



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

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

Sentencia N°. 21

Aprobada mediante acta No.21

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y del recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR S.A.** contra la sentencia de 07 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **VENERANDA SINISTERRA ANGULO** contra la recurrente y **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

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

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

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

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

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

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

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. RECURSO DE APELACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

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

a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término del traslado la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** indicó que no resulta procedente el traslado de la demandante, toda vez que se encuentra incurso dentro de la prohibición de traslado y no demostró la pérdida del régimen de transición o alguna expectativa legítima. Aunado a lo anterior, indica que el formulario de afiliación es plena prueba de la voluntad del afiliado de trasladarse y que en el proceso no se probó vicios del consentimiento.

Igualmente, solicita que en caso de ser declarada la ineficacia se reintegre el RPMPD lo concerniente al saldo de la cuenta de ahorro, primas previsionales, porcentaje destinado a contribuir al fondo de pensión mínima y gastos de administración, además que sea revocada la condena en costas.

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

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

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

el monto pensional.

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

Los demás intervinientes dentro del proceso guardaron silencio.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtirse obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) la demandante estuvo inicialmente afiliada al I.S.S. hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 01 de marzo de 1996² y (ii) el 30 de mayo de 1996 solicitó traslado al régimen de ahorro individual RAIS administrado por Porvenir S.A.³

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

² Hoja 18 Documento digital 8

³ Hoja 35 Documento digital 7

de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

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

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

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

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

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

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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

⁴ CSJ SL1452-2019

	laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-

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

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

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

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

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

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

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

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

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

régimen.

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

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

Caso concreto

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

Historial de vinculaciones

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

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

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

Un item encontrado.
1

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

⁵ Hoja 33 Documento digital 7

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Frente a lo señalado por Porvenir S.A. en relación con la devolución de rendimientos, gastos de administración y primas de seguros previsionales se reitera que con la declaración de ineficacia deviene el retrotraer todo al estado inicial de la afiliación del actor, por lo que es obligación de la demandada transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, pues serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho el demandante, los cuales debe asumir la AFP privada que no cumplió con su deber de asesoría, acompañamiento, buen consejo, siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, no prospera su recurso de apelación en este sentido.

También respecto al argumento de que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, debe recordarse a la AFP privada que el eje central en este tipo de situaciones, es determinar si al momento del traslado de régimen la persona contaba con la información completa, clara y concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación y a falta de esta deviene la ineficacia del traslado, la cual le resta efectos jurídicos al paso del demandante al RAIS desde el RPM y por ello las cosas vuelven a su estado anterior.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Porvenir S.A., apelante infructuoso, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a su cargo la suma de Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE (\$1.500.000).

Todo lo anterior, atendiendo al principio de libre formación del convencimiento, conforme lo establece el artículo 61 del CPTSS, y los múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencias CSJ

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

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

IX. DECISIÓN

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

RESUELVE:

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

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

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

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

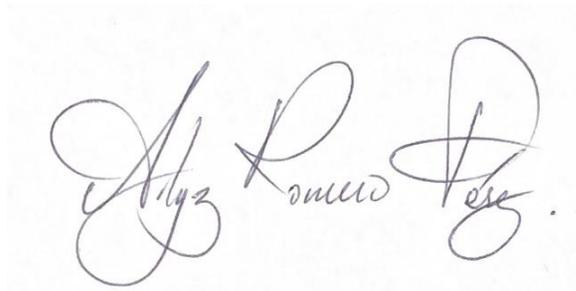
QUINTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.

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

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



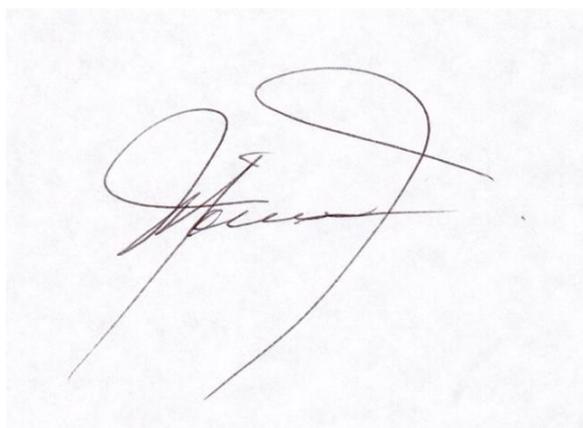
ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara el voto



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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	María Sulay Hernández Arias
Accionado	Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones
Litis	Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.
Radicado	76001310501520210053301

Sentencia N°. 15

Aprobada mediante acta No.15

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y del recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** contra la sentencia de 09 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **MARÍA SULAY HERNÁNDEZ ARIAS** contra **PORVENIR S.A.**, trámite al que fueron vinculados como litisconsortes necesarios **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare nulo el traslado del Régimen de

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

Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que se ordene a la Porvenir S.A. retornarla al RPMPD y transferir a dicha entidad todo el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos que se causen hasta el momento de hacerse efectiva la transferencia, como también el bono pensional indexado y con intereses, que se condene a Porvenir S.A. al pago de todos los cargos administrativos y financieros que conlleve el traslado de la actora y a Colpensiones a recibir nuevamente a la señora María Sulay Hernández Arias en el RPMPD, las cosas y agencias en derecho.

Como hechos, refirió que nació el 13 de abril de 1965 y al momento de la presentación de la demanda contaba con 56 años de edad; que empezó su vida laboral realizando cotizaciones al I.S.S. en el año 1984; que en abril de 1994 fue visitada por un asesor comercial de Colmena, quien la instó a trasladarse de régimen bajo el argumento de una mejor expectativa pensional; que en el año 2000 se le informó que Colmena se fusionaba con ING; que en el año 2005 solicitó traslado a Horizonte AFP, en atención a la oferta de beneficios recibida; que Porvenir S.A. en respuesta a petición que elevó en mayo de 2021 frente a los soportes de su vinculación, le indicó que si se trasladó más de una vez entre fondos privados, es porque conocía el manejo administrativo, técnico y financiero de los mismos; que nunca le informaron las fechas hasta las cuales podía trasladarse de régimen; que únicamente se le informó sobre la fusión con Porvenir S.A., pero no sobre el derecho de retractación, la modificación efectuada por la Ley 797 de 2003 o la existencia del Acto Legislativo 001 de 2005.

Añadió que lleva 15 años afiliada a Porvenir S.A. y nunca se le ha brindado asesoría alguna; que el 14 de julio de 2021 requirió toda la información pensional a Porvenir S.A. y en respuesta le fue remitida la historia laboral, el consolidado de aportes, movimientos y extractos de cuenta individual y que según le han informado, a la edad de 57 años su mesada en RAIS no superaría \$1.700.000 a pesar de que cuenta con un IBC mayor a \$8.000.000.

Mediante auto de 1º de junio de 2022 el juzgado dispuso, entre otras cosas,

vincular como litisconsorcios necesarios a Colpensiones y Protección S.A.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Porvenir S.A. aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento y edad de la accionante, las cotizaciones realizadas al I.S.S. en el año 1984, el traslado de régimen a Colmena y su posterior fusión con ING Pensiones y la afiliación realizada a Porvenir S.A., frente a los demás hechos manifestó que no le constaban. Se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que *“el demandante realizó su traslado al Régimen de Ahorro Individual PORVENIR S.A. de forma libre y voluntaria conforme se dispone en el Artículo 13 literales b y e de la Ley 100 de 1993, teniendo el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del Régimen más conveniente a su caso, por lo que la ignorancia de la ley no es excusa en esta situación, además el apoderado de la demandante al presumir una nulidad en el traslado de Régimen debió probar eficazmente que la Entidad Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. incurrió en un vicio o causal de nulidad, no estando demostrado más allá del propio dicho de la parte actora, por cuanto no se adecúan los elementos requeridos para acreditar la nulidad pretendida con la presente acción.”*

En su defensa, propuso como excepciones la innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

Porvenir S.A. aceptó los hechos asociados con la edad y fecha de nacimiento de la actora, la fusión realizada con Horizonte S.A. y el valor de la proyección pensional, respecto a los demás hechos adujo que no le constaban o que no eran ciertos. Se opuso a las pretensiones en los siguientes términos: *“la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación, en la medida en que el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se realizó mediante una afiliación de forma informada, libre y voluntaria, puesto que recibió asesoría de manera verbal por parte de mi representada, donde se suministró toda la información clara, suficiente y veraz explicándole las características del régimen acorde a la normatividad existente al*

momento de la vinculación, y en virtud de ella se consolidó la voluntad de la demandante afiliándose al RAIS, tal como se consta en los documentos aportados con la contestación.”

En su defensa, interpuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, la integrada en litis Protección S.A., aceptó los hechos atinentes a la edad y fecha de nacimiento de la demandante, así como la fusión presentada entre Colmena e ING Pensiones. Se opuso a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos: *“no existió omisión por parte de los fondos al momento de entregar a la demandante toda la información que esta requería para que tomará una decisión consciente y libre de toda coacción, respecto del régimen pensional de prima media administrado por COLPENSIONES y el régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., actuando de manera profesional, transparente y prudente en contraposición a lo afirmado la señora María Sulay Hernández Arias.”*

Igualmente, propuso como excepciones las de validez de afiliación a Protección S.A., buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones al haber sido trasladados a Porvenir S.A., inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, compensación e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia de 09 de mayo de 2023, ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS la totalidad de las excepciones propuestas por los demandados.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad o ineficacia del traslado que efectuara la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual administrado por Colmena S.A. hoy Protección S.A. el 11 de abril de 1994.

TERCERO: ORDENAR a Porvenir S.A. a trasladar a la ejecutoria de la sentencia a Colpensiones, además de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó a otras AFP al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, autorizando a Porvenir S.A. repetir contra las otras AFP por los periodos donde la demandante haya estado afiliada por las condenas aquí impuestas.

