



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Epifanía Posso Guaitoto
Accionado	Porvenir S.A., y Colpensiones
Radicado	76001310502020230006601

Sentencia N°. 20

Aprobada mediante acta No.20

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 **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** contra la sentencia de 18 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **EPIFANÍA POSSO GUAITOTO** contra las recurrentes.

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, requiere el pago de 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 1° y 2° de la Ley 2213 de 2022, y se profiere sentencia escrita, según lo dispuesto en el numeral 1° 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 01 de junio de 1964; 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 18 de octubre de 2022 presentó derecho de petición a Porvenir S.A. en el sentido señalado y recibió una respuesta precaria el 17 de noviembre de 2022; que el 18 de octubre de 2022 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, la solicitud efectuada a Porvenir S.A. el 26 de octubre de 2022 y la respuesta brindada para el 17 de noviembre de la referida anualidad, frente a los demás hechos manifestó que no le constaban o que no eran ciertos. Se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que *“la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación, en la medida en que el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se realizó mediante una afiliación de forma informada, libre y voluntaria puesto que recibió asesoría de manera verbal por parte de mi representada, donde se suministró toda la información clara, suficiente y veraz explicándole las características del régimen acorde a la normatividad existente al momento de la vinculación, y en virtud de ella se consolidó la voluntad de la demandante afiliándose al RAIS.”* En su defensa, propuso como excepciones la de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Colpensiones adujo que son ciertos los hechos asociados al nacimiento de la demandante, su afiliación al RPMPD y las solicitudes efectuadas a Porvenir S.A. y Colpensiones para su traslado de régimen, respecto a los demás hechos adujo que no le constan y que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones en los siguientes términos: *“el traslado realizado por el demandante tiene plena validez, ya que fue realizado de forma libre y voluntaria de conformidad con el preceptuado en la Ley 100 de 1993.”* En su defensa, interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y carencia del derecho, cobro de lo no debido y prescripción, innominada, ausencia de causa para demandar, buena fe, falta de legitimación en la causa, ausencia de vicios del consentimiento en el traslado de régimen pensional, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, inoponibilidad de la responsabilidad de las administradoras de fondos de pensiones ante Colpensiones, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social y juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia de 18 de julio de 2023, ordenó:

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

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DE AFILIACIÓN Y/O TRASLADO DE RÉGIMEN de la señora EPIFANÍA POSSO GUAITOTO, identificado con C.C.38.470.087 de Buenaventura, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los recursos de la cuenta de ahorro individual de la señora EPIFANÍA POSSO GUAITOTO, que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, por ende, se deben trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta

de ahorro individual con sus rendimientos, toda vez que, estos fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, igualmente los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados y detallados con toda la información relevante que los justifiquen.

CUARTO. ORDENAR a COLPENSIONES, a aceptar el traslado del señor EPIFANÍA POSSO GUAITOTO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por dicha entidad.

QUINTO: COSTAS a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., como agencias en derecho se fija la suma de 2 SMLMV que cada demandada debe pagar a favor de la parte demandante.

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

Lo anterior, tras resaltar que el fondo privado incumplió la carga de la prueba que le concernía, pues *"no se puede establecer que el accionante tuvo una asesoría pensional completa, suficiente y oportuna, por lo tanto es evidente que el demandante ignoraba la incidencia que su decisión podía llegar a tener frente a sus derechos prestacionales."*

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A. y Colpensiones presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, la primera de ellas 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 el suscrito formulario de afiliación; que la no producción de efectos jurídicos se predica de las dos partes que intervienen en el negocio y contrario a los principios de justicia y equidad, en estos casos se aplica un rasero distinto a la AFP, pues se aceptó la existencia tanto de la cuenta de ahorro individual como de los fondos allí depositados y que deben ser trasladados a Colpensiones, pero no se acepta que los rendimientos financieros

fueron generados por la buena gestión de la AFP y tampoco se acepta que en virtud de la ley y dicha gestión, se causaron unos gastos de administración.

