



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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada Ponente

Proceso	Ordinario Laboral
Demandante	María Mercedes Fajardo San Martín
Demandado	La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
Radicado	76001310500920230033701.

Sentencia N°.105

Santiago de Cali, veinte (20) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ sobre el recurso de apelación que interpuso la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contra la sentencia que el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali profirió el 23 de agosto de 2023, en el trámite del proceso ordinario laboral que **MARÍA MERCEDES FAJARDO DE SAN MARTÍN** instauró contra **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A** y la recurrente.

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

I. ANTECEDENTES

María Mercedes Fajardo San Martín interpuso demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A, para que, previos los trámites propios de dicho juicio, se declare la “*nulidad*” o en subsidio “*ineficacia*” del traslado de régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. y su posterior traslado a Protección S.A. En consecuencia, solicitó que se ordene a esta última a trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos financieros a Colpensiones y a ella a recibir el traslado de los aportes y la vincule al RPMPD sin solución de continuidad. Finalmente, requirió se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 19 de agosto de 1967, que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde agosto de 1992, que suscribió formulario de vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. en **marzo de 1997**, no obstante, dicho fondo envió comunicado de 3 de mayo de 2023 en el cual esgrimió que no tenía el formulario de afiliación y que se trasladó a Protección S.A. el **8 de julio de 2003**.

Manifestó que al momento del traslado los asesores de Porvenir S.A. solo le informaron las ventajas y beneficios del régimen de ahorro individual con solidaridad y que el Seguro Social tenía problemas financieros que podía afectar la pensión. Igualmente, indicó que el fondo de pensiones omitió informarle sobre las ventajas, desventajas y características de los regímenes pensionales, las condiciones de acceso a las prestaciones económicas, las modalidades de pensión y el derecho de retracto.

A su vez, expuso que una firma actuarial realizó el cálculo del valor de la mesada

pensional que obtendría en uno y otro régimen pensional luego de los descuentos por salud, el cual arrojó que el valor de la mesada pensional en el RPMPD asciende a \$6.904.836, mientras que en el RAIS sería de \$1.177.693.

Por lo anterior, sostuvo que solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen pensional el 26 de mayo de 2023, entidad que respondió inmediatamente de forma desfavorable a lo pretendido (expediente digital, archivo 02).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Protección S.A. Se opuso a la totalidad de las pretensiones dirigidas contra su entidad. En cuanto a los hechos, aceptó el relacionado con la fecha de traslado a su entidad. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban. Propuso como excepciones de mérito las de *“validez de la afiliación a Protección S.A., buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción e innominada o genérica”* (expediente digital, archivo 14, pdf 2 a 11).

Porvenir S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de traslado de la demandante a su entidad. Por su parte, aclaró que el traslado de régimen pensional se dio por voluntad del empleador que la afilió el 1.º de marzo de 1997, la cual se hizo efectiva el 2 de marzo de 1997, que al momento de la afiliación la asesoró de manera verbal sobre las condiciones, características y condiciones de acceso a las prestaciones económicas en el régimen pensional, conforme a la normatividad vigente, la cual no indicaba la naturaleza de la información se debía suministrar y además sostuvo que informó sobre las modalidades pensionales del RAIS.

Aunado a lo anterior, expuso que durante la vigencia de la afiliación dispuso canales de atención para brindar toda la información que requiriera los asegurados y que el esquema de los regímenes pensionales está consagrado en

la ley, sin que sea dable a las partes modificar dichas características.

Finalmente, manifestó que la suscripción del formulario de afiliación fue libre y voluntaria, libre de error, fuerza, presión, coacción o dolo, que nunca se quejó del régimen y que tenía a su disposición todos los mecanismos para informarse sobre su futuro pensional. Frente a los demás hechos, manifestó que no eran ciertos o no le constaban.

Propuso como excepciones de mérito las de *“buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS prescripción”* (expediente digital, archivo 015, pdf2 a 28).