CUARTO: COSTAS PROCESALES, agencias en derecho la suma de 500.000 a cargo de Protección S.A., 2.500.000 a cargo de Porvenir S.A., 500.000 a cargo de Colpensiones en favor de la parte demandante.

QUINTO: en el evento de no ser apelada la sentencia será objeto de consulta como quiera que fue adversa a los intereses del fondo público.”

Lo anterior, tras resaltar que el fondo privado incumplió la carga de la prueba que le concernía, pues *“es carga probatoria de los fondos demostrar que obraron con diligencia y cuidado en los términos de la Constitución Política y el Código Civil, esta diligencia y cuidado es brindarle la información necesaria y suficiente al trabajador del acto de parte de trasladarse de un régimen pensional a otro, no es que las sentencias de Corte sean posteriores, eso no se aplica, aquí habían unas obligaciones constitucionales y legales de obrar de buena fe, brindarle a todos los contratantes todos los pormenores que implican sus actos de voluntad y aquí brilla por su ausencia el deber de información que estaba en cabeza de los fondos privados.”*

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, en su sustentación expuso, que según lo manifestado por la accionante, la asesoría recibida por el fondo privado fue individual, que debe tenerse en cuenta que la demandante realizó un traslado horizontal dentro del RAIS, es decir, que conocía las condiciones con las que se podía pensionar en cada régimen y aún así decidió trasladarse entre fondos privados.

Indicó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 estableció que la afiliación al régimen pensional es libre y voluntaria por parte del afiliado, que hasta los 47 años tuvo derecho a retornar al RPMPD, que ya cuenta con la edad para pensionarse y más de 1500 semanas cotizadas, por lo que podría acceder a una pensión de garantía mínima, que al momento del traslado era imposible deducir los montos de sus cotizaciones y establecer una proyección pensional, que la demandante no hizo uso del derecho de retracto, que el derecho de traslado no es absoluto y tiene que atender al principio de sostenibilidad financiera del sistema, que no se demostró engaño alguno al momento de tomar la decisión de cambiar de régimen al RAIS, donde ha permanecido por más de 20 años sin mostrar inconformidad alguna con el manejo de sus cotizaciones.

Porvenir S.A., también presentó recurso de apelación contra la sentencia primigenia y lo sustentó afirmando que dio cumplimiento al deber de información vigente para la época de la vinculación de la accionante, pues fue de manera verbal y con la suscripción del formulario de afiliación, que no existía obligación a cargo de Porvenir S.A. de conservar un documento adicional al formulario mencionado, pues el deber de información se encontraba en su etapa primigenia y no se debían entregar proyecciones pensionales por escrito.

Agregó que Porvenir S.A. no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen, pues este fue realizado a través de otra AFP, lo que da muestra que la actora efectuó traslados horizontales y recibió asesoría por cada AFP a la que estuvo

afiliada, actuación que corresponde a actos de relacionamiento conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Señaló que la no producción de efectos jurídicos se predica de las dos partes que intervienen en el negocio y contrario a los principios de justicia y equidad, en estos casos se aplica un rasero distinto a la AFP, pues se aceptó la existencia tanto de la cuenta de ahorro individual como de los fondos allí depositados y que deben ser trasladados a Colpensiones, pero no se acepta que los rendimientos financieros fueron generados por la buena gestión de la AFP y tampoco se acepta que en virtud de la ley y dicha gestión, se causaron unos gastos de administración, aunado a lo anterior, el Artículo 20 de la Ley 100 de 1993 estableció que los gastos de administración no hacen parte de la eventual prestación de la demandante, por lo que no es procedente su devolución.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 25 de agosto de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión. En el término respectivo, Colpensiones y Porvenir S.A. presentaron escritos de alegatos.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término del traslado, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** indicó que no resulta procedente el traslado de la demandante, toda vez que se encuentra incurso dentro de la prohibición de traslado y no demostró la pérdida del régimen de transición o alguna expectativa legítima. Aunado a lo anterior, indica que el formulario de afiliación es plena prueba de la voluntad del afiliado de trasladarse y que en el proceso no se probó vicios del consentimiento.

Finalmente, solicita que en caso de ser declarada la ineficacia se reintegre el RPMPD lo concerniente al saldo de la cuenta de ahorro,

primas previsionales, porcentaje destinado a contribuir al fondo e pensión mínima y gastos de administración, además que sea revocada la condena en costas.

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

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

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

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtir obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) la demandante estuvo inicialmente afiliada al I.S.S. hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 21 de agosto de 1984², (ii) el 11 de abril de 1994 solicitó traslado al régimen de ahorro individual RAIS administrado en ese entonces por Colmena A.I.G. hoy Protección S.A.³, (iii) el 01 de abril de 2000 fue vinculada a ING Pensiones en razón a cesión por fusión, (iv) el 29 de marzo de 2005 se afilió a BBVA Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.⁴ y (v) el 01 de enero de 2014 por causa de cesión por fusión su fondo de pensiones correspondió a Porvenir S.A.⁵

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

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

² Hoja 27 Documento digital 18

³ Hoja 48 Documento digital 18

⁴ Hoja 24 Documento digital 18

⁵ Hoja 48 Documento digital 18

garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

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

En dicha línea al acto de traslado debe antecederle una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, pues únicamente así se garantiza que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

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

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

observa a continuación⁶:

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.

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo

⁶ CSJ SL1452-2019

se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de

convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario.”

Por tanto, aun cuando Protección S.A. allega el formulario de vinculación a Colmena A.I.G. donde se leen salvedades sobre la debida orientación del afiliado, del precedente citado se extrae que no es posible constatar el cumplimiento del deber que le asiste a las administradoras de pensiones, pues este va más allá del diligenciamiento de un formulario de afiliación, ya que la AFP debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido este como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

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

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

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

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, la actora se trasladó a Colmena A.I.G. hoy Protección S.A. desde el 11 de abril de 1994, 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 Asofondos⁷

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 5:04:41 PM
Afiliado: CC 66708040 MARIA SULAY HERNANDEZ ARIAS [Ver detalle](#)

[Afiliado presenta vinculaciones eliminadas](#) [Afiliado presenta vinculaciones inválidas](#)

Vinculaciones para : CC 66708040							
<u>Tipo de vinculación</u>	<u>Fecha de solicitud</u>	<u>Fecha de proceso</u>	<u>AFP destino</u>	<u>AFP origen</u>	<u>AFP origen antes de reconstrucción</u>	<u>Fecha inicio de efectividad</u>	<u>Fecha fin de efectividad</u>
Traslado regimen	1994-04-11	2009/03/13	COLMENA	COLPENSIONES		1994-05-01	2000-03-31
Cesion por fusión	2000-04-01	2013/10/04	ING	COLMENA		2000-04-01	2005-04-30
Traslado de AFP	2005-03-29	2009/03/13	HORIZONTE	ING		2005-05-01	2013-12-31
Cesion por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

4 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

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

Por otra parte, si bien el demandante suscribió el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*», a través del cual pretendió hacer constar que estuvo debidamente informado en su decisión, dicha circunstancia en sí misma no es suficiente para concluir su voluntad libre e informada, dado que, conforme a la jurisprudencia consolidada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo contenido se analizó en anteriores apartes, este tipo de aseveraciones no son suficientes para dar por demostrado 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 Colmena A.I.G. hoy Protección S.A., que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y

⁷ Hoja 48 Documento digital 18

deberes que tienen los afiliados al RAIS.

En cuanto a las pruebas con las que se pretendió demostrar que la afiliación ocurrió de manera consciente e informada, obran en el expediente: (i) historial de vinculaciones SIAFP (Hoja 48 documento digital 18), (ii) formulario de afiliación a BBVA Horizonte S.A. el 29 de marzo de 2005 (Hoja 24 documento digital 18), (iii) historia laboral expedida por Porvenir S.A. (Hoja 27 documento digital 18), (iv), relación histórica de movimientos en Porvenir S.A. (Hoja 39 documento digital 18), (v) historia laboral para bono pensional (Hoja 50 documento digital 18), (iv) comunicados de prensa de Porvenir S.A. sobre prohibición de traslado para las personas que se encuentren a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad para pensionarse (Hoja 56 documento digital 115) (v) certificación de afiliación a Porvenir S.A. efectiva desde el 01 de mayo de 2005 (Hoja 25 documento digital 18), (vi) certificación de saldo en la cuenta de ahorro individual del demandante (Hoja 26 documento digital 18), (vii) formulario de afiliación a Colmena A.I.G. de 11 de abril de 1994 (Hoja 37 documento digital 18).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto de los formularios de afiliación que no permiten esclarecer lo relativo al consentimiento informado, y los demás corresponden a situaciones posteriores al acto de traslado que no acreditan que Colmena A.I.G. hoy Protección S.A. cumplió con su deber de información.

De igual modo, los comunicados de prensa aportados por Porvenir S.A., fueron realizados en fecha posterior a la afiliación de la accionante y no hacen parte de la asesoría recibida al momento de la suscripción de la afiliación, momento en el cual debieron informar al demandante sobre la prohibición del traslado de régimen traída en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte demandante tampoco se

acredita que el afiliado recibiera información completa, transparente, detallada y relevante previo a la suscripción del formulario, o de que se le comunicara algo sobre los efectos y consecuencias del traslado que realizó al régimen privado de pensiones. (Min. 08:37 Documento digital 26)

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. Si bien el juez de primera instancia llegó a la misma conclusión deberá modificarse su decisión para afirmar que lo que se declara en estos casos es la ineficacia del traslado de régimen pensional debatido, pues así lo manda el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y la línea jurisprudencial a la que se ha hecho referencia, cuya consecuencia es tener por no efectuado el traslado y retornar las cosas al estado anterior al mismo.

