



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Adriana Escobar Chalarca
Accionado	Porvenir S.A. y Colpensiones
Radicado	76001310500720230027301

Sentencia N°. 26

Aprobada mediante acta No.26

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 y PORVENIR S.A.** contra la sentencia del 22 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **ADRIANA ESCOBAR CHALARCA** contra las recurrentes.

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 continúa afiliada al RPMPD y que se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos

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

pensionales, con todos los rendimientos, frutos e intereses que se hubieren causado, así como cualquier otro factor económico que le corresponda al afiliado y se condene a la AFP a asumir con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión. 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 14 de junio de 1960; que se afilió al I.S.S. hoy Colpensiones desde 24 de diciembre de 1987; que el 28 de febrero de 2000 se trasladó del RPMPD al RAIS con Porvenir S.A. por ofrecimientos extraordinarios y errados que le hiciera un asesor de dicha entidad respecto de los beneficios del RAIS; que al momento del traslado a Porvenir S.A. no fue asesorado e informado de manera transparente, completa, clara, veraz y suficiente de las diferencias entre uno y otro régimen, los beneficios, ventajas e implicaciones de su decisión; que no se le informó sobre el capital necesario para adquirir una pensión, tampoco que parte de su aporte mensual se destinaría al pago de seguros, gastos de administración y Fondo de Garantía de Pensión Mínima; que no se le asesoró sobre su derecho a un bono pensional y la posibilidad de negociarlo para anticipar su pensión, ni que su pensión se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado, como de sus beneficiarios y tampoco se le realizaron proyecciones futuras de pensión.

Por último, informó que a pesar de haber solicitado ante Porvenir S.A. el 13 de abril de 2023 el traslado de régimen, tal petición le fue negada mediante oficio del 04 de mayo de 2023, ocurriendo una situación similar frente a Colpensiones.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Colpensiones adujo como ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante y su afiliación en el RPMPD, frente a los demás hechos aseguró que no le constan o que no son ciertos.

También se opuso a las pretensiones argumentando que *“(...) COLPENSIONES es completamente ajena a los hechos acontecidos, puesto que el hecho de que la parte actora hubiese determinado trasladar sus aportes a RAIS fue solo y únicamente voluntad de la parte, además se desconoce el tipo de asesoría que se le pudo brindar al demandante, para que el mismo determinara sentirse insatisfecho con la ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES antes ISS y decidiera trasladar sus aportes al RAIS, mi representada no tuvo ningún tipo de coacción para que la misma tomara tal decisión”*.

En su defensa, propuso como excepciones, entre otras, las siguientes: *“El traslado del demandante obedeció a su decisión libre y voluntaria y por tanto está revestido de legalidad y eficacia, innominada, inexistencia de la obligación, carencia del derecho, prescripción, buena fe, compensación, imposibilidad de condena simultánea e indexación e intereses moratorios, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, proporcionalidad y ponderación, indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional (...)”*.

Porvenir S.A. aceptó lo referido a la edad de la demandante y su situación pensional. Los demás hechos fueron negados o desconocidos. Acto seguido, se opuso a las pretensiones tras indicar que *“(...) existe (sic) elementos posteriores a la afiliación que podrían considerarse como constitutivos de la voluntad consciente de la persona de mantenerse en el régimen y que se traducen en la irrefutable creencia de que el afiliado contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección”*. y en su defensa interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, restituciones mutuas e innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia del 22 de agosto de 2023, ordenó:

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

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación efectuada por la señora ADRIANA ESCOBAR CHALARACA identificada con la CC. No. 31.856.718 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 PENSIONES- COLPENSIONES, 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 la demandante estuvo afiliada 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. Líquidense por Secretaría.

SEPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelada.

Lo anterior, tras resaltar que los fondos privados incumplieron la carga de la prueba que les concernía, pues "(...) se pudo concluir que el traslado no cumplió con el deber de información y transparencia, por lo que se debe aplicar la consecuencia derivada de la afiliación desinformada que consiste en dejar sin efecto jurídico alguno el

acto del traslado de régimen"².

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó recurso de apelación en el que argumentó que el formulario de afiliación y la permanencia de la demandante en el RAIS por más de 20 años permiten inferir que aceptó informadamente las condiciones de dicho régimen pensional y, por lo tanto, no concurren los presupuestos legales para declarar que existió un vicio del consentimiento que afectó el acto jurídico de traslado.

Porvenir S.A. también presentó recurso de alzada, en el que sostuvo que ordenar trasladar los gastos de administración a Colpensiones implicaría un enriquecimiento sin justa causa, dados los rendimientos que se lograron en la cuenta de ahorro individual de la demandante con su gestión y administración.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 9 de octubre de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Estando dentro de la oportunidad procesal, la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** presentó escrito de alegatos, en el cual indicó que no puede condenarse en costas debido a que la obligación de buen consejo recaía sobre el fondo privado y para el efecto trajo a colación la sentencia proferida en la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali de la magistrada María Isabel Arango Secker radicado 76001310501420220057401.

Por su parte, **Porvenir S.A.** indicó que confirmar la sentencia de instancia

² Registro de la audiencia en el documento digital No.15.

vulnera el principio de sostenibilidad financiera y que la posibilidad de declarar la nulidad de la afiliación al RAIS esta prescrita conforme al artículo 488 de Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social el artículo 1750 del Código Civil.

Aunado a lo anterior, indicó que no se puede declarar la ineficacia del traslado de régimen cuando el afiliado no ha estado afiliado a Colpensiones y que existieron actos de relacionamiento que permiten inferir la vocación de permanencia en el régimen.

