



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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Ángela María Monsalve Concha
Accionado	Colpensiones y Porvenir S.A.
Radicado	76001310500720230018701

Sentencia N°. 35

Aprobada mediante acta No.35

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 de los recursos de apelación interpuestos por **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** contra la sentencia del 17 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **ANGELA MARÍA MONSALVE CONCHA** contra las recurrentes.

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad -pretensión principal- o la ineficacia -pretensión subsidiaria- del traslado realizado el 25 de agosto de 1998 del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A., antes BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, en consecuencia se declare que continúa afiliada al RPMPD y que se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones el valor obrante en su cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, los rendimientos, frutos e intereses que se hubieren causado, así

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

como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Por último, solicita la aplicación de facultades ultra y extra *petita*, el pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos, refirió que nació el 31 de agosto de 1968; que se afilió al I.S.S. hoy Colpensiones desde 1991 donde cotizó hasta septiembre de 1998; que el 25 de agosto de 1998 se cambió al RAIS con Porvenir S.A. por ofrecimientos extraordinarios y errados que le hiciera un asesor de dicha entidad; que al momento del traslado de régimen no fue asesorada e informada de manera transparente, completa, adecuada y suficiente respecto a las diferencias entre uno y otro régimen, los beneficios, ventajas e implicaciones de su decisión; que tampoco se le indicó el capital necesario para acceder a una pensión en el RAIS y demás condiciones pensionales.

Finalmente, informó que el 2 de agosto de 2018 solicitó a Colpensiones anular su afiliación al RAIS y recibirla nuevamente en el RPMPD, la cual fue denegada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación en el RPMPD y la solicitud de nuevo traslado presentada a Colpensiones, frente a los demás hechos aseguró que no le constan o que no son ciertos.

También se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que “(...) *se evidencia que la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual se dio en virtud a su libertad de escogencia de régimen pensional, por lo tanto, no hay lugar a ordenar la ineficacia del traslado (...)*” y propuso como excepciones las de validez de afiliación al RAIS, aceptación implícita de la voluntad del afiliado, saneamiento de una presunta nulidad, prescripción, buena fe y genérica.

Porvenir S.A. también aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y su

situación pensional y los demás dijo que no son ciertos o que no le constan. Se opuso a las pretensiones al considerar que “(...) la afiliación de la accionante a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones luego de haber recibido toda la información y asesoría completa, necesaria y personalizada respecto a las características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad” y propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, restituciones mutuas y la innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia No.165 del 17 de julio de 2023, ordenó:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación efectuada por la señora ANGELA MARIA MONSALVE CONCHA identificada con la CC. No. 31.982.312 al fondo PORVENIR SA, en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y por lo mismo siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

TERCERO: Como secuela obligada de la anterior determinación, la demandante, deberá ser admitida y sin dilación alguna en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR SA, a devolver, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos estos últimos, correspondientes al periodo en que el demandante estuvo afiliado a dicha administradora.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Para la devolución de los conceptos ordenados se le concede a PORVENIR S.A. el

término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de la ejecutoria de la sentencia, y una vez recibidos, por COLPENSIONES, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar a la demandante su historia laboral.

QUINTO: SIN COSTAS a cargo de PORVENIR SA.

SEXTO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES, se fijan como agencias en derecho la suma de 1/2 SMLMV. Liquídense por Secretaría.

SEPTIMO: CONSULTESE con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelado².

Lo anterior, tras resaltar que los fondos privados incumplieron la carga de la prueba que les concernía, pues, no lograron acreditar con el formulario de afiliación y con los comunicados de prensa aportados que cumplieran su deber de información al momento del traslado de régimen pensional de la demandante, lo que se traduce en la ineficacia y en las condenas por concepto de devoluciones detalladas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión se presentó el recurso de alzada por parte de Colpensiones y Porvenir S.A. La primera, adujo que la demandante no logró acreditar la omisión del deber de información y, por ello, el formulario de afiliación demuestra que su elección de régimen fue libre y voluntaria, lo que impide la configuración de la ineficacia de traslado solicitada en la demanda.