Ahora bien, en cuanto a lo reprochado por Colpensiones y Porvenir S.A., se aprecia a lo largo de esta providencia atención a los puntos de su recurso, esto es, el deber de información conforme el mandato establecido en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993, el cual no se encuentra cumplido, ni siquiera con la suscripción del formulario de afiliación al fondo.

En cuanto a la elección libre y voluntaria presuntamente efectuada por la actora que argumentó el fondo público, 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.

Respecto al argumento de que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, debe recordarse a la AFP privada que el eje central en este tipo de situaciones, es determinar si al momento del traslado de régimen la persona contaba con la información

completa, clara y concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación y a falta de esta deviene la ineficacia del traslado, la cual le resta efectos jurídicos al paso del demandante al RAIS desde el RPM y por ello las cosas vuelven a su estado anterior.

Otro punto de inconformidad de los recurrentes, se centra en la permanencia de la actora en el RAIS y el traslado horizontal efectuado entre AFPs del RAIS, lo que se traduce en una manifestación de su voluntad de querer pertenecer al régimen mencionado, cumple traer a colación lo doctrinado por la Sala de Casación Laboral Permanente frente a los actos de relacionamiento; sobre ellos el máximo tribunal en materia laboral ha reiterado que no operan en los casos de ineficacia de traslado de régimen, pues en estos asuntos lo que se debe determinar es si la persona recibió información integral para tomar la decisión de cambiar de régimen y no sobre sus motivaciones para cambiarse de AFP, bien sea porque una AFP le ofrecía mejores rendimientos o le cobraba una menor comisión. Así se expuso en sentencia CSJ SL1055-2022: *“conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”*

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 se retrotrae todo al estado inicial de la afiliación del actor, por lo que es obligación de la demandada transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, pues serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho el demandante, rubros que deberá asumir la AFP privada que no cumplió con su deber de asesoría, acompañamiento, buen consejo, siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, no prospera su recurso de apelación en este sentido.

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 3.º del proveído recurrido para ordenar a Porvenir S.A. que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia devuelva la totalidad del capital ahorrado, junto con sus rendimientos financieros e igualmente, para que reintegre los bonos pensionales y las cuentas de rezago, si las hay.

Ahora, en cuanto a Protección S.A. se adicionará la sentencia en mención, para ordenarle que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, reintegre lo concerniente a comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de la AFP y por el tiempo en que estuvo afiliada a la misma. Todos los valores a reintegrar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

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

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

Ahora bien, con respecto a la condena en costas en instancia a cargo Colpensiones por el grado jurisdiccional de consulta, es oportuno precisar que

las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el numeral 1.º del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

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

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

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Porvenir S.A. y Colpensiones, apelantes infructuosos, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada uno la suma de Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE (\$1.500.000).

Todo lo anterior, atendiendo al principio de libre formación del convencimiento, conforme lo establece el artículo 61 del CPTSS, y los múltiples pronunciamientos

de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencias CSJ SL802-2021, SL858-2021, SL512-2021, entre otras.

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

IX. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 3.º de la sentencia de 9 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, el cual quedará así:

*“**TERCERO: CONDENAR** a Porvenir S.A. que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a devuelva a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado por el actor, junto con sus rendimientos financieros, los bonos pensionales y las cuentas de rezago, si las hay. También y en el mismo término deberá reintegrar a Colpensiones comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de la AFP y por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicha AFP. Todos los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

***CONDENAR** a Protección S.A. a que, en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, reintegre a Colpensiones lo concerniente a comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de dicha AFP y por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a la misma. Todos los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”.*

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

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

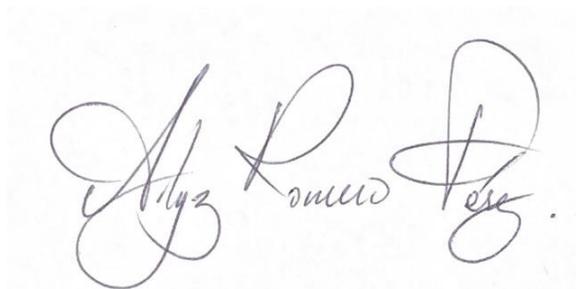
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones apelantes infructuosos y a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE (\$1.500.000) a cargo de cada uno.

QUINTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



Aclaro voto

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Yesid Rodrigo Garzón Torres
Accionado	Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones
Radicado	76001310501520220040101

Sentencia N°. 18

Aprobada mediante acta No.18

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y del recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** contra la sentencia de 26 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **YESID RODRIGO GARZÓN TORRES** contra la recurrente y **PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado realizado del I.S.S. hoy Colpensiones a Protección S.A. en febrero de 1995, por encontrarse claramente viciado su consentimiento y, en consecuencia, se declare que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por el I.S.S. hoy Colpensiones, que se ordene a Colpensiones a

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

recibirlo como su afiliado, que se ordene a Protección S.A. al traslado a Colpensiones de los valores de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos financieros, gastos de administración, intereses, bono pensional y demás emolumentos que se consideren jurídicamente viables, que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas y también por lo extra y ultra *petita*.

Como hechos refirió que nació el 2 de febrero de 1962; que cotizó al I.S.S. hoy Colpensiones desde diciembre de 1984 a febrero de 1995; que el 20 de febrero de 1995 fue abordado por una promotora comercial de Protección S.A., quien lo indujo a suscribir una solicitud de afiliación a dicho fondo de pensiones; que el 24 de junio de 2022 radicó ante Protección S.A. solicitud de nulidad de traslado por consentimiento viciado; que a la fecha no ha recibido respuesta de tal pedimento; que el 24 de junio de 2022 radicó en Colpensiones solicitud de afiliación, entidad que el 28 de junio del mismo año negó la solicitud referida.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Protección S.A. aceptó los hechos que tienen relación con las cotizaciones efectuadas en dicho fondo y la solicitud de nulidad de afiliación efectuada a la entidad; respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban o que no eran ciertos. También se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que *“el acto es existente, válido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Además, se dio cumplimiento a la preceptiva vigente en materia de seguridad social esto es, respetando el derecho a la libre selección de régimen consagrada en los arts.13 y 271 de la ley 100 de 1993, por lo cual se concluye que la afiliación que realizó el señor Yesid a la AFP tuvo y tiene plena eficacia”*. En su defensa, propuso como excepciones la de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, e innominada o genérica.

Colpensiones aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento, su

afiliación al I.S.S., su traslado a la AFP Protección S.A., la solicitud de nulidad de traslado que efectuó al fondo privado, la solicitud de afiliación a Colpensiones y su respuesta negativa, frente a los demás indicó que no le constaban y se opuso a las pretensiones en los siguientes términos: *“la selección de uno cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, razón por la cual al momento de efectuarse el traslado del RPM al RAIS era una decisión en la cual COLPENSIONES no podía inferir y además de ello, que COLPENSIONES no puede hacer efectivo el traslado, por cuanto que la entidad privada es quien debe responder por su situación pensional.”*

En su defensa, interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, innominada, buena fe y prescripción.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia de 26 de junio de 2023, ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas la totalidad de las excepciones propuestas por los demandados.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad o ineficacia del traslado que efectuara el demandante del régimen de prima media al de régimen de ahorro individual administrado por Protección S.A., el 20 de febrero de 1995.

TERCERO: ORDENAR a Protección S.A. a trasladar a ejecutoria de la sentencia a Colpensiones, además de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual del demandante, devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, autorizando a Protección S.A. repetir contra las otra AFP por los periodos donde el demandante haya estado afiliado por las condenas aquí impuestas.

CUARTO: Costas procesales y agencias en derecho, la suma de 500.000 a cargo de Protección S.A., 500.000 a cargo de Colpensiones a favor de la parte demandante.

QUINTO: En el evento de no ser apelada la sentencia será objeto de consulta como quiera que fue adversa a los intereses del fondo público."

Lo anterior, tras resaltar que el fondo privado incumplió la carga de la prueba que le concernía, pues *"brilla por su ausencia la prueba de que se le haya brindado la información necesaria y suficiente para el acto desde 1995, no saneándose con el transcurso del tiempo, ni con re asesorías."*

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó recurso de apelación y pidió se tenga en cuenta lo consignado en el Literal B del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece que la afiliación a cualquiera de los regímenes existentes es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto lo manifestará por escrito, situación que acaeció en el caso concreto para el año 1995, igualmente, solicitó se revise que el demandante cuenta con más de 62 años de edad, razón por la cual se encuentra inmerso en la prohibición del Artículo 2º de la Ley 797 de 2003, también que hubo una re asesoría en el 2006 y a pesar de eso el demandante reafirmó su deseo de permanecer en el RAIS.

Señaló que no demostró pérdida de régimen de transición la frustración de una expectativa legítima y en Protección S.A. el demandante puede alcanzar su prestación pensional; que permaneció durante más de 20 años en el RAIS sin mostrar inconformidad alguna, tampoco se demostró engaño. Por último manifestó que se debe atender la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 17 de agosto de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Estando dentro de la oportunidad procesal, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** indicó que no resulta procedente el traslado de la demandante, toda vez que se encuentra incurso dentro de la prohibición de traslado y no demostró la pérdida del régimen de transición o alguna expectativa legítima. Aunado a lo anterior, indica que el formulario de afiliación es plena prueba de la voluntad del afiliado de trasladarse y que en el proceso no se probó vicios del consentimiento.

Finalmente, solicita que en caso de ser declarada la ineficacia se reintegre el RPMPD lo concerniente al saldo de la cuenta de ahorro, primas previsionales, porcentaje destinado a contribuir al fondo e pensión mínima y gastos de administración, además que sea revocada la condena en costas.