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**. Se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas. En cuanto a los hechos, aceptó el relacionado con la edad de la demandante, la reclamación administrativa y la respuesta emitida. Frente a los demás hechos, manifestó que no eran hechos o no le constaban.

En su defensa propuso como excepciones de mérito las de *“inexistencia de la obligación; el retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: (I) las expectativas pensionales del afiliado y (II) la sostenibilidad financiera; la innominada; carencia del derecho, prescripción, buena fe, compensación, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas; la 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, la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, violación al principio constitucional de “sostenibilidad financiera” y validez de la afiliación al R.A.IS ”* (expediente digital, archivo 16, pdf 2 a 15).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, la Jueza Novena Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 23 de agosto de 2023, en la que decidió (expediente digital, archivo 21):

- 1.- DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES *propuestas oportunamente por los apoderados judiciales de las demandadas.*
 - 2.- DECLARAR LA INEFICACIA *de la afiliación de la señora MARÍA MERCEDES FAJARDO SAN MARTÍN, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado inicialmente por PORVENIR S.A. y luego por PROTECCIÓN S.A.*
 - 3.- *Como consecuencia de lo anterior, la señora MARIA MERCEDES FAJARDO SAN MARTÍN, debe ser admitida y afiliada, en el régimen de prima media con prestación definida, gestionado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales a la afiliada.*
 - 4.- ORDENAR *a la ADMINITRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., representada legalmente por el doctor JUAN DAVID CORREA SOLORZANO o por quien haga sus veces, al cual se encuentra actualmente afiliada la señora MARÍA MERCEDES FAJARDO SAN MARTÍN, que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la accionante, con sus respectivos rendimientos financieros, y así mismo, realice la devolución de las cuotas de administración, del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, de las primas previsionales para los riesgos de invalidez y muerte, comisiones de todo tipo, además de las primas de seguros y reaseguros, con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que la señora MARÍA MEERCEDES FAJARDO SAN MARTÍN, ha estado afiliada a dicha AFP.*
 - 5.- CONDENAR *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. representada legalmente por el doctor MIGUEL LARGACHA MARTINEZ o quien haga sus veces, a trasladar a la ADMINSITRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora MARÍA MERCEDES FAJARDO SAN MARTÍN, con sus respectivos rendimientos financieros, en caso de encontrarse en su poder, y así mismo, a realizar la devolución de las cuotas de administración, del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas previsionales para los riesgos de invalidez y muerte, comisiones de todo tipo, además de las primas de seguros y reaseguros, con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo que la accionante, estuvo afiliada a dicha AFP.*
 - 6.- ORDENAR *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, representada legalmente por el doctor JAIME DUSSAN CALDERON, o por quien haga sus veces, que cargue a la historia laboral de la señora MARÍA MERCEDES FAJARDO SAN MARTÍN, los aportes realizados por esta, a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. una vez le sean devueltos con sus respectivos rendimientos financieros, así como las cuotas de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas previsionales para los riesgos de invalidez y muerte.*
- [...]

Indicó que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 22 de nov. 2011 rad. 33083 se indicó que son los fondos de pensiones quienes tienen el deber de acreditar el cumplimiento del deber de información.

En el caso concreto, indicó que se trata de una afiliación inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A. desde el 1.º de marzo de 1997 y que posteriormente se trasladó a Protección S.A. y que los fondos de pensiones no acreditaron haberle informado a la demandante cual era la edad mínima para pensionarse, el saldo que debía acreditar para acceder a la prestación económica, la edad en que se debía redimir el bono pensional y el monto de la mesada pensional que obtendría en cada régimen pensional.

Indicó que además de informar sobre las bondades y ventajas del RAIS debía informar sobre las desventajas e implicaciones de la afiliación en el RAIS, para poderse predicar que la afiliación fue consciente e informada y que los fondos de pensiones accionados no aportaron ningún sustento probatorio tendiente a demostrar que brindó una asesoría clara y veraz, por ende, declaró la ineficacia del traslado y ordenó su afiliación al RPMPD.

