



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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada Ponente

Proceso	Ordinario Laboral
Demandante	Alba Marina León Estrada
Demandado	Porvenir S. A, Protección S. A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.
Radicado	76001310501820230042401.

Sentencia N°.109

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** y **PORVENIR S.A.** contra la sentencia que el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali profirió el 27 de octubre de 2023, en el trámite del proceso ordinario laboral que instauró **ALBA MARINA LEÓN ESTRADA** contra **PROTECCIÓN S.A.** y las 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

Alba Marina León Estrada 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 *“ineficacia y/o nulidad”* del traslado de régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. y posteriormente Protección S.A. En consecuencia, solicitó que se ordene a esta última a trasladar el valor total de los aportes a la cuenta de ahorro individual, incluidos los provenientes de Porvenir S.A., rendimientos financieros, gastos de administración y bonos pensionales, debidamente indexado a Colpensiones, y a esta a su vez, recibir tales rubros. 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 2 de marzo de 1966, que realizó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales desde febrero de 1989 hasta mayo de 1995, que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. en **junio de 1995** y finalmente a Protección S.A. en **noviembre de 1997**.

Manifestó que ni al momento de la afiliación al RAIS ni durante su afiliación los fondos pensionales le informaron sobre las ventajas, desventajas, características y condiciones de acceso a las prestaciones económicas del régimen, así como tampoco informó sobre las implicaciones del traslado, la fecha de redención del bono pensional, la prohibición de traslado y la proyección de la mesada pensional en ambos regímenes. Por su parte, adujo que los asesores de los fondos de pensiones se limitaron a informarle sobre los beneficios del régimen.

Por lo anterior, solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen pensional el 6 de junio de 2023, entidad que respondió el 20 de junio de 2023 condicionando el traslado al cumplimiento del requisito dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, adujo que solicitó el traslado a Protección S.A. el 15 de junio de 2023, la cual respondió de manera desfavorable a su pretensión el mismo día, por encontrarse dentro de la prohibición de traslado (expediente digital, archivo 01, pdf 2 a 36).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Protección S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones impetradas por la demandante. En cuanto a los hechos, aceptó la solicitud de traslado a Colpensiones y la respuesta emitida. Por su parte, aclaró que la demandante suscribió formulario de afiliación a su entidad el 24 de febrero de 1997, el cual se hizo efectivo el 1.º de abril de 1997, que al momento del traslado brindó información suficiente y completa sobre las ventajas, desventajas, características y condiciones de acceso a las prestaciones económicas de los regímenes pensionales de acuerdo con la normatividad vigente. Igualmente, adujo que informó sobre el derecho de retracto, las condiciones para redimir el bono pensional y que la prueba del consentimiento informado es el formulario de afiliación.

A su vez, expuso que le brindó a la demandante una re-asesoría el 14 de marzo de 2013, en el cual le hicieron una proyección de la mesada pensión en ambos regímenes pensionales, por medio del simulador ASPEN y que le inforaron sobre el término máximo para el traslado de régimen pensional, no obstante, decidió permanecer en el RAIS. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban y que no eran ciertos.

En su defensa propuso como excepciones de mérito las siguientes: *“falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, ausencia de responsabilidad atribuible a Protección S.A, compensación, cosa juzgada e innominada o genérica”* (expediente digital, archivo 07 , pdf 3 a 19).

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó el relacionado a la fecha de nacimiento del demandante, la solicitud de traslado a su entidad, la respuesta emitida por su entidad y que actualmente se encuentra vinculada a Protección S.A. Frente a los demás hechos manifestó que no le constaban.

En su defensa propuso como excepciones perentorias las de *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe y prescripción”* (expediente digital, archivo 08, pdf 3 a 19).

Finalmente, **Porvenir S.A.**, se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó como ciertos el relativo a la edad del demandante y la fecha de traslado a su entidad. Por su parte, aclaró que al momento de vinculación a su entidad le brindó información clara y veraz sobre los requisitos para acceder a la pensión, los beneficios del régimen, el manejo de los aportes dentro del sistema y la forma de calcular la mesada pensional en cada uno de los regímenes.

Igualmente, expuso que para la fecha de afiliación a su entidad no era obligatorio realizar proyección de las mesadas pensionales ni realizar cálculos actuariales, no obstante, indicó que en su portal web puso a disposición de sus afiliados un simulador web de la mesada pensional.

