



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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Veneranda Sinisterra Angulo
Accionado	Porvenir S.A. y Colpensiones
Radicado	76001310501120220010801

Sentencia N°. 21

Aprobada mediante acta No.21

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 **PORVENIR S.A.** contra la sentencia de 07 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **VENERANDA SINISTERRA ANGULO** contra la recurrente y **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad o ineficacia del primer traslado efectuado del I.S.S. hoy Colpensiones a Porvenir S.A., en consecuencia solicitó se ordene el traslado de los aportes y/o capital, bonos pensionales si los hay, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y los gastos de administración, así como de las costas y agencias en derecho.

¹ La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC's, de conformidad con los artículos 1º y 2º de la Ley 2213 de 2022, y se profiere sentencia escrita, según lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 *ibidem*, que modificó el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social

Como hechos, refirió que nació el 21 de enero de 1967; que se encontraba afiliada al RPMPD administrado por el I.S.S. hoy Colpensiones y luego se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A. como consecuencia de una decisión errada, pues no recibió la asesoría necesaria, clara y por escrito, tampoco la proyección pensional, ni las ventajas y desventajas de su decisión, no se le informó de su derecho de retracto; que la AFP privada la indujo a un error en el consentimiento; que durante los últimos 5 años ha solicitado verbalmente a Porvenir S.A. autorizar su traslado a Colpensiones, lo cual le ha sido negado; que el 26 de noviembre de 2021 presentó derecho de petición a Porvenir S.A. en el sentido señalado y recibe una respuesta precaria el 14 de diciembre de 2021; que el 24 de noviembre de 2021 elevó solicitud ante Colpensiones para su vinculación a dicha entidad, sin que hasta el momento haya recibido respuesta.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Porvenir S.A. aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la accionante y la solicitud efectuada a Porvenir S.A. el 26 de noviembre de 2021. Frente a los demás hechos manifestó que no le constaban o que no eran ciertos y se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que *“la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad y/o ineficacia de la afiliación. Al encontrarse válidamente afiliada en el R.A.I.S., sin que logre demostrar la demandante la causal de nulidad y/o ineficacia que invalide lo actuado, no hay lugar a decretarse la misma.”* En su defensa, propuso como excepciones la de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y buena fe.

Colpensiones adujo que son ciertos los hechos asociados al nacimiento de la demandante y su afiliación al RPMPD, respecto a los demás hechos adujo que no le constan y que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones en los siguientes

términos: *“la selección de los regímenes existentes -RAIS Y RPM- es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria, por tanto, la afiliación realizada por la demandante al RAIS a la fecha goza de plena validez. Adicionalmente, es menester tener en cuenta que la señora VENERANDA SINISTERRA ANGULO se encuentra inmersa en la prohibición legal prevista por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, para pretender realizar un traslado entre regímenes pensionales.”* En su defensa, interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y carencia del derecho, prescripción, innominada, buena fe y falta de agotamiento del requisito de reclamación administrativa.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia de 07 de junio de 2023, ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, señora VENERANDA SINISTERRA ANGULO, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, en consecuencia, generar el regreso automático al RMPD administrado por COLPENSIONES, de conformidad con lo considerado en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a AFP PORVENIR S.A. dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES) los saldos, rendimientos, bonos pensionales depositados en la cuenta de ahorro individual.

TERCERO: Condénese a AFP PORVENIR S.A. dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia devuelva con cargo a sus propios recursos e indexados, los dineros que cobró por cuotas de administración, los valores utilizados para pago de primas de los seguros previsionales y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, causados mientras la actora estuvo afiliada a esa administradora de pensiones. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que reciba las sumas provenientes de la AFP PORVENIR S.A. para costear la prestación económica que como Administradora

del Régimen de Prima Media debe asumir en favor del demandante, cuando haya lugar a ella.

QUINTO: CONDENAR en costas a cada una las demandadas, conforme el Art. 365 del C. General del Proceso en concordancia con el Acuerdo N° PSAA16-10554 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 S.M.L.M.V. a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la parte demandante.

