas cotizadas al sistema, la fecha de vinculación o traslado del RPMPD al RAIS tras recibir una asesoría clara y completa, la solicitud de traslado de régimen elevada por la actora en mayo de 2021, y la negativa a su petición por encontrarse superado el término de 10 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida para pensionarse. Los demás hechos aseguró que no le constan.

Se opuso a cada uno de las pretensiones planteadas por la demandante, en los siguientes términos:

Es de aclarar que en la actualidad se exige demostrar que hubo asesoría a la parte demandante con el cumplimiento de exigencias rigurosas más allá del diligenciamiento del formulario y la información brindada de manera verbal, esto, sin tener en cuenta que esta obligación se hizo exigible por parte de la Superintendencia Financiera, (ente que vigila a las Administradoras del Fondo de Pensiones) a partir del año 2016 mediante Circular 016 de 2016. Sin embargo, se debe aclarar que esta no es una fuente formal de derecho.

No obstante, lo anterior, las posturas de la Corte Suprema de Justicia siguieron la corriente de las exigencias de la Superintendencia Financiera, pero impusieron criterios sin respetar el principio de la irretroactividad, toda vez que no deberían ser exigidos dichos requisitos para quienes se hayan afiliado /trasladado previo al año 2016, pues antes de ese tiempo, no existía la doble asesoría, buen consejo o información completa, detallada y suficiente en los términos que hoy se pretende se hubieran realizado para el momento del traslado, lo importante para el 2016, era brindar información veraz y necesaria, con el fin de que la parte actora pudiera tomar una decisión libre y voluntaria.

(...)

Es claro con lo mencionado, que la figura más importante en este tipo de procesos de ineficacia y/o nulidad del traslado, es la de las restituciones mutuas, pues esta tiene un fin lógico que de manera orgánica se encuentra inmerso en el proceso, consistente en evitar que se quiebre el equilibrio de las relaciones y que una parte tenga ventaja sobre el patrimonio de la otra, disminuyéndolo.

(...)

En este caso, debe aclararse que, como consecuencia de la nulidad o la ineficacia, el afiliado tendrá solamente derecho a que se le devuelvan las cotizaciones que, de no haber realizado el traslado, hubiese continuado haciendo en el RPM. Lo anterior, porque de recibir los elementos propios del RAIS, como los rendimientos, réditos, operaciones comerciales y de inversión, portafolios de cartera, comisión por administración, estaría pasándose por alto la figura de la restitución y se estaría incrementando el patrimonio de la parte actora, afectando el de la Demandada (...)

En defensa de sus intereses propuso las excepciones que denominó “buena fe”, “ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado”, “aceptación tácita de las condiciones del RAIS”, “enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas”, y “prescripción”.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, Valle, a través de la sentencia de primera instancia No. 254 del 22 de agosto de 2023, ordenó:

“(...) Primero. - DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MABIL SUSANA LUNA CUERO con C.C.34.528.359 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 agosto de 2004.

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:

"(...) se encuentra que 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 como hecho más relevante y si posteriormente, continuó con dicha asesoría durante el desarrollo de la vinculación, teniendo en cuenta que las AFP desde su creación tienen el deber de brindar al Afiliado una información cierta, suficiente y oportuna para que pueda tomar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, pasando por el deber de brindar una información necesaria y transparente, al de asesoría y buen consejo y finalmente al de la doble asesoría.

Respecto al fenómeno de la prescripción señaló:

"(...) A la excepción de prescripción no se le da prosperidad acogiendo el criterio establecido en la sentencia SL-1689-2019 – Radicación 65791 del 08 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO acerca de la improcedencia de este fenómeno en los asuntos de nulidad de traslado, teniendo en cuenta que esta es una pretensión declarativa y los derechos que nacen de ella tienen el mismo trato, pues hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social (...)”³

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de COLPENSIONES formula recurso de alzada⁴ contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, fijando su reparo en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, tras señalar que se debe adicionar la condena y ordenar pagarle las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, al igual que las cotizaciones voluntarias, si las hubo.