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 CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149

de 2007, de modo que dicha revisión debe surtirte obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) la demandante estuvo inicialmente afiliada al ISS hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 04 de diciembre de 1984², y (ii) el 20 de febrero de 1995 solicitó traslado al régimen de ahorro individual RAIS administrado Protección S.A.³

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

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

² Hoja 19 Documento digital 4

³ Hoja 16 Documento digital 5

fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

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

En dicha línea, al acto de traslado debe antecederle una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, pues únicamente así se garantiza que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

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

Asimismo, el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y, con ello, las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones; de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se hizo tránsito al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante), información que los jueces deben tener en cuenta en cada caso

concreto, a efectos de establecer el cumplimiento del deber de ilustración, de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021). Tal y como se observa a continuación⁴:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo

⁴ CSJ SL1452-2019

que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

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

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

mercado».

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

Por tanto, aun cuando obra el formulario de vinculación a Protección S.A. donde se leen salvedades sobre la debida orientación del afiliado, 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 AFP debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido este como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

“De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de

ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima."

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

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

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, la actora se trasladó a la AFP Protección S.A. desde el 20

de febrero de 1995, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, esto es, la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses. Así se observa en el reporte SIAFP de Asofondos⁵

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 2:51:46 PM

Afiliado: CC 79264318 YESID RODRIGO GARZON TORRES [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 79264318

<u>Tipo de vinculación</u>	<u>Fecha de solicitud</u>	<u>Fecha de proceso</u>	<u>AFP destino</u>	<u>AFP origen</u>	<u>AFP origen antes de reconstrucción</u>	<u>Fecha inicio de efectividad</u>	<u>Fecha fin de efectividad</u>
Traslado regimen	1995-02-20	2004/04/16	PROTECCION COLPENSIONES			1995-03-01	

Un item encontrado.

1

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

Por otra parte, si bien el demandante suscribió el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «voluntad de afiliación», a través del cual pretendió hacer constar que estuvo debidamente informado en su decisión, dicha circunstancia en sí misma no es suficiente para concluir su voluntad libre e informada, dado que, conforme a la jurisprudencia consolidada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo contenido se analizó en anteriores apartes, este tipo de aseveraciones no son suficientes para dar por demostrado 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 Protección S.A., que según el artículo 15

⁵ Hoja 17 Documento digital 5

del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS.

En cuanto a las pruebas con las que se pretendió demostrar que la afiliación ocurrió de manera consciente e informada obran en el expediente: (i) el formulario de afiliación a Protección S.A. del 20 de febrero de 1995 (Hoja 16 documento digital 5), (ii) el historial de vinculaciones del actor (Hoja 17 documento digital 5), (iii) respuesta negativa a solicitud de nulidad del traslado del 19 de julio de 2022 (Hoja 18 documento digital 5), (iv) re asesorías efectuadas el 22 de marzo de 2006 y el 24 de septiembre de 2013 (Hojas 21 y 22 Documento digital 5) (v) simulación pensional efectuada por Protección S.A. el 17 de marzo de 2006 (Hoja 23 documento digital 5), (vi) comunicados de prensa respecto de la prohibición contenida en el artículo 2 Ley 797 de 2003 (Hoja 25 documento digital 5), (vii) Políticas de Asesoría de Protección S.A. (Hoja 30 documento digital 5).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado, y los demás corresponden a situaciones posteriores al acto de traslado que no acreditan que la AFP Protección S.A. cumplió con su deber de información.

Las políticas de asesoría traídas por Protección S.A., de ninguna manera prueban el cumplimiento del deber de información, pues dicho documento no permite verificar la asesoría específica recibida por el demandante, ni el cumplimiento de dichas políticas por parte del asesor correspondiente. Del mismo modo, los comunicados de prensa aportados por el fondo demandado datan de fecha posterior a la afiliación de la accionante y no hacen parte de la asesoría recibida al momento de la vinculación, pues es en ese momento en el que se debe constatar el cumplimiento del mencionado deber.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte demandante tampoco se acredita que la afiliada recibiera información completa, transparente, detallada y relevante previo a la suscripción del formulario, sobre los efectos y consecuencias del traslado que realizó al régimen privado de pensiones.(Min. 5:56 Documento digital 8)

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. Si bien el juez de primera instancia llegó a la misma conclusión deberá modificarse su decisión para afirmar que lo que se declara en estos casos es la ineficacia del traslado de régimen pensional debatido, pues así lo manda el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y la línea jurisprudencial a la que se ha hecho referencia, cuya consecuencia es tener por no efectuado el traslado y retornar las cosas al estado anterior al mismo.

Ahora bien, en cuanto a lo reprochado por Colpensiones, se aprecia a lo largo de esta providencia atención a los puntos de sus recursos, 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.

Otro punto de inconformidad de Colpensiones se centra en la permanencia del actor en el RAIS, lo que según dicha entidad debe considerarse como una manifestación de su voluntad de querer pertenecer al régimen mencionado, cumple traer a colación lo doctrinado por la Sala de Casación Laboral Permanente frente a los actos de relacionamiento; sobre ellos el máximo tribunal en materia laboral ha reiterado que no operan en los casos de ineficacia de traslado de régimen, pues en estos asuntos lo que se debe determinar es si la persona recibió información integral para tomar la decisión de cambiar de régimen y no sobre sus motivaciones para cambiarse de AFP, bien sea porque

una AFP le ofrecía mejores rendimientos o le cobraba una menor comisión. Así se expuso en sentencia CSJ SL1055-2022: *“conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”*

También, en cuanto a la elección libre y voluntaria del demandante que argumenta Colpensiones en parte de su recurso, 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 debe estar acompañada 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.

Asimismo, frente al argumento de que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, debe recordarse a la entidad que el eje central en este tipo de situaciones, es determinar si al momento del traslado de régimen la persona contaba con la información completa, clara y concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación y a falta de esta deviene la ineficacia del traslado, la cual le resta efectos jurídicos al paso del demandante al RAIS desde el RPM y por ello las cosas vuelven a su estado anterior.

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 3.º del proveído recurrido para ordenar a Protección S.A. a devolver rendimientos, bonos pensionales y las cuentas de rezago, si las hay.

Por otro lado, en aras de evitar posteriores trámites administrativos y judiciales se adicionará la sentencia bajo estudio para ordenar a Colpensiones que una vez reciba los recursos por parte de Protección 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). Contrario lo afirmado en el recurso de apelación propuesto por la entidad Colpensiones.

Ahora bien, con respecto a la condena en costas en instancia a cargo Colpensiones por el grado jurisdiccional de consulta, es oportuno precisar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el numeral 1.º del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

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

Frente a la configuración de la prescripción, basta reiterar lo expuesto en sentencia CSJ SL3156-2022 para advertir que las solicitudes de ineficacia de traslado no están sujetas al fenómeno extintivo de la prescripción, pues a

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

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Colpensiones, apelante infructuoso, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a su cargo la suma de Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE (\$1.500.000).

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

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

IX. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral 3.º de la sentencia de 26 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR a PROTECCIÓN S.A.** que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia devuelva los rendimientos, los bonos pensionales y las

cuentas de rezago, si las hay.

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

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

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

QUINTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara el voto



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	María Consuelo López Montoya
Accionado	Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A.
Radicado	76001310501820230012001

Sentencia N°. 31

Aprobada mediante acta No.31

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y de los recursos de apelación interpuestos por **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.**, contra la sentencia del 29 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **MARÍA CONSUELO LÓPEZ MONTOYA** contra los recurrentes y **PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare la ineficacia del traslado realizado en enero de 1996 del RPMPD administrado por el ISS, hoy Colpensiones, al RAIS administrado por COLMENA, hoy Protección S.A., en consecuencia se declare que para efectos pensionales continúa afiliada al RPMPD, y que se condene a

¹ La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC, 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

Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A. a devolver a Colpensiones los valores contenidos en el saldo de la cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos, frutos e intereses que se hubieren causado, así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y lo correspondiente a los bonos pensionales en caso de haber sido redimidos los mismos.

Como hechos, refirió que nació el 12 de enero de 1967; que se afilió al I.S.S. hoy Colpensiones desde 1986 y que en 1996 se trasladó al RAIS, por ofrecimientos extraordinarios y errados que le hiciera un asesor de Colmena, hoy Protección S.A., respecto de los beneficios del RAIS; que luego se trasladó dentro del RAIS a Porvenir S.A. y Skandia S.A.; que al momento del traslado de régimen no fue asesorada e informada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno y otro régimen, los beneficios, ventajas e implicaciones de su decisión; que no se le informó sobre el capital necesario para poder adquirir una pensión, tampoco que parte de su aporte mensual se destinaría al pago de seguros, gastos de administración, dineros del Fondo de Garantía de Pensión Mínima; que no se le asesoró sobre su derecho a un bono pensional y la posibilidad de negociarlo para anticipar su pensión, ni sobre que su pensión se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado, como de sus beneficiarios.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Colpensiones adujo como ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación en el RPMPD y la solicitud de nuevo traslado presentada a Colpensiones, frente a los demás hechos aseguró que no le constan o que no son ciertos. También se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que *"(...) en este momento es improcedente el traslado de régimen en virtud del Artículo 2º Numeral E de la ley 797 de 2003, ya que la demandante presento (sic) su petición fuera del término legal establecido y además ratifico su afiliación al*

Régimen de Ahorro Individual con el formulario de afiliación donde expresamente determina y acepta vincularse al fondo privado". En su defensa, propuso como excepciones las siguientes: innominada, compensación, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

Protección S.A. tan solo dijo que era cierta la información sobre el traslado inicial de régimen de la demandante, su fecha de nacimiento y particularidades de su historia laboral. Frente a los demás hechos contestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso como excepciones las de buena fe, prescripción, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, compensación e innominada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda argumentando, entre otras cosas, que: *"(...) [L]a parte demandante con la presente acción está atentando contra la buena fe y contra sus propios actos, toda vez que durante el periodo que lleva afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, no ha manifestado duda o inconformidad con el régimen (...)"*.