Finalmente, manifestó que cambió el criterio frente a la ineficacia de la afiliación inicial atendiendo a las decisiones proferidas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**. Solicitó que la sentencia de instancia fuera revocada. Para el efecto, manifestó que es la demandante quien debe acreditar vicios en el consentimiento y que los fondos de pensiones suministraron la información completa y necesaria para que sus

asegurados conocieras los productos que ofrecían dichas entidades.
También hizo referencia a la afectación a la sostenibilidad financiera.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Este despacho judicial, a través de auto de 8 de febrero de 2024, se admitió el recurso de apelación y asumió el grado jurisdiccional de consulta, ordenando correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado, la **demandante** se ratificó en lo expuesto en el libelo introductorio y demás actos procesales, pues reitera que al momento del traslado no le brindaron la información suficiente.

Por su parte, **Porvenir S.A.** manifestó no incurrió en ninguna falta, que cumplió con la normatividad vigente y brindó información completa, veraz y suficiente.

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 Código Procesal del Trabajo 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 CSJ STL8131-2017, CSJ STL47158-2017 y CC C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del Código Procesal del Trabajo, 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 a Colpensiones, entidad de la cual la Nación es garante.

VIII. CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) la demandante nació el 19 de agosto de 1967 (expediente digital, archivo 04, pdf 121) (ii) que se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad **el 1.º de marzo de 1997**, la cual se hizo efectiva el **2 de marzo de 1997** (expediente digital, archivo 15, pdf 37) y posteriormente se trasladó a Protección S.A. el **8 de julio de 2003** (expediente digital, archivo 04, pdf 127) el cual se hizo efectivo el **1.º de septiembre de 2003** (expediente digital, archivo 14, pdf 12).

En ese contexto, corresponde a esta Sala de Decisión 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) la selección inicial de régimen pensional, (ii) el deber de información por parte de las AFP y (iii) el caso concreto.

i. Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia, ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, 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 a su labor, 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).

De este modo, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite 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).

En este sentido, 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, de ahí que no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Ahora, es oportuno precisar que dicho 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). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información 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).

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.

ii. Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, toda vez que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no haber recibido información 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 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.

iii. 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 he efectuado en 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).

iv. Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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 indicó:

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.

Lo anterior implica que los efectos prácticos del traslado abarcan la devolución del dinero existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado, así como los rendimientos, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, rubros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ser indexados con cargo al patrimonio de

la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen.

i. De la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS.

Tal y como viene de reseñarse, de acuerdo con el literal b) artículo 13 de la Ley 100 de 1993 *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”*, por tanto, la decisión de pertenecer a uno u otro régimen de pensiones es un acto consensuado al cual debe anteceder la ilustración e información suficiente sobre la generalidades y el funcionamiento de los regímenes pensionales, dada la trascendencia, los tecnicismos y las obligaciones exigibles a las administradoras de fondos de pensiones, en su carácter de profesionales con experticia y conocimiento cualificado.

Por tanto, el acto de afiliación, inicial o de traslado, será válido en la medida que esté exento de presiones, errores, fuerza o dolo y se efectúe voluntariamente, es decir, cuando conociendo los efectos, consecuencias y generalidades de los regímenes se accede a pertenecer a uno de ellos. Para esto es ineludible que el afiliado cuente con asesoría e ilustración de la administradora del régimen, quien como quedó visto, tiene el deber de proporcionar datos suficientes y transparentes al futuro afiliado.

El deber de ilustración e información como condición *sine quanon* para la validez de la afiliación se replicó en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y el inciso 2.º del artículo 2º del Decreto 1642 de 1995, reglamentario de la afiliación al sistema general de pensiones, cuando establece que *“la selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador”*. Por tanto, es claro que el legislador exigió la doble condición para la validez de la afiliación a los regímenes pensionales, con independencia de si se trata de la primera

vinculación al sistema de pensiones o del cambio de régimen pensional, pues en ambos escenarios el acto jurídico debe ser resultado de información suficiente, transparente y relevante.