SEXTO: Conforme el artículo 69 del C.P.T. y S.S., si no fuere apelada la presente providencia, se dispondrá el envío del expediente a la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para surtir el grado jurisdiccional de CONSULTA, en favor de COLPENSIONES"

Lo anterior, tras resaltar que el fondo privado incumplió la carga de la prueba que le concernía, pues *"ninguna prueba se allegó que permita concluir que Porvenir le hubiera brindado información detallada a la afiliada sobre las consecuencias económicas que se derivarían del cambio de régimen pensional, como tampoco ilustró con suficiente información sobre las condiciones y diferencias entre uno y otro régimen."*

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A. presentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, en su sustentación expuso que la entidad dio cabal cumplimiento al deber de información como estaba planteado para la época de la afiliación, esto es, con la suscripción del formulario de afiliación, conforme lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, pues no era obligación de la entidad dejar constancia por escrito de las asesorías brindadas; que el acto de traslado efectuado por la demandante en 1996 produjo plenos efectos que no pueden desconocerse, toda vez que contó con múltiples oportunidades para retornar a Colpensiones y para indagar sobre su situación pensional, lo que evidencia su negligencia.

Manifestó que el hecho de pretender el traslado encontrándose inmersa en la prohibición del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, da cuenta de que su inconformidad no tiene como base el incumplimiento del deber de información

sino el monto de su mesada pensional, ya que se benefició de las ventajas ofrecidas en el RAIS como los rendimientos y nunca elevó queja o reclamo por la administración de sus aportes.

Indicó que no procede la devolución de los rendimientos, ya que si la consecuencia de la ineficacia es que la actora nunca estuvo afiliada al RAIS, no habría gozado entonces de la administración diligente de Porvenir S.A. y los rendimientos no se habrían generado.

Respecto de los gastos de administración señaló que los mismos se encuentran autorizados en el Artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y fueron empleados para el fin previsto, sin que estén en poder de la entidad; que en virtud de la teoría de las restituciones mutuas no es dable que se condene a la AFP a la devolución de aportes y rendimientos al mismo tiempo que se le obliga a retornar gastos de administración, rubros usados para generar las mejoras en el bien administrado, que además no financian prestación alguna y también hubiesen sido descontados en el régimen de prima media.

Argumentó la improcedencia de devolución de las primas de seguros previsionales, en el hecho de que dichos dineros fueron entregados a las compañías aseguradoras y fueron usadas para el fin previsto.

Arguyó respecto a la indexación ordenada que la pérdida del valor adquisitivo de la moneda se compensa con los rendimientos que ya fueron objeto de devolución, lo que significa un doble cobro por un mismo concepto. Finalmente señaló que debe tenerse en cuenta la prescripción, pues no se está debatiendo el derecho a la pensión de la demandante.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 17 de agosto de 2023, este Tribunal corrió traslado

a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término del traslado 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.

Igualmente, 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 de pensión mínima y gastos de administración, además que sea revocada la condena en costas.

Finalmente indicó que la demandante adquirió el estatus de pensionado en el RAIS por lo que no es dable declarar la ineficacia del traslado.

Por su parte, **Porvenir S.A.** indicó que cumplió con el deber de información de acuerdo a la normativa vigente al momento del traslado pues dicha no se exigía dejar documentada la asesoría brindada, solo se requería la firma en el formulario de afiliación como muestra del consentimiento.

Igualmente, indicó que no se probó vicios en el consentimiento, que la demandante tenía la obligación de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia del régimen pensional y que la necesidad de retornar al RPMPD no obedece a la falta de información sino a una expectativa sobre

el monto pensional.

Finalmente, manifestó que es improcedente el traslado de los gastos de administración y rendimiento financieros y primas de seguros previsionales.

Los demás intervinientes 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 01 de marzo de 1996² y (ii) el 30 de mayo de 1996 solicitó traslado al régimen de ahorro individual RAIS administrado por Porvenir S.A.³

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el traslado del régimen

² Hoja 18 Documento digital 8

³ Hoja 35 Documento digital 7

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 informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas al ejercicio económico que desempeñan, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares e historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

En dicha línea al acto de traslado debe antecederle una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, pues

únicamente así se garantiza que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

De acuerdo con lo expuesto, por vía jurisprudencial se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales y se ha determinado que la simple expresión genérica de consentimiento que usualmente se plasman en los formularios de afiliación no es suficiente para acreditar tal obligación.

Asimismo, el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y, con ello, las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones; de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se hizo tránsito al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante), información que los jueces deben tener en cuenta en cada caso concreto, a efectos de establecer el cumplimiento del deber de ilustración, de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021). Tal y como se observa a continuación⁴:

Etapas acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	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

⁴ CSJ SL1452-2019

	laborales y autonomía personal	
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 Porvenir S.A. allega el formulario de vinculación donde se leen salvedades sobre la debida orientación del afiliado, del precedente citado se extrae que no es posible constatar el cumplimiento del deber que le asiste a las administradoras de pensiones, pues este va más allá del diligenciamiento de

un formulario de afiliación, ya que la AFP debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido este como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

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

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

régimen.