Skandia S.A. contestó frente a la totalidad de los hechos de la demanda que no son ciertos o que no le constan. Se opuso a las pretensiones al considerar que: *"(...) Ya que la afiliación con mí representada, se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación y conforme a los postulados de buena fe. Por consiguiente, no puede trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que figuran en la cuenta de ahorro individual del demandante, por las mismas razones expuestas a lo largo del presente escrito de contestación a la demanda (...)"*. Propuso las siguientes excepciones de fondo: cobro de lo no debido, compensación, prescripción, buena fe y genérica.

Porvenir S.A. contestó frente a la totalidad de los hechos de la demanda que no eran ciertos o que no le constan. Se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que: *"No existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o a la nulidad del acto jurídico por medio del cual el demandante se trasladó de régimen pensional. La decisión tomada por el actor se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza (...)"*.

Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., quien fue llamada en garantía por Skandia S.A., dijo ser ciertos los hechos relacionados con la edad y situación pensional de la demandante, contestando frente a los demás que no son ciertos o que no le constan. Formuló frente al llamamiento las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, inexistencia de cobertura, inexistencia de la obligación y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia No.201 del 29 de septiembre de 2023, ordenó:

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

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA de oficio la excepción de INEXISTENCIA DE COBERTURA en favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. respecto del llamamiento en garantía.

TERCERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora MARÍA CONSUELO LÓPEZ MONTOYA, 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y por consiguiente, las otras vinculaciones posteriores efectuadas a PORVENIR S.A. y a PENSIONAR hoy SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, y nuevamente a PORVENIR S.A.

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- todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARÍA CONSUELO LÓPEZ MONTOYA, 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.

QUINTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, 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 el 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.

SEXTO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y PORVENIR S.A. informar a la señora MARÍA CONSUELO LÓPEZ MONTOYA 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.

SÉPTIMO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – para que una vez realizado el traslado ordenado en los numerales cuarto y quinto de la presente providencia, dentro del término de 2 meses siguientes acepte el traslado a la señora MARÍA CONSUELO LÓPEZ MONTOYA sin solución de continuidad ni cargas adicionales y proceda dentro del mismo término a actualizar la historia laboral a la señora MARÍA CONSUELO LÓPEZ MONTOYA.

OCTAVO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones del llamamiento en garantía efectuado por SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.

NOVENO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, 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.

DÉCIMO: CONDENAR en costas a SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, como parte vencida en juicio y a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., 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.

DÉCIMO PRIMERO: ABSOLVER de la condena en costas a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

DÉCIMO SEGUNDO: 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.

Lo anterior, tras resaltar que las AFP no lograron satisfacer la carga de la prueba que les correspondía frente al cumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen pensiona, por lo que, a su juicio, era dable declarar la ineficacia del trasladado pretendido en la demanda. Sobre la llamada en garantía, expuso que Skandia S.A. no demostró ninguna relación sustancial que le hiciera exigible alguna obligación desprendida del incumplimiento del deber de información por parte de la AFP, sino solamente una relación en la que la llamada en garantía debía cubrir, de ser el caso, una prestación económica de invalidez y muerte, lo que no ocurre en este caso².

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión se presentó el recurso de alzada por parte de Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A., en los que se solicitó que sea revocada de forma íntegra la sentencia, por existir claros actos de relacionamiento que dan cuenta del consentimiento y voluntad ausente de vicios de la demandante frente a su traslado y permanencia en el RAIS. Además, Skandia S.A. también formuló reproches sobre la decisión de absolver a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., por ser quien recibió directamente los dineros por seguros previsionales.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 20 de noviembre de 2023, este Tribunal corrió traslado a

² Min. 00:54:00 de la grabación de la audiencia alojada en el documento digital No.29.

las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado, **Skandia S.A.** solicitó que la sentencia fuera revocada parcialmente en cuanto a la devolución de los gastos de administración, toda vez que, estos tienen fuente legal y se ordenó la devolución de este concepto sin previo debate del mismo.

Además de lo anterior, indicó que dichos recursos fueron utilizados en la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante y al ser un emolumento económico periódico que no está destinado a cubrir la pensión de vejez y, por ende, prescribe.

Finalmente, manifestó que Mapfre compañía de seguros es quién debe ser condenada a devolver las primas de seguros, no obstante, las acciones del contrato de seguros prescriben conforme lo dispone el artículo 1081 del Código de Comercio.

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

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

Finalmente, manifestó que es improcedente el traslado de los gastos de

administración y rendimiento financieros y primas de seguros previsionales.

Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. aseguró que el objeto del contrato de seguros y el de la litis no se asemejan, pues esta nunca obligó a pagar las primas de seguro, además lo que se reprocha en el caso es la falta al deber de información al momento del traslado, deber que no se traslada a su entidad, pues no funge como un fondo de pensiones dentro del sistema general de seguridad social. Aunado a lo anterior, indica que no hay lugar a devolución de las primas pues esta se causaron durante el tiempo que cubrió el riesgo.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones manifestó que el demandante ha excedido la edad permitida para trasladarse de régimen pensional y que no demostró la frustración de alguna expectativa legítima ni vicios del consentimiento.

Aunado que en caso de declararse la ineficacia los fondos de pensiones deben devolver a Colpensiones, los saldos de la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, los porcentajes correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Finalmente indicó que además de la devolución de los aportes, se debe ordenar al fondo privado que traslade todo el detalle de la historia laboral y se indique el último fondo al que fue afiliado.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias

STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtir obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) la demandante estuvo inicialmente afiliada al I.S.S. hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 04 de junio de 1986 al 02 de enero de 1996³, (ii) el 18 de enero de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual RAIS administrado por Colmena, hoy Protección S.A.⁴, (iii) el 19 de diciembre de 1996 se trasladó horizontalmente dentro del RAIS a Porvenir S.A.⁵, luego a Skandia S.A. y luego retornó a Porvenir S.A., en la que se encuentra actualmente afiliada.

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información; (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria, y, (iii) si existe entre Skandia S.A. y Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. alguna relación sustancial que haga responder a esta última por las condenas que eventualmente se impongan a Skandia S.A.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

³ Documento digital No.19, p.44.

⁴ Documento digital No.08, p.37.

⁵ Documento digital No.19, p.38.

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 continuación⁶:

Etapas acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos 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 perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

⁶ CSJ SL1452-2019.

consejo y doble asesoría.	Circular Externa n. 016 de 2016	
---------------------------	---------------------------------	--

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

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

“Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para

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

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

Por tanto, aun cuando obran los formularios de vinculación a Colmena, hoy Protección S.A., Skandia S.A. y 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 AFP debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido este como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en los casos

en que la administradora de fondos de pensiones incumple la obligación de información antedicha, ello acarrea, necesariamente, la ineficacia del traslado de régimen pensional, lo cual supone que dicho acto jurídico nunca ocurrió. Al respecto, en sentencia CSJ SL5292-2021 se señaló:

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

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

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

Sin embargo, en la medida que la ineficacia del cambio de régimen pensional implica que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ello significa a su vez que el traslado realizado hacia el RAIS no tiene relevancia jurídica, pues ha de entenderse que nunca ocurrió. En otros términos, el supuesto de hecho de los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme a los cuales quienes se trasladen voluntariamente al RAIS, a menos que tengan 15 años o más de

servicios cotizados, pierden el régimen de transición (C-789-2002), no se configura cuando se declara la ineficacia del traslado, pues al amparo de esta figura ha de darse por sentado que las repercusiones jurídicas que se esperaban con la suscripción del traslado jamás ocurrieron, o lo que es igual, que el afiliado jamás se trasladó al RAIS.

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, que la demandante se trasladó a Colmena, hoy Protección S.A. el 18 de enero de 1996, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, esto es, la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses. Así se observa en el reporte SIAFP de Asofondos⁷.

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 11:43:48 AM
Afiliado: CC 31959551 MARIA CONSUELO LOPEZ MONTOYA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 31959551							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1996-01-18	2004/04/16	COLMENA	COLPENSIONES		1996-02-01	1997-01-31
Traslado de AFP	1996-12-19	2004/04/16	PORVENIR	COLMENA		1997-02-01	1998-02-28
Traslado de AFP	1998-01-30	2004/04/16	SKANDIA	PORVENIR		1998-03-01	2010-07-31
Traslado de AFP	2010-06-11	2010/07/18	PORVENIR	SKANDIA		2010-08-01	

4 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 31959551

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1996-01-18	1996-06-13	01	AFILIACION	COLMENA	
1996-12-19	1997-03-06	07	TRASLADO DE ENTRADA	PORVENIR	COLMENA
1996-12-19	1997-02-01	03	TRASLADO DE SALIDA	COLMENA	PORVENIR
1998-01-30	1999-11-30	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	SKANDIA	
1998-04-15	1999-04-16	03	TRASLADO DE SALIDA	PORVENIR	SKANDIA
1999-04-30	1999-05-01	07	TRASLADO DE ENTRADA	SKANDIA	PORVENIR

6 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Por tanto, Protección 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 de indicarle las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, conforme al mandato establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

⁷ Documento digital No.19, p.36.

Por otra parte, si bien la demandante suscribió el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*», a través del cual pretendió hacer constar que estuvo debidamente 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, obran en el expediente historia laboral expedida por Porvenir S.A., comunicados o publicaciones de prensa sobre la imposibilidad temporal del traslado de régimen, historial de vinculaciones de la afiliada, solicitud de afiliación por traslado de régimen y por traslado de AFP dentro del RAIS, entre otros.

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado y los demás corresponden a situaciones posteriores al acto de cambio de régimen y con los cuales no es posible constatar que las AFP cumplieran con su deber de información.