En tal contexto, si no se logra acreditar por parte de la administradora de pensiones que el afiliado hizo su selección con suficientes elementos de juicio y de manera informada, se sigue es la ineficacia del acto ya sea de traslado o de afiliación inicial, con efectos *ex tunc*, como si el acto nunca hubiera existido, por lo que en tratándose de traslado se entiende vigente sin solución de continuidad la afiliación al régimen de prima media anterior, con preservación de los derechos y prerrogativas que de ella deriven y el consecuente traslado de cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, comisiones, porcentajes descontados por seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás rubros.

Estos mismos efectos se predicen cuando lo ineficaz es el acto de afiliación inicial al RAIS, pues ello supondrá que el accionante ha estado válidamente afiliado a la única opción posible en el sistema general de pensiones, es decir, al régimen de prima media con prestación definida, aplicándose los mismos efectos económicos y jurídicos descritos en precedencia. Por tanto, la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación produce los mismos efectos retroactivos en tratándose de la afiliación inicial o del cambio de régimen.

ii. Caso concreto

Sea lo primero precisar que, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, el demandante se trasladó a Porvenir S.A. el **1.º de marzo de 1997**, la cual se hizo efectiva el **2 de marzo de 1997** (expediente digital, archivo 15, pdf 37), 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.

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. En consecuencia, no es cierto que por vía judicial se le haya impuesto a dicha obligación, dado que estaba prevista desde el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993. (anexar pantallazo)

Por otra parte, si bien la demandante *confesó* que suscribió el formulario de afiliación, el cual no fue aportado, se advierte que, aun el caso que se hubiera aportado dicho documento, la suscripción del mismo 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, las aseveraciones contenidas en dicho documento 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.

Igualmente, del interrogatorio de parte absuelto por la parte demandante tampoco se acredita que recibiera información completa, transparente, detallada y relevante previo a la suscripción del formulario o sobre los efectos y consecuencias del traslado que realizó al régimen privado de pensiones.

Ahora bien, las demás pruebas con las que se pretende demostrar que la afiliación ocurrió de manera consciente e informada fueron: (i) formulario de

afiliación a Protección S.A (expediente digital, archivo 14, pdf127), (ii) SIAF (expediente digital, archivo 14, pdf 12); (iii) historia laboral de Protección actualizada a 9 de agosto de 2023 (expediente digital, archivo 14, pdf 15 a 31), (iv) historia laboral de Porvenir S.A. actualizada a 1.º de agosto de 2023 (expediente digital, archivo 15, pdf32 a 33), (v) relación histórica de movimientos Porvenir S.A. (expediente digital, archivo15, pdf34 a 35), y (vi) comunicado de prensa (expediente digital, archivo 15, pdf 40 a 42).

Los anteriores medios probatorios, no aportan mérito alguno a lo debatido en el asunto, pues 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, como sucede con los comunicados de prensa, que además de ser posteriores a la traslado de régimen no hacen parte de la asesoría recibida y corresponden a un aviso público de la entonces novedosa prohibición de traslado de régimen, traída en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 - frente a los formularios de afiliación ya nos pronunciamos -.

Los anteriores elementos corroboran el hecho que el acto jurídico de afiliación 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.

En este punto es importante aclarar que es procedente la ineficacia de la afiliación sin que exista una afiliación previa al RPMPD, debido a que con el marco normativo y jurisprudencial estudiado se logra concluir que la ineficacia se predica indistintamente de los actos de vinculación a regímenes pensionales, sin que sea relevante la modalidad de afiliación inicial o traslado. La carga legal de las AFP frente al deber de información no es exclusiva de los actos de traslado, sino de cualquier acto mediante el cual la persona se vincule al régimen pensional, bien sea por afiliación inicial o por traslado de régimen pensional.

De este modo, el juez de primera instancia acertó al declarar la ineficacia del acto de afiliación o elección de régimen pensional debatido, así como al considerar que la consecuencia de ello es tener por no efectuada afiliación al RAIS y declarar que la primera afiliación de la demandante lo fue al RPMPD, por ser la única alternativa posible, dada la dualidad de regímenes pensionales de nuestro sistema. En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* en este aspecto.