Porvenir S.A. se mostró inconforme exclusivamente con la condena relacionada a la devolución de gastos de administración, aduciendo que se trata de obligaciones legales previstas para asegurar la buena gestión de los recursos de los afiliados, por lo que ordenar su devolución es ilegal y comportaría una carga injustificada para la AFP.

² Documento digital No.14.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 20 de noviembre de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado, la demandante **Ángela María Monsalve Concha** manifestó que se debe conformar la sentencia de instancia toda vez que dentro del proceso no se acreditó el cumplimiento del deber de información.

Por su parte, **Porvenir S.A.** manifestó que resulta inequitativo ordenar devolver los gastos de administración durante el tiempo que estuvo la demandante afiliada al fondo, pues los despoja de unas sumas que fueron causadas por su gestión.

Adicionalmente, manifestó que para los gastos de administración opera la prescripción y que en caso de no aplicarse afectaría directamente la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Las demás partes dentro del proceso guardaron silencio.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtirte obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones,

entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) la demandante estuvo inicialmente afiliada al I.S.S. hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 10 de julio de 1991 al 29 de septiembre de 1998³, (ii) el 25 de agosto de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual RAIS administrado por Porvenir S.A.⁴, donde se encuentra actualmente afiliada.

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

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

Deber de información

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

³ Documento digital No.06, p.19.

⁴ Documento digital No.06, p.51.

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 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:

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

⁵ CSJ SL1452-2019.

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 de la afiliada, del precedente citado se extrae que tal documento por sí solo no permite constatar el cumplimiento del deber que le asiste a las administradoras de pensiones, pues este va más allá del diligenciamiento de un formulario de afiliación, ya que la AFP debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido este como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

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

constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

Por otra parte, los efectos económicos de la ineficacia consisten en la devolución de los aportes obligatorios y voluntarios, lo cual comprende la totalidad del capital ahorrado, junto con sus rendimientos financieros e igualmente, se deberán reintegrar los bonos pensionales y las cuentas de rezago, si las hay. El porcentaje correspondiente a comisiones, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deberán no solo reintegrarse sino indexarse al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la ineficacia trae como resultado, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen.

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

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, que la demandante se trasladó a Porvenir S.A. el 25 de agosto de 1998, 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 la solicitud de vinculación alojada en la p.51 del documento digital No.06.

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 de 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 afiliación 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 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 expedida por Porvenir S.A. (p.16 a 28, documento digital No.06); (ii) comunicados o publicaciones de prensa sobre la imposibilidad temporal del traslado de régimen (p.76 a 78, documento digital No.06); (iii) certificado de afiliación a Porvenir S.A. (p.48, documento digital No.06).

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. Por su parte, el interrogatorio de parte rendido por la demandante⁶ tampoco ofrece confesión relativa al cumplimiento del deber de información de la AFP, por lo que no contribuye a satisfacer la carga de la prueba.

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 los recurrentes, 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.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993, el cual no se encuentra cumplido, ni siquiera con la suscripción del formulario de afiliación al fondo. Asimismo, el referente a la carga de la prueba, la cual como ya se dijo está en cabeza de las AFP ante la negación indefinida de la accionante, tal y como lo explicó la Corte Suprema de

⁶ Minuto 00:08:00 de la audiencia cuyo enlace aparece en el documento digital No.14.

Justicia en las Sentencias ya referenciadas.

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

Frente a lo señalado por Porvenir S.A. en relación con la devolución de gastos de administración, se reitera que con la declaración de ineficacia deviene el retrotraer todo al estado inicial de la afiliación del actor, por lo que es obligación de la demandada transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago, 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 prosperan los recursos de apelación en este sentido.

También respecto al argumento de Colpensiones, acerca de que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen en cualquier tiempo, debe recordarse que el eje central en este tipo de situaciones, es determinar si al momento del traslado de régimen la persona contaba con la información completa, clara y concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación y a falta de esta deviene la ineficacia del traslado, la cual le resta efectos jurídicos al paso del demandante al RAIS desde el RPM y por ello las cosas vuelven a su estado anterior.