De igual modo, los comunicados de prensa aportados por el fondo demandado, Porvenir S.A., fueron realizados en fecha posterior a la afiliación de la

accionante, no hacen parte de la asesoría recibida y corresponden a un aviso público de la entonces novedosa prohibición del traslado de régimen, traída en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Los anteriores elementos corroboran el hecho que el traslado al RAIS deviene ineficaz, dado el incumplimiento al deber de información por parte del fondo, tal como se desprende de todo el análisis realizado por la Sala. De este modo, la 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, sin que sea necesario valorar el interrogatorio de parte rendido por la demandante, por limitarse reafirmar lo mencionado en el escrito de demanda, es decir, que los promotores con quienes efectuó el traslado de régimen pensional no le brindaron asesoría suficiente e informada sobre el acto jurídico que efectuaba.

En cuanto a la elección libre y voluntaria realizada por el actor que argumenta Colpensiones y Porvenir S.A. en su contestación de demanda, alegatos y fundamentos del recurso, 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.

También respecto al argumento de Colpensiones, acerca de que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen en cualquier tiempo, debe recordarse que el eje central en este tipo de situaciones, es determinar si al momento del traslado de régimen la persona contaba con la información completa, clara y concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación y a falta de esta deviene la ineficacia del traslado, la cual le resta efectos jurídicos al paso del demandante al RAIS desde el RPM y por ello las

cosas vuelven a su estado anterior.

Otro punto de inconformidad de Colpensiones y de Porvenir S.A., se centra en la permanencia de la demandante en el RAIS, lo que según dichas entidades debe considerarse como una manifestación de su voluntad de querer pertenecer al régimen mencionado. Sobre esto, es pertinente traer a colación lo doctrinado por la Sala de Casación Laboral Permanente frente a los actos de relacionamiento, autoridad que ha sostenido que no operan en los casos de ineficacia de traslado de régimen, pues en estos asuntos lo que se debe determinar es si la persona recibió información integral para tomar la decisión de cambiar de régimen y no sobre sus motivaciones para cambiarse de AFP, bien sea porque una AFP le ofrecía mejores rendimientos o le cobraba una menor comisión. Así se expuso en sentencia CSJ SL1055-2022: *“conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”*

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.

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

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

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

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

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 4.º del proveído recurrido para ordenar a a Porvenir S.A. a devolver 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 de régimen del demandante implica la devolución de manera íntegra a dicha entidad de todos los dineros aportados por la afiliada al RAIS, más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del afiliado (CSJ AL606-2023), contrario a lo afirmado en el recurso de apelación propuesto por Colpensiones.

Frente a la configuración de la prescripción, basta reiterar lo expuesto en sentencia CSJ SL3156-2022 para advertir que las solicitudes de ineficacia de traslado no están sujetas al fenómeno extintivo de la prescripción, pues a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por este motivo, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, 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).

Sobre el segundo punto del recurso de apelación formulado por Skandia S.A., es decir, la viabilidad de condenar a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. a que sea quien asuma la devolución de las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia recibidos en su momento, la Sala encuentra acertada la decisión del *a quo*, pues, el contrato de seguro fue celebrado de buena fe entre las entidades comprometidas en dicho trato, y su margen de cobertura no puede ser extendido a eventualidades -diferentes a la invalidez o la muerte- que emerjan de la relación entre afiliado y AFP.

En efecto, le asiste razón a Mapfre cuando afirma que no le pueden ser trasladados los efectos del incumplimiento del deber de información en que incurrió la AFP, habida cuenta que en los periodos en que recibió los pagos de las primas por seguros previsionales se obligó a cubrir la ocurrencia de una posible contingencia -invalidez o muerte- que en principio recaía en cabeza de

la AFP, con lo que se agotó y justificó el pago cuya devolución ahora se ordena con cargo al patrimonio de la AFP.

La cuenta de ahorro individual de la demandante, además, debe estar compuesta por el monto total que constituyen los aportes efectuados, sin que sea viable imponer a Colpensiones que soporte un detrimento por primas de seguros previsionales cobradas por la AFP bajo el marco de un acto jurídico que ahora se declara ineficaz. En todo caso, cualquier diferencia económica entre Skandia S.A. y la aseguradora no puede ser resuelta por vía del llamamiento en garantía, por cuanto el contrato de seguro previsional de invalidez y muerte - relación sustancial- no es suficiente para gravar a la aseguradora con una responsabilidad que debe cubrir la AFP con su propio patrimonio y que no hace parte de la cobertura señalada en el contrato de seguro alojado de p.84 a 87 del documento digital No.09.

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Porvenir S.A., Colpensiones y Skandia S.A., apelantes infructuosos, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una la suma de un millón quinientos mil pesos MCTE (\$1.500.000). Además, se fijan como agencias en derecho a cargo de Skandia S.A. y en favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. la suma de un millón de pesos MCTE (\$1.000.000).

Todo lo anterior, atendiendo al principio de libre formación del convencimiento, conforme lo establece el artículo 61 del CPTSS, y los múltiples pronunciamientos de la 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 4.º de la sentencia No.201 del 29 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia devuelva las cuentas de rezago, si las hay.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A. apelantes infructuosos y a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma un millón quinientos mil pesos MCTE (\$1.500.000) a cargo de cada una. Además, se fijan como agencias en derecho a cargo de Skandia S.A. y en favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. la suma de un millón de pesos MCTE (\$1.000.000).

CUARTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclaración de Voto



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Luis Felipe Pinzón Vásquez
Accionado	Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones
Radicado	76001310501820230025301

Sentencia N°. 16

Aprobada mediante acta No.16

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro.

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y del recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** contra la Sentencia No. 133 del 11 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario laboral promovido por **LUIS FELIPE PINZÓN VÁSQUEZ** contra la recurrente, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se condene a Colpensiones a reliquidar su pensión de vejez con un IBC superior y aplicándole una tasa de reemplazo del 80% y como consecuencia de ello, se condene a pagarle las diferencias pensionales desde el 01 de enero de 2021 junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el retroactivo de diferencias adeudadas.

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

Como hechos refirió que nació el 21 de diciembre de 1958, que cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez el 21 de diciembre de 2020, que solicitó a la entidad demandada la pensión de vejez el día 22 de diciembre de 2020, que realizó cotizaciones para la pensión de vejez desde el día 18 de junio de 1977 y hasta el 31 de diciembre de 2020 acreditando un total de 2.226 semanas, que mediante resolución del 24 de febrero de 2021 la entidad demandada le reconoció pensión de vejez bajo los parámetros de la “Ley 797 de 2003”, a partir del 01 de enero de 2021 en cuantía inicial de \$7.932.665, con un IBL de \$10.626.477.00 y una tasa de reemplazo del 74.65%.

Agregó que Colpensiones le tuvo en cuenta 2.226 semanas cotizadas, con lo cual es posible acceder a una pensión más alta, de manera que el 9 de diciembre de 2022 presentó reclamación administrativa solicitando la reliquidación de su pensión de vejez y mediante resolución de 18 de abril de 2023, la entidad demandada se la reliquidó a partir del 01 de enero de 2021, en cuantía de \$7.947.861.00, con ingreso base de liquidación de \$10.496.415.00 , pero con la misma tasa de reemplazo de 74.52%, sin incrementarla al 80% conforme fue solicitado.

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones al contestar la demanda aceptó la fecha de nacimiento del actor, la fecha desde la cual cumplió los requisitos para el derecho a su pensión de vejez, la fecha en que elevó solicitud de reconocimiento y aquella en la cual comenzó a pagarle la pensión de vejez. Igualmente aceptó que reconoció la pensión de vejez con base en 2.226 semanas y que la reliquidó mediante acto administrativo de 18 de abril de 2023. En ese sentido, controvirtió los demás hechos de la demanda, argumentando básicamente que el reconocimiento pensional y su reliquidación se hicieron bajo los parámetros de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones de la Ley 797 de 2003.

Seguidamente, se opuso a las pretensiones de la demanda, y propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, innominada y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, a través de Sentencia No. 133 del 11 de julio de 2023, ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADOS los medios exceptivos propuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, a reconocer y pagar al señor Luis Felipe Pinzón Vásquez, de condiciones civiles reconocidas en el proceso, la suma de \$33.379.464, correspondiente al retroactivo de las diferencias de las mesadas pensionales causadas entre el 1 de enero de 2021 al 30 de julio de 2023.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, a pagar al señor Luis Felipe Pinzón Vásquez, de condiciones civiles reconocidas en el proceso, como nueva mesada pensional para el año 2023, la suma de \$10.672.347, con base a 13 mesadas anuales y la cual deberá reajustarse anualmente conforme al IPC de cada año.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, a pagar al señor Luis Felipe Pinzón Vásquez, de condiciones civiles reconocidas en el proceso, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el retroactivo causado y el que se llegare a causar, a partir del 10 de abril de 2023 y hasta el momento efectivo del pago.

QUINTO: AUTORIZAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, para que del retroactivo a pagar descuenta el valor correspondiente a las cotizaciones en salud.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada y en favor del demandante, las cuales se liquidarán en los términos de los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso. En concordancia con el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016. Por tratarse de prestaciones periódicas, se señalan como agencias en derecho el equivalente al 7% de los valores objeto de condena por concepto de retroactivo de las diferencias pensionales.

SÉPTIMO: De no ser apelada la presente sentencia, REMITIR el presente proceso para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, a

efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta respecto de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, y por secretaría se ordena dar cumplimiento a los demás ítems [sic] establecidos en el inciso final del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo.”.