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 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) la demandante estuvo inicialmente afiliada al I.S.S. hoy Colpensiones, donde cotizó desde diciembre de 1987³, (ii) el 28 de febrero de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual RAIS administrado por

³ P.58 a 59, documento digital No.02.

Porvenir S.A.⁴.

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

⁴ P.57, documento digital No.11.

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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia

⁵ CSJ SL1452-2019

	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	de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo 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 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. desde el 28 de febrero de 2000, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, esto es, la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses. Así se observa en el reporte SIAFP de Asofondos⁶:

⁶ P.70, documento digital No. 11

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 7:27:13 PM
Afiliado: CC 31856718 ADRIANA ESCOBAR CHALARCA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 31856718							
<u>Tipo de vinculación</u>	<u>Fecha de solicitud</u>	<u>Fecha de proceso</u>	<u>AFP destino</u>	<u>AFP origen</u>	<u>AFP origen antes de reconstrucción</u>	<u>Fecha inicio de efectividad</u>	<u>Fecha fin de efectividad</u>
Traslado regimen	2000-02-28	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			2000-04-01	

Un item encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 31856718						
<u>Fecha de novedad</u>	<u>Fecha de proceso</u>	<u>Código de novedad</u>	<u>Descripción</u>	<u>AFP</u>	<u>AFP involucrada</u>	
2000-02-28	2000-03-06	01	AFILIACION	PORVENIR		

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 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 consolidada de Porvenir S.A. (p.16 a 20, documento digital No.11); (ii)

relación histórica de movimientos expedida por Porvenir S.A. (p.21 a 54, documento digital No.11), (iii) formulario de afiliación a Porvenir S.A. suscrito el 28 de febrero de 2000 (p.57, documento digital No.11), (iv) comunicados de prensa Porvenir S.A. sobre la prohibición de traslado para quienes estuvieran a menos de 10 años para cumplir edad pensional (p.85, documento digital No.11).

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 al momento de vinculación al RAIS 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, especialmente por Colpensiones, se aprecia a lo largo de esta providencia que el deber de información conforme el mandato establecido en el numeral 1.º del artículo 97

Decreto 663 de 1993 no se encuentra cumplido, ni siquiera con la suscripción del formulario de afiliación al fondo, siendo impertinente ahondar más en la corroboración de dicha inferencia, pues, la elección libre y voluntaria efectuada por la demandante y que cita Colpensiones, si bien se puede tratar de un consentimiento exento de fuerza, no puede olvidarse que para que este surta los efectos propios del traslado debió estar precedido 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 en forma indexada, pues serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho la demandante, los cuales debe asumir la AFP privada que no cumplió con su deber de asesoría, acompañamiento, buen consejo, siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, no prospera su recurso de apelación en este sentido.

También respecto al argumento de Colpensiones, respecto a que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen en cualquier tiempo, debe recordarse a 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 de la demandante al RAIS desde el RPM y por ello las cosas vuelven a su estado anterior.

Se duele Porvenir S.A., además, de la devolución de rendimientos ordenada y de la devolución de los rubros descontados con base en una afiliación ineficaz. Sobre ello se explica que respecto de la devolución que deben realizar los fondos privados a Colpensiones con ocasión de la ineficacia del traslado, de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil aplicable en la materia, el efecto de la ineficacia es restablecer las cosas al estado en que se hallarían de no haber existido el acto ineficaz (CSJ SL2877-2020), lo cual se logra mediante las restituciones mutuas que comprenden los frutos percibidos por la administración de los recursos y, además, la compensación por las pérdidas o por el deterioro de los mismos, como lo es la pérdida del poder adquisitivo que se suscita por el paso del tiempo.

Por tanto, corresponde a la AFP 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, gastos de administración cobrados a la parte demandante, 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 a Porvenir S.A. a devolver las cuentas de rezago, si las hay, así como las comisiones, aportes voluntarios y los rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

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).

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 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 4.º de la sentencia del 22 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo 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 las cuentas de rezago, si las hay, así como las comisiones, aportes voluntarios y los rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

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 la suma un millón quinientos mil pesos m/cte. (\$1.500.000) a cargo de cada una.

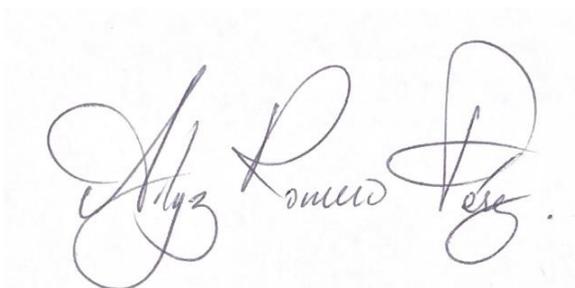
CUARTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en

el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.
Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-
2022 y CSJ AL4680-2022.

QUINTO: En firme la presente decisión, y en caso de no interponerse recurso
de casación, **DEVOLVER** por Secretaría el expediente al Juzgado de origen.

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



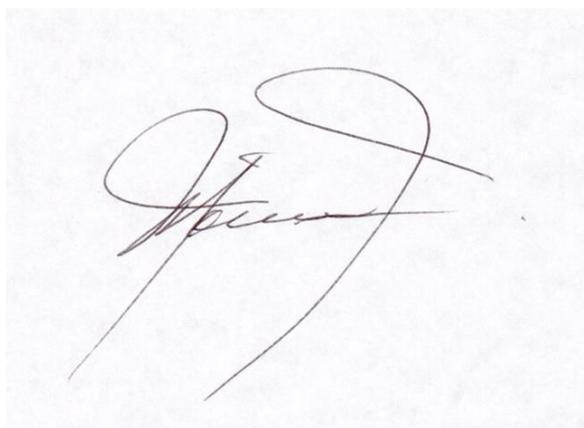
ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara el Voto