Ahora bien, las consecuencias prácticas de dicha declaratoria implica suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido.

Bajo este horizonte, la consecuencia de lo anterior es que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos económicos de tal capital, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, primas de seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia CSJ SL1467-2021, en la que expresó:

(...) en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento

del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se estableció que:

*(...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Se sigue de lo anterior, que 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.

No obstante, en atención al grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones se adicionará al numeral cuarto y quinto de la sentencia de instancia, en el sentido de condenar a Porvenir S.A. y a Protección a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos y bonos pensionales si a ello hay lugar; los gastos de administración, las cuentas de rezago si las hay y que se hubiesen emitido, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021) y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021) y debidamente

indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021).

En este punto es importante precisar que todos los concepto que se ordenaron devolver a Colpensiones como consecuencia de la declaratoria de ineficacia deben ser debidamente indexados conforme lo dispone el artículo 1746 del Código Civil aplicable por disposición expresa del artículo 145 del Código de Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, pues la consecuencia practica de esta figura es retrotraer las cosas al estado inicial de no haber existido el acto ineficaz, lo que se logra mediante las restituciones mutuas que comprenden los frutos percibidos por la administración de los recursos y además la compensación por las pérdidas o por el deterioro de los mismo, como lo es la pérdida del poder adquisitivo que se suscita por el paso del tiempo.

Ahora bien, con respecto a los actos de relacionamiento y la permanencia en el régimen a través del tiempo, la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, como consecuencia de la falta de información, el acto jurídico no se torna en eficaz por: i) los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, ii) porque no se haya expresado inconformidad alguna con el sistema o iii) porque ha permanecido en el mismo (CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022) de modo que los argumentos expuesto en los alegatos carecen de validez, pues lo importante es verificar que al momento del traslado al asegurado tuviera la información suficiente para tomar una decisión consciente.

Por otro lado, en aras de evitar posteriores trámites administrativos y judiciales se adicionará la sentencia 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).

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala de Decisión ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

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 al numeral tercero y cuarto de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos, los bonos pensionales si a ello hay lugar, los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones y

los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

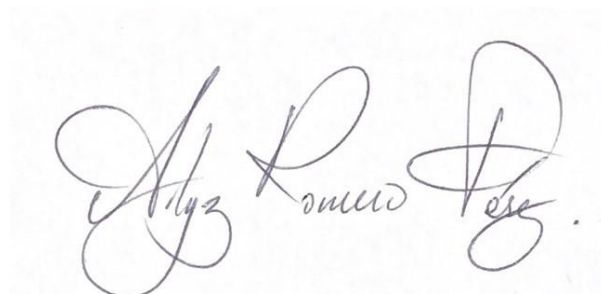
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Líquidese como agencias en derecho el valor de un millón de pesos (\$1.000.000 m/cte) .

TERCERO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** 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.

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

Notifíquese y Cúmplase

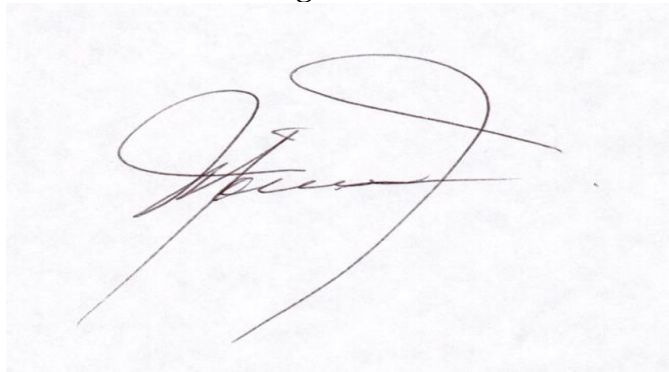
Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Carlos Alberto Oliver Gale', written over three horizontal lines.

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
Magistrado

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Mónica Teresa Hidalgo Oviedo', written over three horizontal lines.

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada
Aclaración de Voto