En su defensa propuso como excepciones de mérito las de *“deber de información a cargo de las AFP – no hay retroactividad en la norma para exigir obligaciones no existentes en el momento del traslado, efectos de la ineficacia de un acto jurídico, restituciones mutuas, enriquecimiento sin causa si no se dan las restituciones mutuas, improcedencia de devolución de gastos de administración y prima del seguro previsional, buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y prescripción”* (expediente digital, archivo 09, pdf pág. 3 a 31).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 27 de octubre de 2023, en la que decidió (expediente digital, archivo 17):

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito formuladas por PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora ALBA MARINA LEÓN ESTRADA, de condiciones civiles conocidas en el proceso, suscribió desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. y por consiguiente, la otra vinculación posterior efectuada a PROTECCIÓN S.A.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., para que dentro del término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ALBA MARINA LEÓN ESTRADA, tales como, de forma enunciativa, cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales si lo hubiere, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro; y de manera correlativa, Colpensiones tendrá que aceptar el traslado de la demandante sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán ser trasladadas a Colpensiones de manera indexada con cargo a su propio peculio.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. para que dentro del término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- los valores que hubiere recibido, durante el tiempo en que la demandante permaneció afiliado a dicho fondo, por concepto de cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro, sumas que deberán trasladar debidamente indexadas y a cargo de su propio patrimonio.

QUINTO: ORDENAR a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. informar a la señora ALBA MARINA LEÓN ESTRADA dentro del término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la fecha y capital que traslada a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los que deberán ser discriminados detalladamente con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información inherente al traslado y/o retorno.

SEXTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES – para que una vez realizado el traslado ordenado en los numerales tercero y cuarto de la presente providencia, dentro del término de 2 meses siguientes

accepte el traslado de la señora ALBA MARINA LEÓN ESTRADA sin solución de continuidad ni cargas adicionales y proceda dentro del mismo término a actualizar la historia laboral de la señora ALBA MARINA LEÓN ESTRADA.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES como parte vencida en juicio y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán en los términos del artículo 365 y 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016. Se señalan como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV a cargo de cada una de las entidades.

OCTAVO: Si no fuera apelada la presente providencia por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, se remitirá en Grado Jurisdiccional de Consulta para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali. Por secretaría dese cumplimiento a los demás ítems establecidos en el inciso final del art. 69 del CPT y S.S.

El juzgado indicó que el problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado efectuado por la demandante careció de eficacia.

Para el efecto, indicó que de acuerdo con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 la ausencia de la debida información deja sin efecto el acto de traslado, igualmente manifestó que la decisión libre y voluntaria está precedida de la entrega de información clara, suficiente y oportuna sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional y que este requisito no se satisface con la expresión genérica dispuesta en los formularios de afiliación.

Igualmente, indicó que la carga de probar el cumplimiento del deber de información está a cargo del fondo de pensiones, para lo cual tendrá la oportunidad de acreditarlo con todos los medios de prueba que dispone la ley y el incumplimiento de dicho deber acarrea la ineficacia del traslado, por ende, no es necesario acreditar vicios en el consentimiento.

En el caso concreto, indicó que el fondo de pensiones no logró acreditar el cumplimiento del deber de información más allá de la suscripción del formulario de afiliación y las afirmaciones realizadas en las contestaciones que no tienen respaldo probatorio en el proceso, por esto, infirió que no hubo una labor de acompañamiento integral y completo por parte de los fondos de

pensiones y en consecuencia declaró la ineficacia del traslado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, solicitó revocar la sentencia de instancia y absolver de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda. Para el efecto, manifestó que la ineficacia resulta inoponible frente a terceros de buena fe, como Colpensiones y que la responsabilidad de los fondos de pensiones no se debe circunscribir al traslado sino a reparar totalmente el daño.

Por su parte, **Porvenir S.A.**, solicita revocar las condenas interpuesta en instancia. En sustento, manifiesta que no existe causa legal para declarar la ineficacia de la afiliación, pues esta cumplió con las obligaciones impuestas por la normatividad vigente a la fecha del traslado; igualmente indicó que no hay lugar a realizar traslados de gastos de administración, rubros destinados al fondo de garantía de pensión mínima y seguro previsional, porque es un porcentaje de destinación legal.

En cuanto al seguro previsional indicó que es un recurso que no se encuentra en el patrimonio de su entidad, pues se ejecutó en debida forma, procurando su aseguramiento. Igualmente indicó que no hay lugar a devolver los gastos de administración indexados pues generan un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

A su vez, hizo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Cali para indicar que no hay lugar a la indexación porque con el traslado de los rendimientos se compensa la posible depreciación que pudiera tener estos valores.

Finalmente, indicó que no es procedente la condena en costas, toda vez que su

entidad ha procurado por la eficacia del proceso y ha comparecido de buena fe.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Este despacho judicial, a través de auto n° 284 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 procesal establecido las accionantes presentaron los siguientes alegatos de conclusión.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** manifestó que el traslado de régimen pensional es válido, que la demandante debe demostrar la frustración de una expectativa legítima y que se encuentra incurso dentro de la prohibición legal, por lo que ordenar el retorno al RPMPD conllevaría a la afectación de la sostenibilidad financiera.