Otro punto de inconformidad de Colpensiones, se centra en la permanencia del actor en el RAIS, lo que según dicha entidad debe considerarse como una manifestación de su voluntad de querer pertenecer al régimen mencionado. Sobre esto, es pertinente traer a colación lo doctrinado por la Sala de Casación Laboral Permanente frente a los actos de relacionamiento, autoridad que ha sostenido que no operan en los casos de ineficacia de traslado de régimen, pues en estos asuntos lo que se debe determinar es si la persona recibió información integral para tomar la decisión de cambiar de régimen y no sobre sus motivaciones para cambiarse de AFP, bien sea porque una AFP le ofrecía mejores rendimientos o le cobraba una menor comisión. Así se expuso en sentencia CSJ SL1055-2022: *“conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”*

Sobre la indexación de los rubros a reintegrar se explica que, de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil aplicable en la materia, el efecto de la ineficacia es restablecer las cosas al estado en que se hallarían de no haber existido el acto ineficaz (CSJ SL2877-2020), lo que 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 afectación del poder adquisitivo que se suscita por el paso del tiempo.

Por tanto, corresponde a la AFP accionada ante la declaratoria de ineficacia, devolver los aportes voluntarios a la actora y retornar a Colpensiones 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 4.º del proveído recurrido para ordenar a Porvenir S.A. a devolver el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la afiliada junto con sus rendimientos financieros, los bonos pensionales y cuentas de rezago si las hay. Además, se debe ordenar a Porvenir S.A. que devuelva las comisiones y gastos de administración debidamente indexadas.

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 la afiliada al RAIS, más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del afiliado (CSJ AL606-2023), contrario a lo afirmado en el recurso de apelación propuesto por Colpensiones.

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, en tanto se orienta 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. y Colpensiones, apelantes infructuosos, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una la suma de un millón quinientos mil pesos MCTE (\$1.500.000).

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 Corte Suprema de Justicia, como en sentencias CSJ SL802-2021, CSJ SL858-2021, CSJ 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 4.º de la sentencia No.165 del 17 de julio de 2023, dictada por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, para ordenar a Porvenir S.A. devolver el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la afiliada junto con sus rendimientos financieros, bonos pensionales y cuentas de rezago si las hay. Además, deberá devolver al actor los aportes voluntarios en caso de existir y restituir a Colpensiones las comisiones y gastos de administración debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos.

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

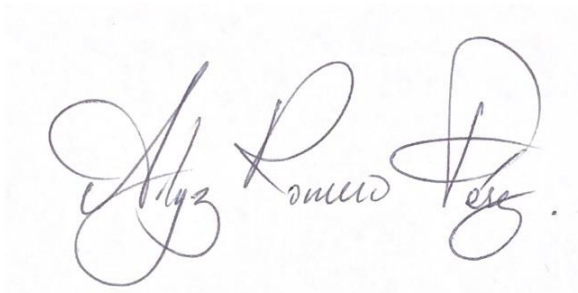
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., apelantes infructuosos y a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho, a cargo de cada una, la suma un millón quinientos mil pesos MCTE (\$1.500.000).

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,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Arlys Alana Romero Pérez'.

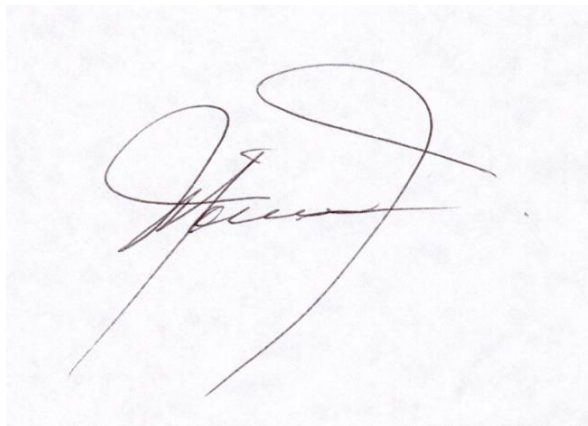
ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Carlos Alberto Oliver Gale'.

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Mónica Teresa Hidalgo Oviedo'.

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara Voto