³ Archivo No.20 del expediente digital, grabación audio video, minuto 49:50 – 59:26

⁴ Archivo No.20 del expediente digital, grabación audio video, minuto 59:44 – 1:00:29

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 31 de octubre de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado **Porvenir S.A.** indicó que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, porque estos tienen un origen legal. En cuanto a los rendimientos financieros manifestó que de ordenarse la devolución de los gastos de administración no es procedente la devolución de los rendimientos, toda vez que, la ficción jurídica implica retrotraer las cosas al estado inicial.

Finalmente indicó que no hay lugar a la condena en costas porque es un proceso que no está regido por los principios de debido proceso, igualdad, eficacia y eficiencia pues es un proceso que no se puede evitar y no es dable acceder a mecanismos alternativos de solución de conflictos.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** indicó que no resulta procedente el traslado de la demandante, toda vez que se encuentra incurso dentro de la prohibición de traslado y no demostró la pérdida del régimen de transición o alguna expectativa legítima. Aunado a lo anterior, indica que el formulario de afiliación es plena prueba de la voluntad del afiliado de trasladarse y que en el proceso no se probó vicios del consentimiento.

Finalmente, solicita que en caso de ser declarada la ineficacia se reintegre el RPMPD lo concerniente al saldo de la cuenta de ahorro, primas previsionales, porcentaje destinado a contribuir al fondo e pensión mínima y gastos de administración, además que sea revocada la condena en costas.

La demandante **Mabil Susana Luna** solicita que sea confirmada la sentencia de instancia porque Porvenir S.A. no demostró haber cumplido con el deber de información al momento del traslado.

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 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 afiliada al I.S.S. hoy Colpensiones desde el 28 de julio de 1977, conforme a la historia laboral aportada en la carpeta administrativa de la accionante, obrante en el archivo No.06 del expediente digital; (ii) que la demandante se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 24 de julio de 1995, conforme puede observarse de la prueba documental obrante en el archivo No.15 del expediente digital, folio 131, “solicitud de vinculación” y conforme al historial de vinculaciones que reposa en el mismo archivo a folio 108, con fecha de efectividad de 01 de agosto de 1995; (iii) que a 24 de abril de 2023, la accionante contaba con una densidad de semanas cotizadas al SGSSI de 1859 (p.69, archivo 15); (iv) que Porvenir S.A. le respondió negativamente la solicitud de nulidad de

traslado de régimen (p.127 - 130, archivo 15); (v) que la demandante solicitó traslado a Colpensiones el 26 de agosto de 2021 (p.1, archivo 08) y esta fue despachada desfavorablemente el 26 de mayo de 2021 (p.5, archivo 08), por encontrarse superados los 10 años anteriores al cumplimiento del requisito de edad para pensionarse.

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 incumplimientos del 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, 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° 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 plasma 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:

⁵ CSJ SL1452-2019

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
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 obra el formulario de vinculación a 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 adocinado 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 que la demandante solicitó afiliación a Porvenir S.A. el 24 de julio de 1995, y la efectividad del traslado del Régimen de Prima Media con

Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual se dio el 01 de agosto de 1995, cuando el deber de información se encontraba en la primer etapa, esto es, la administradora debía ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, brindar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses y expectativas. Así se observa en el reporte SIAFP de Asofondos⁶:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 8:49:24 PM
Afiliado: CC 34528359 - MABIL SUSANA LUNA CUERO [Ver detalles](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 34528359							
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	1995-07-24	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			1995-08-01	

Un item encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 34528359

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1995-07-24	1996-06-13	01	AFILIACION	PORVENIR	

Un item encontrado.
1

Por tanto, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada 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. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, si bien la demandante suscribió el formulario de afiliación⁷ bajo un texto pre-impreso denominado «voluntad de afiliación», a través del cual pretendió hacer constar que estuvo debidamente informada 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

⁶ Archivo Digital No.15 del expediente, p.237

⁷ Archivo No.15, p.131 del expediente digital

informado.