Decisión a la que llegó la *a quo*, tras argumentar principalmente y en síntesis que:

“Se procedió a realizar la liquidación, conforme lo enseñan los preceptos señalados en el marco normativo y jurisprudencial, (...) al respecto se debe manifestar, que al realizar el conteo por esa judicatura, al relacionarlo con el realizado por la pasiva, tanto en el reconocimiento pensional de primera oportunidad, como en la reliquidación pensional efectuada con posterioridad, (...) al realizar la revisión de rigor, se observaron valor superiores en las cuentas realizadas por el juzgado, (...) por lo que serán las cuentas efectuadas por el despacho las que se le apliquen en el caso estudiado.

En lo que atiende al ingreso base de liquidación, se aplicará el más favorable según la tabla que se anexara al acta que se levanta después de la emisión de esta sentencia, lo es calculado con el promedio de cotización efectuado, durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, el cual asciende la suma de \$11.165.660, con respecto a la tasa de reemplazo, se tiene el calculado por el ingreso base de liquidación de toda la vida laboral se obtiene un 89.69%, y la calculada con los últimos 10 años se obtuvo un 87.94%, y en consecuencia (...) el demandante tiene derecho a que se le aplique el ingreso base de liquidación con el IBL más favorable y una tasa de reemplazo del 80%, lo que arroja como mesada pensional para el año 2021 la suma de \$8.932.528 pesos, suma superior a la calculada por la entidad pública, (...).”.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La entidad demandada Colpensiones presentó recurso de apelación en el que alegó básicamente y en síntesis que:

“Me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia dictada, toda vez que Colpensiones, ha obrado de buena fe, y dentro del parámetro de legalidad, frente a las solicitudes enervadas por la parte demandante, esto es, el reconocimiento pensional de vejez, y la reliquidación de la misma, toda vez que Colpensiones reconoció la reliquidación de la pensión de vejez, por ello, solicito a la sala laboral del tribunal superior de Cali, se revoque los numerales que no tuvieron por probadas las excepciones propuestas, en lo que tiene que ver con la reliquidación ordenada por el despacho, en lo referente a los intereses moratorios, y así mismo, frente a las costas procesales.

Ello pues teniendo en cuenta, que de acuerdo a lo establecido por la Corte Constitucional, en el reconocimiento del pago de intereses moratorios, es preciso manifestar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indicó que a partir del 1 de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, de que trata esta ley, la entidad correspondiente, reconocerá y pagará al pensionado además, de la obligación a cargo el importe sobre ella a la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento en que se efectuó el pago, por lo tanto esos intereses moratorios para su reconocimiento, es necesario que concurren dos requisitos, a saber, el primero que exista un pensión legalmente reconocida, y que la administradora encargada haya incurrido en mora injustificada, en el no pago de la mesada pensional, y en el presente proceso no se comprobó que Colpensiones haya retardado el pago de la mesada pensional.

Sino el pago de una diferencias, que generan el retroactivo que hoy reconoce el despacho, al respecto es importante indicar que para que ello proceda, se debe determinar la viabilidad del pago de los intereses o no, debatir si esta mora, frente al reconocimiento de la pensión se debió o no a la buena o mala fe de la entidad administradora, debe resaltarse, que la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral, ha sido reiterativa en expresar que esta clase de intereses no tiene efectos sancionatorios sino resarcitorios, es decir buscan paliar los efectos adversos que tiene la economía del beneficiario de la prestación económica, el no haberse reconocido oportunamente, la misma, y tenemos en este proceso, que la pensión sí fue reconocida, e inclusive accedió a reconocer la reliquidación, pensional.

Indica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, exponiendo que las entidades encargadas del reconocimiento pensional, están obligados a reconocer interés por mora a los pensionados, (...) por lo que la moratoria se causa por el sólo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, situación que no ha ocurrido dentro del presente proceso, sino que se generaron para el despacho el reconocimiento de mesadas pensionales, reiterando en este sentido, que la causación de dichos intereses a partir de la expiración del plazo de los 6 meses para hacer efectivo el ingreso a nómina y el pago de las mesadas pensionales (...)"

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 9 de agosto de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión. En el término respectivo, la Administradora Colpensiones de Pensiones presentó alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Estando dentro de la oportunidad procesal la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** indicó que reliquidó la mesada pensional conforme a la Resolución SUB 99582 de 18 de abril de 2023 y, por ende, no debe condenarse al pago de intereses moratorios, debido a que no existió mora injustificada.

La parte demandante guardó silencio.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias CSJ STL8131-2017, CSJ STL47158-2017 y CC C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtirte obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa a Colpensiones, entidad de la cual la Nación es garante.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) al demandante le fue reconocido derecho pensional de vejez inicialmente a partir del 01 de enero de 2021 en cuantía inicial de \$7.932.665.00, con un IBL de \$10.626.477.00 y una tasa de reemplazo del 74.65%, (ii) que su derecho pensional le fue reconocido bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones del artículo 9º Ley 797 de 2003, (iii) que posteriormente la demandada la reliquidó a partir del 01 de enero de 2021, en

cuantía de \$7.821.928, con un ingreso base de liquidación a \$10.496.415 y una tasa de reemplazo en 74.52%.

En ese contexto, a fin de resolver tanto el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada y en igual medida el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el actor tiene derecho o no a que se le reliquide su mesada pensional aplicando una tasa de reemplazo del 80% y (ii) en caso afirmativo, si procede la condena a intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las sumas que se encuentren adeudadas.

Para los fines dispuestos, es del caso iniciar por calcular el Índice Base de Liquidación- IBL, a fin de determinar al que tiene derecho el actor, para lo cual tenemos entonces que mediante resolución No. SUB99582 de 2023, la entidad demandada Colpensiones reliquidó el derecho pensional del actor, teniendo como IBL la suma de \$10.496.415.

Por su parte el despacho de primera instancia al momento de proferir la sentencia estudiada, realizó los respectivos cálculos, arrojándole al juzgado de primer grado, un IBL de \$11.165.660, aplicando en estos aspectos el correspondiente al promedio de los 10 últimos años de cotización, por ser más favorable, con una tasa de reemplazo del 80%, por lo que le dispuso una mesada pensional para el 01 de enero de 2021 de \$8.932.528.

Se debe decir entonces, que al ser revisados por esta instancia judicial, los cálculos antes mencionados y realizados por el juez de primera instancia, se evidencian algunas inconsistencias, como lo son, que al tomar el IBC de del mes de agosto de 2017, estipuló que el mismo era de \$1.668.740, cuando el realmente devengado por el actor para dicho período fue de \$16.687.400, e igualmente sucedió con el mes de febrero de 2020 cuando tomó un IBC de \$83.550.163, y el realmente devengado por el actor fue de \$8.355.013.

Ahora bien, identificados los errores consignados por el despacho de primer grado en la liquidación del cálculo del IBL, procedió esta colegiatura a realizar el cálculo nuevamente, obteniendo entonces un IBL de \$10.495.762, sin embargo, en estos sentidos no se puede pasar por alto, que al menos en estos aspectos, le es más favorable al actor, el ya liquidado y reconocido por la entidad demandada a través de resolución SUB-99582 de 2023 por valor de \$10.496.415, por lo que al ser más favorable el reconocido por la entidad demandada, se debe mantener este último.

Seguidamente y aclarado lo anterior, se debe proceder entonces a establecer si el cálculo de la tasa de reemplazo aplicada por el juez de primer grado en el pronunciamiento objeto de estudio, se encuentra ajustado a la realidad, para lo cual, debe traerse a colación lo consagrado en el artículo 34 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la ley 797 de 2003, el cual en lo pertinente estipula:

“A partir del 1° de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.”.

Por consiguiente, atendiendo la norma citada, tenemos entonces que si el IBL es de \$10.496.415, al dividirlo por el salario mínimo del año 2020, obtenemos un resultado de 11.55, el cual se debe multiplicar por 0.50 arrojando entonces el valor de 5.77, por lo que a la constante de 65.50 se le debe restar entonces el valor obtenido de 5.77, arrojando una tasa de reemplazo inicial del 59.73%.

Al respecto, también se debe manifestar, que la mentada norma además establece que:

“por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.”.

De lo cual, tenemos entonces que si el actor cotizó 2.223 semanas en su vida laboral, es decir 923 más que las mínimas requeridas por la norma, dichas semanas adicionales al realizar los cálculos, dan viabilidad al incremento de la tasa de reemplazo estudiada en un 28%, de lo que se obtendría un tasa entonces del 87,73%, la cual claramente excedería el límite del 80% también dispuesto en la norma ya citada. Por tal razón debe concluir esta colegiatura, que efectivamente la tasa de reemplazo a la que en realidad tiene derecho el actor es la del 80%, tal y como lo determinó el juez de primera instancia en su pronunciamiento.

Tal criterio ha sido respaldado por la jurisprudencia especializada, resaltándose lo dispuesto en sentencia CSJ SL 3501-2022, al precisar:

“Así las cosas, los afiliados que obtienen una tasa de reemplazo inicial inferior al 65% pueden incrementar el porcentaje con semanas adicionales a las mínimas requeridas, hasta llegar al monto máximo del 80% del ingreso base de liquidación, pues, de lo contrario, la norma no surtiría ningún efecto, ya que con sólo 500 semanas adicionales no se alcanza el monto del 80% del ingreso base de liquidación, que es el máximo que permite la norma.

Por otro lado, nótese que el incremento de la tasa de reemplazo en un 1.5% del ingreso base de liquidación, por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, corresponde a una forma de estimular el trabajo productivo, como valor fundante del Estado Social de Derecho (...).”.

Ante tal criterio hermenéutico, entonces, es factible tener en cuenta todas las

semanas efectivamente aportadas al RPMPD para el cálculo de la tasa de reemplazo, pues se cumpliría el objeto de la norma, que no es otro que acrecentar el porcentaje de la tasa de reemplazo hasta un 80%.