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

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A. desde el 30 de mayo de 1996, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, esto es, la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses. Así se observa en el reporte SIAFP de Asofondos⁵

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 2:52:00 PM
Afiliado: CC 66734793 VENERANDA SINISTERRA ANGULO [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 66734793							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1996-05-30	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			1996-07-01	

Un ítem encontrado.
1

Por tanto, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado

⁵ Hoja 33 Documento digital 7

información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales, así como indicarle las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, conforme al mandato establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, si bien el 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 informado en su decisión, dicha circunstancia en sí misma no es suficiente para concluir su voluntad libre e informada, dado que, conforme a la jurisprudencia consolidada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo contenido se analizó en anteriores apartes, este tipo de aseveraciones no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues, a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

En cuanto a las pruebas con las que se pretendió demostrar que la afiliación ocurrió de manera consciente e informada, obran en el expediente: (i) historial de vinculaciones SIAFP (Hoja 33 documento digital 7), (ii) formulario de afiliación a Porvenir S.A. el 30 de mayo de 1996 (Hoja 35 documento digital 7), (iii) historia laboral expedida por Porvenir S.A. (Hoja 37 documento digital 7), (iv), relación histórica de movimientos en Porvenir S.A. (Hoja 50 documento digital 7), (v) historia laboral para bono pensional (Hoja 86 documento digital 7), (iv) solicitud realizada por la demandante el 26 de noviembre de 2021 y su respuesta del 14 de diciembre del mismo año (Hojas 88 y 90 documento digital 7), (v) comunicados de prensa de Porvenir S.A. sobre prohibición de traslado para las personas que se encuentren a menos de 10 años para alcanzar el

requisito de edad para pensionarse (Hoja 122 documento digital 7) (vi) historia laboral expedida por Colpensiones (Hoja 18 documento digital 8).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado, y los demás corresponden a situaciones posteriores al acto de traslado que no acreditan que la AFP Porvenir S.A. cumplió con su deber de información. De igual modo, los comunicados de prensa aportados por el fondo demandado, fueron realizados en fecha posterior a la afiliación de la accionante, no hacen parte de la asesoría recibida y corresponden a un aviso público de la entonces novedosa prohibición del traslado de régimen, traída en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Los anteriores elementos corroboran el hecho que el traslado al RAIS deviene ineficaz, dado el incumplimiento al deber de información por parte del fondo, tal como se desprende de todo el análisis realizado por la Sala. De este modo, el juez de primera instancia acertó al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional debatido, así como al considerar que la consecuencia de ello es tener por no efectuado el traslado y retornar las cosas al estado anterior al mismo. En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* en este aspecto.

Ahora bien, en cuanto a lo reprochado por Porvenir S.A., se aprecia a lo largo de esta providencia atención a los puntos de su recurso, esto es, 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 la AFP ante la negación indefinida del accionante, tal y como se extrae de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ya referenciada.

En cuanto a la elección libre y voluntaria efectuada por la actora que argumentan los apelantes, 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 rendimientos, gastos de administración y primas de seguros previsionales 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, los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, pues serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho el demandante, los cuales debe asumir la AFP privada que no cumplió con su deber de asesoría, acompañamiento, buen consejo, siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, no prospera su recurso de apelación en este sentido.

También respecto al argumento de que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, debe recordarse a la AFP privada 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.

Se duele Porvenir S.A. de la indexación ordenada sobre los gastos de administración, frente a lo que cabe mencionar que de la devolución que deben

realizar los fondos privados a Colpensiones con ocasión de la ineficacia del traslado, de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil aplicable en la materia, el efecto de la ineficacia es restablecer las cosas al estado en que se hallarían de no haber existido el acto ineficaz (CSJ SL2877-2020), lo cual se logra mediante las restituciones mutuas que comprenden los frutos percibidos por la administración de los recursos y además la compensación por las pérdidas o por el deterioro de los mismos, como lo es la pérdida del poder adquisitivo que se suscita por el paso del tiempo.

Por tanto, corresponde a la AFP que incumplió con los deberes que le asistían frente al afiliado, retornar lo cobrado por comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues no es factible que el afiliado o Colpensiones asuman los deterioros que tales recursos sufrieron por el paso del tiempo.