Arguyó que el Artículo 20 de la Ley 100 de 1993 estableció que los gastos de administración no hacen parte de la eventual prestación de la demandante, por lo que no es procedente su devolución, que la demandante no hizo uso de su derecho de retracto y en el término de la relación contractual con Porvenir S.A. se vio inmersa en la prohibición del traslado contenida en el Artículo 2º de la Ley 797 de 2003, lo que evidenció su negligencia.

Igualmente adujo que la insatisfacción con el monto de la mesada pensional no da lugar a la declaración de ineficacia del traslado, pues su decisión fue libre y voluntaria, además que no procede la indexación de los gastos de administración pues esta figura comprende la compensación de la pérdida de valor de la moneda que ya se vio atendida con el traslado de rendimientos.

Ahora, Colpensiones manifestó que resultan improcedentes las declaraciones efectuadas en la sentencia por violación del principio de legalidad de la Administración Pública, pues la afiliación realizada por el demandante con la AFP privada fue legalmente válida, al haber recibido la información necesaria para ello, no hubo errores, ni vicios del consentimiento, cumpliéndose entonces con los parámetros legales y que la demandante al momento de la suscripción del traslado escogió libremente el régimen al cual quería pertenecer.

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

Estando dentro de la oportunidad procesal, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** indicó que la demandante se encuentra incurso dentro de la prohibición de traslado, no demostró la frustración de una expectativa legítima ni vicios del consentimiento.

Además, señaló que la demandante tiene estatus de pensionada en el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado, por ende, debe negarse las pretensiones incoadas.

Por su parte, **Porvenir S.A** manifestó 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.

Las demás partes guardaron silencio dentro del proceso.

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 surtir obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) el demandante estuvo inicialmente afiliado al I.S.S. hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 17 de mayo de 1989² y (ii) el 30 de octubre de 2006 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 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

² Hoja 26 Documento digital 8

³ Hoja 24 Documento digital 8

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:

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 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.

⁴ CSJ SL1452-2019

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 octubre de 2006, 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 : 9:20:50 AM

Afiliado: CC 38470087 EPIFANIA POSSO GUAITOTO [Ver detalle](#)

Vinculaciones para : CC 38470087							
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
Vinculación inicial	1996-05-24	2006/10/30	COLPENSIONES			1996-05-24	2006-11-30
Traslado regimen	2006-10-30	2006/11/30	PORVENIR	COLPENSIONES		2006-12-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

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

Por otra parte, 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

⁵ Hoja 71 Documento digital 8

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) formulario de afiliación a Porvenir S.A. el 30 de octubre de 2006 (Hoja 24 documento digital 8), (ii) certificación de afiliación a Porvenir S.A. efectiva desde el 01 de diciembre de 2006 (Hojas 25 documento digital 8), (iii) historia laboral expedida por Porvenir S.A. (Hoja 26 documento digital 8), (iv) relación histórica de movimientos de Porvenir S.A. (Hoja 35 documento digital 8), (v) historial de vinculaciones SIAFP de la demandante (Hoja 71 documento digital 8), (vi) historia laboral de bono pensional (Hoja 73 documento digital 8), (vii) respuesta del 22 de noviembre de 2022 al demandante (Hoja 76 documento digital 8), (viii) 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 80 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. Del mismo modo, los comunicados de prensa aportados por el fondo demandado datan de fecha posterior a la afiliación de la accionante y no hacen parte de la asesoría recibida al momento de la vinculación, pues era en ese momento en el que se debe constatar el cumplimiento de dicho deber.

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. y Colpensiones, 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 lo explico la Corte Suprema de Justicia en las Sentencias ya referenciadas.

También, en cuanto a la elección libre y voluntaria presuntamente realizada por la señora Epifanía Posso Guaitoto 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 y 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, 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.

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, así las cosas, se explica que respecto de la devolución que deben realizar los fondos de pensiones a Colpensiones con ocasión de la ineficacia del traslado, conviene resaltar 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 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 3.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 Colpensiones y Porvenir S.A., 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 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 3.º de la sentencia de 18 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** devuelva 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 del demandante.

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

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

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