Por su parte, **Porvenir S.A** reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación, en cuanto no hay lugar a la devolución de gastos de administración pues tienen origen legal, que en caso de ordenarse su devolución no sería posible retornar los rendimientos que fueron generados por la debida gestión del fondo.

Igualmente, indicó que no hay lugar a la indexación en las sumas de los gastos administrativos pues estas no han perdido su poder adquisitivo y también reiteró los argumentos expuestos frente a la exoneración de la condena en costas.

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 02 de marzo de 1966 (expediente digital, archivo 01, pdf 4) (ii) que se afilió inicialmente en el Instituto de Seguros Sociales (expediente digital, archivo 08, pdf 528 a 532), (iii) que solicitó trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. el **30 de mayo de 1995** el cual se hizo efectivo el 1.º de junio de 1995 (expediente digital, archivo 09, pdf 81), y que (iv) posteriormente se trasladó a Protección S.A. el **24 de febrero de 1997**, el cual se hizo efectivo el 1.º de abril de 1997 (expediente digital, archivo 07, pdf 21).

En este contexto, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el *a quo* acertó al considerar que el traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, en caso afirmativo los efectos de la 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 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.

² CSJ SL1452-2019.

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.

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, 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 las AFP Privadas, 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 SAFP, por lo que no contribuye a esclarecer dicho aspecto.

Entre las pruebas documentales adosadas por la accionada obran: (i) la solicitud de vinculación a Protección S.A. de 24 de febrero de 1997 (expediente digital, archivo 07, pdf 20), ii) SIAPF (expediente digital, archivo 07, pdf 21), iii) historia laboral de Protección S.A. actualizada a 14 de septiembre de 2023 (expediente digital, archivo 07, pdf 23 a 39), iv) reporte estado de cuenta fondo de pensiones obligatorias (expediente digital, archivo 07, pdf 42 a 77), v) re asesoría Pensional de Protección S.A. de 14 de marzo de 2013 (expediente digital, archivo 07, pdf 78 a 80), vi) historia laboral Porvenir S.A. actualizada a 16 de septiembre de 2023 (expediente digital, archivo 09, pdf 75 a 76), vii) relación historica de movimientos Porvenir S.A. (expediente digital, archivo 09, pdf 77 a 78), viii) formulario de vinculación a Porvenir S.A. de 30 de mayo de 1995 (expediente digital, archivo 09, pdf 80), e ix) historia laboral de Colpensiones actualizada a 13 de septiembre de 2023 (expediente digital, archivo 08, pdf 528 a 532).

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 la re asesoría dada por Protección S.A. el 14 de marzo de 2013, pues además de ser posterior al momento del traslado de régimen no hizo parte de la asesoría.

Por su parte, 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 juzgado 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, que el deber de información conforme el mandato establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, no se encuentra cumplido, ni siquiera con la suscripción del formulario de afiliación al fondo.

En cuanto a la elección libre y voluntaria efectuada por la demandante, que se alega en el proceso, 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 las AFP 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, las AFP demandadas 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 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.

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 que se afirma en el recurso de apelación.

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).

i. 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 Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones en la contestación de la demanda y presentó 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.

En atención a las anteriores consideraciones se confirma la sentencia de 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: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

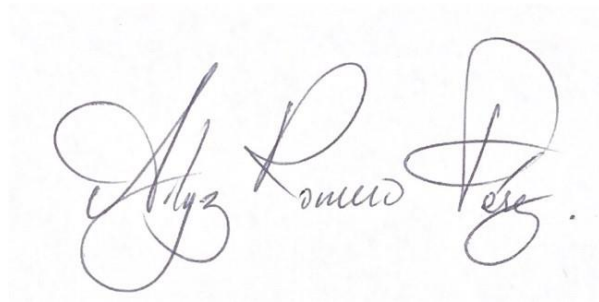
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia medio salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de esta sentencia a cargo de cada una ($\frac{1}{2}$ SMLMV) **LIQUÍDENSE** por el Juzgado de origen de conformidad con el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

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, **DEVUÉLVASE** por Secretaría el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese y Cúmplase

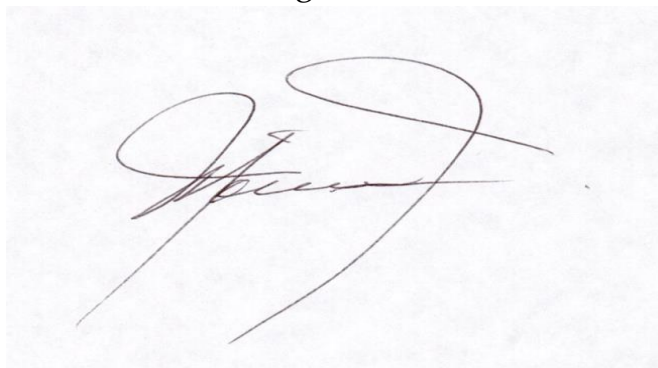
Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada
Aclaración de Voto