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

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) historia laboral consolidada de Porvenir S.A. (p.69 - 79, documento digital No.15), (ii) formato de solicitud de vinculación del 24 de julio de 1995 (p.131, archivo No.15), (iii) relación histórica de movimientos de vinculación de la afiliada (p.108, archivo 15), y (iv) comunicados de prensa de Porvenir S.A. y de otras AFP sobre prohibición de traslado para quienes estuvieran a menos de 10 años para cumplir edad pensional (p.49 - 51, del documento digital No.08).

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 cambio de régimen y con los cuales no es posible constatar que la AFP cumpliera 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.

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 la recurrente, esto es, Colpensiones, en la sustentación del recurso de apelación, es preciso concluir que le asiste razón, pues con la declaración de la ineficacia del traslado 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, aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago, los rendimientos, así como los gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima indexados, 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, prospera su recurso de apelación en este sentido.

Lo anterior, también se estudia en ejercicio de la facultad conferida por el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, recalcando que si bien la Juez de instancia ordenó trasladar *“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”*, lo cierto es que, omitió prever que, la devolución de los saldos que deben realizar las AFP a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, según el artículo 1746 del Código Civil aplicable en la materia, tiene

como efecto restablecer el estado de cosas actual al estado anterior 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, se adicionará la sentencia en ese sentido, correspondiendo, además, a la AFP accionada ante la declaratoria de ineficacia, 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).

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 3º del proveído recurrido para ordenar a Porvenir S.A. a devolver aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago, los rendimientos y, además, los gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima en forma indexada.

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

Ahora bien, con respecto a la condena en costas en instancia, 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 tal como lo establece la norma aplicable ya reseñada.

De la misma manera, Porvenir S.A. presentó su oposición a lo requerido por el demandante y presentó excepciones de mérito que no prosperaron. Por lo anterior, dichas entidades deben 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 en 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).

Sin costas en segunda instancia, dadas las results del recurso.

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 No.254 del 22 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia devuelva los aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago si las hay, junto con los rendimientos. Además, se ordena devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima en forma indexada a la fecha de su pago.

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

TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia. Se fijan como agencias en derecho la suma un millón quinientos mil pesos MCTE (\$1.500.000) a cargo de cada una de las demandadas.

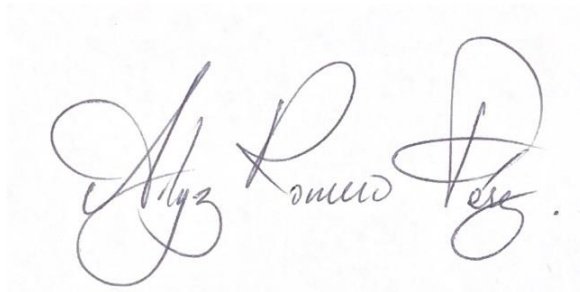
CUARTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.

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,



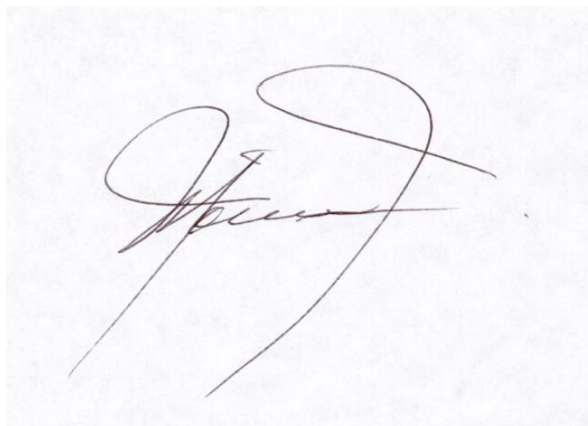
ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclaración de Voto