



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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada Ponente

Proceso Ordinario Laboral
Demandante Sara Caicedo Hurtado
Demandado Administradora Colombiana de Pensiones -
 Colpensiones y Porvenir S.A.
Radicado 76001310501720220053201.

Sentencia N°. 105

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

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ de los recursos de apelación que interpusieron **SARA CAICEDO HURTADO**, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** contra la sentencia que el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali profirió el 30 de agosto de 2023, en el proceso ordinario laboral que la primera instauró contra las dos últimas recurrentes.

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

Sara Caicedo Hurtado interpuso demanda ordinaria laboral contra Colpensiones y Porvenir S.A. para que, previos los trámites propios de dicho juicio, se declare la “ineficacia” del traslado de régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. En consecuencia, solicitó que se ordene a esta última a trasladar la totalidad de los aportes recibidos con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, deducciones por concepto de seguros previsionales y comisiones a Colpensiones. Finalmente requirió se acceda a las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 23 de julio de 1959, que se afilió inicialmente al Instituto de Seguros Sociales el 6 de mayo de 1993 donde cotizó 322,14 semanas; que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. el **26 de julio de 1999** y que actualmente tiene aportes por un total de 1496 semanas y un capital de \$254.106.693.

Manifestó que al momento del traslado no le brindaron información completa, veraz y calificada sobre las bondades y limitaciones de los regímenes pensionales, las consecuencias del traslado y las condiciones de acceso a las prestaciones económicas en el RAIS, por su parte, solo informaron que en el RAIS se pensionaría a una edad inferior, que recibiría una mesada pensional superior a la que obtendría en el RPMPD y que el ISS liquidaría y perdería los aportes.

Por lo anterior, solicitó a Colpensiones y Porvenir S.A. decretaran la ineficacia del traslado al RAIS a lo que Colpensiones y Porvenir S.A. se negaron mediante oficios de 26 de septiembre de 2022 y 19 de octubre de 2022, respectivamente (expediente digital, archivo 03, pdf).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir S.A. no se opuso a ninguna de las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó que eran ciertos el relativo la edad de la demandante, la fecha de afiliación al ISS, la fecha de traslado a su entidad y la respuesta emitida por su entidad a la petición formulada por la demandante. Por su parte, aclaró que el traslado a su régimen pensional fue libre, voluntario y sin presiones, toda vez que los asesores comerciales informaron de manera verbal a la demandante sobre las ventajas, desventajas y condiciones de acceso a las prestaciones económicas de ambos regímenes pensionales

En su defensa, propuso como excepciones de mérito las de *“prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir-inexistencia de la obligación, buena fe, improcedencia de traslado de gastos de administración en caso de condena, restituciones mutuas, y la innominada”* (expediente digital, archivo 16, pdf2 a 13).

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó que eran ciertos los relativos a la edad de la demandante, la fecha de afiliación de la ISS, la fecha de traslado al RAIS, la petición incoada ante su entidad y la respuesta emitida. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban.

En su defensa propuso como excepciones de mérito las de *“falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, ausencia de vicios en el consentimiento del traslado, buena fe de la entidad demandada, prescripción trienal, prescripción de la acción y responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social”* (expediente digital, archivo 17, pdf 3 a 13).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, el Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 30 de agosto de 2023, en la que decidió (expediente digital, archivo 24):

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones formuladas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora SARA CAICEDO HURTADO, de condiciones civiles conocidas en este trámite, con PORVENIR S.A., retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora SARA CAICEDO HURTADO, de notas civiles conocidas en este proceso, lo que incluye los aportes, rendimientos financieros, bonos pensionales, frutos e intereses, además de los gastos de administración, que comprenden, la cuota de administración, pagos de seguros previsionales, aportes al fondo de garantía mínima, estos últimos tres rubros, los administrativos, deberán ser reintegrados de manera indexada, y por todo el tiempo que perduro la aquí demandante al RAIS, sumas estas que deberán ser discriminadas por ciclos, periodos de cotizaciones, IBC y demás información que sea relevante, para lo cual se otorgará un plazo de treinta días (30) contados desde la ejecutoria de la sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de la señora SARA CAICEDO HURTADO de condiciones civiles conocidas en el plenario, la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual sin solución de continuidad ni cargas adicionales y actualizar y entregar la historia laboral, en un término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de la sentencia.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada COLPENSIONES, por haber sido vencida en juicio, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente al momento del pago a favor del demandante y sin costas a cargo de PORVENIR S.A. por no aparecer causadas en este trámite

[...]

El *a quo* indicó que el problema jurídico a resolver consistía establecer si la

afiliación al RAIS se ajustó a derecho y en caso negativo determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado.

Para el efecto, manifestó que desde la creación de los fondos de pensiones estos tenían la obligación de brindar a los afiliados información suficiente y transparente sobre las consecuencias y riesgos del traslado de régimen pensional y las condiciones de acceso a las prestaciones económicas, lo cual permite que el afiliado tome una decisión consciente e informada sobre su futuro pensional que se ajuste a sus intereses.