En sentencia CSJ SL 584-2022, se estableció que al declararse una ineficacia y/o nulidad de traslado las AFP deben trasladar las comisiones y gastos de administración cobrados a la parte demandante, asimismo los valores de los seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados. Al respecto enuncia la mentada providencia lo siguiente:

“Así mismo, con cargo a lo explicado en providencia CSJ SL3199-2021, atrás citada, también debe modificarse el fallo del a quo, para condenar a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, que deberá indexar, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, se repite, dado que la declaratoria de ineficacia presupone que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.” (Subrayado fuera del texto)

Y es que la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS

nunca debieron descontar al afiliado tales rubros y que la devolución deba ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. Tales conceptos deben ser asumidos por la administradora de fondos de pensiones con cargo a su propio patrimonio y deben ser indexados, en aras de contrarrestar los efectos del envilecimiento de los valores, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021, CSJ SL 1197-2021, CSJ SL3188-2022, CSJ SL4322-2022, CSJ SL3465-2022, CSJ SL584-2022 y CSJ SL 1084-2023 entre otras).

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 2.º del proveído recurrido para ordenar a Porvenir S.A. a devolver las cuentas de rezago, si las hay.

Por otro lado, en aras de evitar posteriores trámites administrativos y judiciales se adicionará la sentencia bajo estudio en su numeral 4º para ordenar a Colpensiones que una vez reciba los recursos por parte de Porvenir S.A. realice la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas del demandante.

Se precisa que la orden anterior no genera detrimento ni desequilibrio económico alguno que agravie a Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica la devolución de manera íntegra a dicha entidad de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS, más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del afiliado (CSJ AL606-2023).

Ahora bien, con respecto a la condena en costas en instancia a cargo Colpensiones por el grado jurisdiccional de consulta, es oportuno precisar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el

numeral 1.º del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

Colpensiones en la contestación de la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, por lo que fue vencida en juicio y tal como lo establece la norma aplicable ya reseñada, debe asumir la condena en costas, pues tal disposición no establece ninguna excepción; en consecuencia, al cumplirse los presupuestos de la norma, mal haría esta Sala desconocerlos, más aún cuanto estas forman parte integral de la sentencia, pues su imposición nace del ejercicio propio del derecho.

Frente a la configuración de la prescripción, basta reiterar lo expuesto en sentencia CSJ SL3156-2022 para advertir que las solicitudes de ineficacia de traslado no están sujetas al fenómeno extintivo de la prescripción, pues a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por este motivo, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, pues a lo que se dirige es a comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio del proceso (CSJ: SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019 y SL373-2021).

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Porvenir S.A., apelante infructuoso, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a su cargo 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 Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencias CSJ

SL802-2021, SL858-2021, SL512-2021, entre otras.

Se confirmará en lo demás la sentencia proferida en primera instancia.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral 2.º de la sentencia de 07 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones las cuentas de rezago, si las hay.

SEGUNDO: ADICIONAR la anotada sentencia en su numeral 4º, en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** que una vez reciba los recursos por parte de **PORVENIR S.A.** realice la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas de la demandante.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. apelante infructuoso y a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE (\$1.500.000) a su cargo.

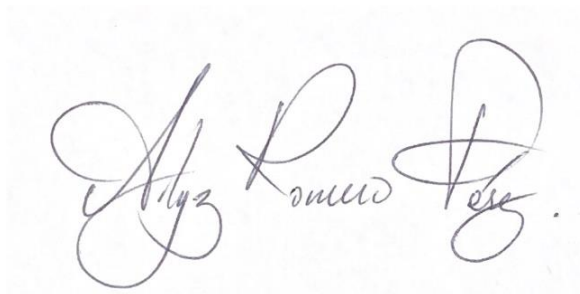
QUINTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.

Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

SEXTO: En firme la presente decisión, 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,



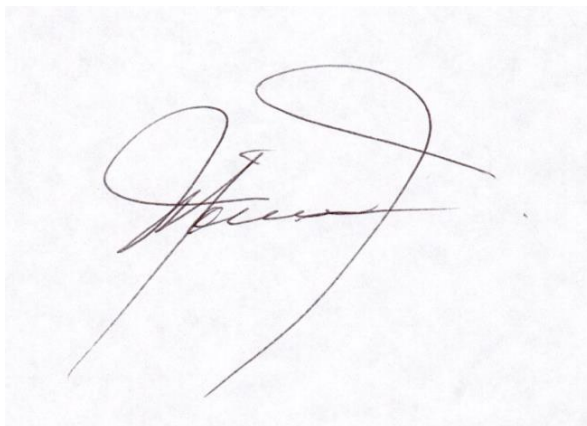
ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara el voto