Igualmente, indicó que la obligación de información y cuidado está a cargo de los fondos de pensiones conforme a las reglas del artículo 1604 del Código Civil, por ende, son los fondos de pensiones quienes tienen el deber de acreditar que brindó la información completa, la cual demanda más que la presentación del formulario de afiliación.

En el caso concreto, sostuvo que el traslado de régimen pensional no fue libre y voluntario, como lo exige la norma, pues el fondo de pensiones no acredita por el cumplimiento de tal obligación, por ende, declaró la ineficacia del traslado y ordenó el regreso al RPMPD.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Sara Caicedo Hurtado solicitó la revocatoria del numeral 5.º de la sentencia de instancia. Para el efecto, manifestó que se debe condenar a Porvenir S.A. a pagar las costas procesales conforme lo dispone el artículo 365 del Código General del Procesal, porque a pesar de que no se opuso a las pretensiones sí formuló excepciones de mérito.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.**

Solicitó que la sentencia de instancia fuera revocada. Para el efecto indicó que no existe prueba que acredite vicios en el consentimiento y que el traslado fue libre y voluntario por lo que no es admisible el traslado al RPM, pues dicha decisión afecta la sostenibilidad financiera, pues es Colpensiones quién asume la carga prestacional a pesar de que no administró los aportes.

Además de lo anterior, sostuvo que a la fecha del traslado no existía normativa que obligara a las AFP a brindar doble asesoría y que la demandante esta incurso en la prohibición de traslado. Finalmente, manifestó que en caso de ser confirmada la sentencia se absuelva de la condena en costas.

Finalmente, **Porvenir S.A.** solicitó que fuera revocado el numeral 3.º de la sentencia de instancia. Para el efecto, indicó que los gastos de administración tienen sustento legal y se causan en razón a la administración realizada por el fondo durante el tiempo que permaneció vinculada, asimismo, adujo que ordenar su traslado genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Finalmente, expuso que la acción se encuentra prescrita.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Este despacho judicial, a través de auto n.º 282 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, **Porvenir S.A.** reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación e hizo énfasis en que resulta inequitativo ordenarle devolver los gastos de administración porque ello implica despojarla de sumas causadas por la actividad administrativa. Además sostuvo que la

imprescriptibilidad de los aportes no se predica de los gastos de administración, pues no conforman la mesada pensional

Las demás partes 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 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 surtirse 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 23 de julio de 1959 (expediente digital, archivo 02, pdf 25) (ii) que estuvo afiliada inicialmente en el Instituto de Seguros Sociales desde el 6 de mayo de 1993, tiempo en el cual cotizó un total de 322,149 semanas (expediente digital, archivo 17, pdf 216 a 221) y (iii) que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado Porvenir S.A. el **27 de julio de 1999** (expediente digital, archivo 16, pdf 45) el cual se hizo efectivo el **1.º de septiembre de 1999** (expediente digital, archivo 16, pdf55).

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 aspectos: (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.

i. 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 plasma en los formularios de afiliación no es suficiente para acreditar tal obligación.

Asimismo, el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y, con ello, las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones; de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se hizo tránsito al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante), información que los jueces deben tener en cuenta en cada caso concreto, a efectos de establecer el cumplimiento del deber de ilustración, de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021). Tal y como se observa a continuación²:

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

² CSJ SL1452-2019.

	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.

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 afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

Sobre el particular, en sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala de Casación Laboral explicó:

“Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario.”

Por tanto, aun cuando obra el formulario de vinculación a Porvenir S.A. donde se leen salvedades sobre la debida orientación de la afiliada, del precedente citado se extrae que tal documento por sí solo no permite constatar el cumplimiento del deber que le asiste a las administradoras de pensiones, pues este va más allá del diligenciamiento de un formulario de afiliación, ya que la SAFP 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).

iv. 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 SAFP (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.

Frente a esto, 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.

v. Caso concreto

Sea lo primero precisar que, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, la demandante se trasladó a Porvenir S.A. el **1.º de septiembre de 1999**, 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 Asofondos, aportado en el escrito de contestación de Porvenir S.A.(expediente digital, archivo 16, pdf55).

Hora de la consulta : 6:51:24 AM
Afiliado: CC 31380040 SARA CAICEDO HURTADO [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 31380040							
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	1999-07-26	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			1999-09-01	

Un item encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 31380040						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
1999-07-26	1999-08-05	01	AFILIACION	PORVENIR		

Un item encontrado.
1

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. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, si bien la demandante suscribió el formulario de afiliación (expediente digital, archivo 16, pdf 45) bajo un texto pre-impreso "*voluntad de afiliado*", a través del cual pretendió hacer constar que estuvo debidamente informada en su decisión, dicha circunstancia en sí misma no es suficiente para concluir su voluntad libre e informada, dado que, conforme a la jurisprudencia consolidada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo contenido se analizó en anteriores apartes, este tipo de aseveraciones no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues, a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

En cuanto a las pruebas con las que se pretendió demostrar que la afiliación

ocurrió de manera consciente e informada, se practicó interrogatorio de parte a la demandante, el cual no permite colegir que recibiera información detallada y relevante sobre los efectos y consecuencias del cambio al régimen privado de pensiones previo a la suscripción de la afiliación; tampoco ofrece confesión relativa al cumplimiento del deber de información de la SAFF, por lo que no contribuye a esclarecer dicho aspecto.

Entre las pruebas documentales adosadas por la accionada obran: (i) historia laboral de Colpensiones actualizada a 3 de marzo de 2023 (expediente digital, archivo 17, pdf 216 a 221), (ii) SIAFP (expediente digital, archivo 16, pdf 55), (iii) historia laboral de Porvenir S.A. actualizado a 3 de marzo de 2023 (expediente digital, archivo 16, pdf 14 a 22), (iv) relación histórica de movimiento Porvenir S.A. (expediente digital, archivo 16, pdf 23 a 43), (v) detalle del análisis jurídico (expediente digital, archivo 16, pdf 66 a 70), (vi) comunicado de prensa (expediente digital, archivo 16, pdf 63 a 65), y (vii) bono pensional actualizado a 9 de marzo de 2023 (expediente digital, archivo 16, pdf 57 a 62).

No obstante, los mencionados documentos no aportan mérito alguno a lo debatido, 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 no hacer parte de la asesoría recibida al momento de la afiliación 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.

Los anteriores elementos corroboran el hecho que el traslado al RAIS deviene ineficaz, dado el incumplimiento al deber de información por parte del fondo, tal como se desprende de todo el análisis realizado por la Sala. De este modo, el juez de primera instancia acertó al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional debatido, así como al considerar que la consecuencia de ello es tener

por no efectuado el traslado y retornar las cosas al estado anterior al mismo. En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* en este aspecto.

Ahora bien, en cuanto a lo reprochado por los recurrentes, se aprecia a lo largo de esta providencia atención a los puntos de su recurso, esto es, el deber de información conforme el mandato establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993, el cual no se encuentra cumplido, ni siquiera con la suscripción del formulario de afiliación al fondo. Asimismo, el referente a la carga de la prueba, la cual como ya se dijo está en cabeza de las AFP ante la negación indefinida de la accionante, tal y como lo explicó la Corte Suprema de Justicia en las Sentencias ya referenciadas.

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

Frente a lo señalado por Porvenir S.A. en relación con la devolución de gastos de administración, se reitera que con la declaración de ineficacia deviene el retrotraer todo al estado inicial de la afiliación del demandante, por lo que es obligación de la SAFP transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, tales como aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago, bonos pensionales, cuando apliquen, y sus rendimientos. Igualmente, la SAFP demandada deberá restituir los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales, reaseguros y los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho la parte demandante y que debe asumir la AFP privada que no

cumplió con su deber información siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, no prosperan los recursos de apelación en este sentido.

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

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, reaseguros, garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional 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).

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. Sin embargo, se adicionará el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. devolver a la demandante los aportes voluntarios y restituir a Colpensiones las cuentas de rezago, si las hay.

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 implica la devolución integral de aportes, rendimientos y gastos administrativos (CSJ AL606-2023), contrario a lo afirmado en el recurso de apelación propuesto por Colpensiones.

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

vi. Costas

Ahora bien, respecto a la condena en costas de primera instancia, es oportuno recordar que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por analogía, establece que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio. Asimismo, es conveniente memorar que dicho precepto es de orden público y obligatorio acatamiento.

Claro lo anterior, la Sala constata que Colpensiones se opuso a las pretensiones en la contestación de la demanda y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, por su parte, Porvenir S.A. a pesar de que no se opuso la prosperidad de las pretensiones sí propuso excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, de modo que, sin duda, el hecho de haberse desestimado su oposición implica que fueron vencidas en juicio, conforme lo dispone el artículo 365 del Código General del Proceso.

En consecuencia, se estima acertada la decisión del *a quo* al condenar a las demandadas en costas, pues no le es dable «acudir a criterios subjetivos para ser exonerada del pago de las mismas» (CSJ AL608-2020 y CSJ SL2085-2022).

Todo lo anterior, atendiendo al principio de libre formación del convencimiento, conforme lo establece el artículo 61 del CPTSS, y los múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, como en sentencias SL802-2021, SL858-2021, SL512-2021, entre otras.

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

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de

Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral 3.º de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2023 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali en el sentido de ordenar a **PORVENIR S.A.** devolver a la demandante los aportes voluntarios, si los hay, y a **COLPENSIONES** las cuentas de rezago, si existen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

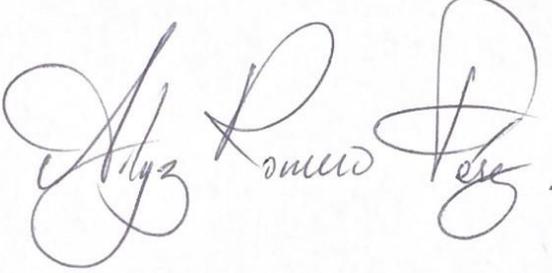
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia medio salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de esta sentencia a cargo de cada una ($\frac{1}{2}$ SMLMV) **LIQUÍDENSE** por el Juzgado de origen de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

CUARTO: 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.

QUINTO: En firme la presente decisión, **DEVUÉLVASE** por Secretaría el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada

Aclaración de Voto