Así las cosas, le asiste razón al demandante en cuanto a que tiene derecho a una tasa de reemplazo superior a la definida por Colpensiones en sede administrativa, de acuerdo con lo establecido en primera instancia y lo discernido en el presente pronunciamiento. Sin embargo, se aclara que el IBL calculado por la primera instancia, sí debe ser modificado por esta instancia judicial, en virtud de las inconsistencias antes anotadas y advertidas y además, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se estudia a favor de la entidad demandada.

Por lo tanto y a manera de conclusión, tenemos que de acuerdo con lo discernido en líneas anteriores, se dispuso tener como IBL el ya reconocido por la entidad demandada de \$10.496.415, sobre el cual, al aplicarle la tasa de reemplazo del 80%, nos arrojaría una mesada pensional inicial al 01 de enero de 2021, de \$8.397.132, y una mesada actualizada para el año 2023 de \$10.032.672,42.

En virtud de todo lo manifestado se procederá a realizar el cálculo del retroactivo de diferencias pensionales adeudadas al actor desde el 1 de enero de 2021 al 31 de julio de 2023, lo que arroja la suma de \$15.766.749,56., de acuerdo a la siguiente liquidación:

AÑO	IPC	LIQUIDADA COLPENSIONES	LIQUIDACIÓN REAL	DIFERENCIA	NO. MESADAS	TOTAL
2021	0,0562	7.947.861,00	8.397.132,00	449.271,00	13	5.840.523,00
2022	0,1312	8.394.531,00	8.869.051,82	474.520,82	13	6.168.770,64
2023		9.495.893,00	10.032.672,42	536.779,42	7	3.757.455,92
TOTAL						15.766.749,56

Seguidamente, se tiene que la parte demandada recurre la decisión emitida en primera instancia, argumentando que desde su perspectiva dicha entidad no

debe ser condenada a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ni a las costas procesales de primera instancia, argumentado para tal fin, que dicha entidad nunca retrasó el pago de las mesadas pensionales del actor, y que inclusive efectuó reliquidación de su derecho pensional.

Frente a lo expuesto, debe manifestar esta Sala, que para nada se pueden compartir los argumentos esbozados por la parte demandada en estos sentidos, en tanto que al revisar y estudiar el presente proceso, se constató no sólo que el actor en virtud de la ley tenía derecho a la reliquidación pensional reclamada ante dicha entidad, reliquidación pensional que al ser solicitada ante la entidad administradora de pensiones, trajo como consecuencia para el actor la merma en su derecho pensional reconocido, pasando de una pensión inicial reconocida a través de resolución No. SUB 50332 del 24/02/2021, con un IBL de \$10.626.477 y tasa de reemplazo del 74.65% para una mesada de \$7.932.665, para posteriormente en la supuesta reliquidación pregonada por la apoderada judicial de la parte demandada en el recurso de alzada, a través de resolución No. SUB 99582 del 18/04/2023, disminuir el derecho pensional del actor a un IBL de \$10.496.415 con una tasa de reemplazo del 74.52%, para una mesada de \$7.821.928.

Aspectos los anteriores que claramente dan plena viabilidad a la condena de intereses moratorios impuesta en el pronunciamiento de primera instancia, al igual que la condena en costas impuesta a la entidad demandada, sin que de ninguna forma, se brinden ni en el proceso estudiado, ni en el recurso de alzada presentado por la parte demandada, argumentos jurídicos que realmente lleven a justificar su exoneración de los ya mentados emolumentos a los que se condenó en el pronunciamiento de primer grado.

Por último y en lo atinente al medio exceptivo de prescripción, presentado por la parte demandada, y que debe ser estudiado en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se habrá de manifestar al respecto, que al actor le fue recocido su

derecho pensional a través de resolución No. SUB 50332 del 24/02/2021, posteriormente el día 09 de diciembre de 2022, presenta reclamación administrativa ante la entidad demandada, solicitando la reliquidación aquí estudiada, reclamación que fuere resuelta a través de resolución No. SUB 99582 del 18/04/2023, y presentando posteriormente el actor la demanda ante la justicia ordinaria el día 24 de mayo de 2023, por lo que concluye esta colegiatura como lo hizo la *a quo*, que entre el reconocimiento pensional inicial, la reclamación y la presentación de la demanda, no transcurrió el término trienal prescriptivo de que tratan los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo, por lo que las diferencias pensionales reconocidas, no se alcanzaron a ver afectadas por el fenómeno prescriptivo alegado por la pasiva, debiéndose confirmar también la decisión de primera instancia en estos aspectos.

Por las consideraciones expuestas, se habrán de modificar los numerales Segundo y Tercero de la sentencia recurrida y consultada, en atención y en los términos dispuestos en el presente pronunciamiento, y se confirmará en todo lo demás.

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: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 133 del 11 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de

Cali, el cual quedará así:

“SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, a reconocer y pagar al señor Luis Felipe Pinzón Vásquez, de condiciones civiles reconocidas en el proceso, la suma de \$15.766.749,56, correspondiente al retroactivo de diferencias en mesadas pensionales causadas entre el 1 de enero de 2021 al 31 de julio de 2023”.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la Sentencia No. 133 del 11 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, el cual quedará así:

*“**TERCERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones a pagar al señor Luis Felipe Pinzón Vásquez, de condiciones civiles reconocidas en el proceso, como nueva mesada pensional para el año 2023, la suma de \$10.032.672,42; en razón de 13 mesadas anuales y la cual deberá reajustarse anualmente conforme al IPC de cada año”.*

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

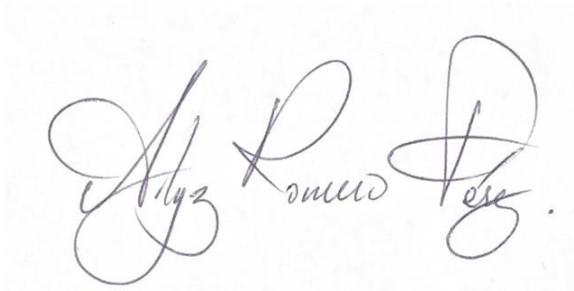
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**, apelante infructuoso, y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1.500.000 a cargo de la demandada. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

QUINTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada



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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Gloria Cecilia Benítez Rivas
Accionado	Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones
Radicado	76001310501920220039601

Sentencia N°. 17

Aprobada mediante acta No.17

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y del recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR S.A.** contra la sentencia de 12 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **GLORIA CECILIA BENÍTEZ RIVAS** contra la recurrente y **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A. por fraude, y en consecuencia de lo anterior, se ordene el regreso automático al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones; que se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de

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

ahorro individual con todos los rendimientos; el pago de las costas y agencias en derecho y el reconocimiento de derechos con base en las facultades *ultra y extra petita*.

Como hechos, refirió que nació el 1 de diciembre de 1964; que realizó aportes desde el 25 de enero de 1989 hasta el 01 de abril de 1989 en el extinto I.S.S. hoy Colpensiones; que en el mes de diciembre 2017 se acercó a una oficina de Colpensiones donde le informaron que no aparecía afiliada al RPMPD, pues se había trasladado al RAIS administrado por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A.

Aseguró que nunca suscribió formulario o solicitud de traslado a otro fondo de pensiones distinto a Colpensiones; que el 16 de junio de 2011, diligenció formulario de vinculación o actualización al Sistema General de Pensiones ante el I.S.S. y en mayo de 2012 se dio cuenta por el desprendible de pago de su nómina que sus aportes pensionales se hacían a favor de BBVA Horizonte, hoy Porvenir; que solicitó a este último le aclarara la situación, toda vez que, nunca suscribió afiliación a dicha entidad.

Agregó que el 07 de junio de 2012 y 2 de enero de 2018 la AFP le informó que la afiliación a su nombre fue anulada por *“ilícito/falsedad/fraude”* y que los pagos efectuados por error por su empleador fueron girados a Colpensiones, por proceso de no vinculados; que el 27 de enero de 2021 pidió a esta última corregir la multivinculación que figura en el RUAF quien le señaló que *“la anulación ejecutada por parte de la AFP PORVENIR no es válida para COLPENSIONES, lo anterior teniendo en cuenta que dicha anulación puede ser declarada por la autoridad judicial competente. Así las cosas, es necesario que tenga en cuenta que podrá solicitar la anulación del traslado efectuado hacia la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES AFP PORVENIR y su retorno al Régimen de Prima Media Colpensiones.”*

Señaló que insistió ante Porvenir S.A. en el mes de mayo de 2021 para que

regulara la información asociada a su afiliación, quien le informó que su cuenta de ahorro pensional estaba anulada por fraude; no obstante, de acuerdo con el certificado expedido por Colpensiones el 27 de mayo de 2022 y la Historia Laboral de 28 de abril del mismo año sigue figurando como trasladada al RAIS, de manera que desde el 2014 no tiene un fondo de pensiones al cual realizar aportes.

Ante tal escenario interpuso acción de tutela, que el Juzgado Once Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali declaró improcedente, por ser un tema que debe resolverse en un proceso ordinario, por parte de un juez laboral.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Colpensiones aceptó la edad de la accionante, su afiliación al RPMPD y las cotizaciones hechas a dicho régimen, la petición hecha a Colpensiones el 21 de enero de 2021 y su respectiva contestación y el comunicado realizado por Porvenir S.A. con ocasión a solicitud incoada en mayo de 2021, frente a los demás supuestos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

También se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que:

“La señora GLORIA CECILIA BENÍTEZ RIVAS, no demostró en la demanda la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, toda vez que, de permanecer en el Fondo Privado, conserva su posibilidad pensional, pues podría acceder al reconocimiento y pago de una Prestación Económica por Vejez. De igual forma tampoco se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual como se alega en la demanda, además para el momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su Historia Laboral hasta esa fecha.”

En su defensa, propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe, compensación, genérica e inoponibilidad por ser un tercero de buena fe.

Porvenir S.A. no se opuso a las pretensiones formuladas, porque *“desde el año 2011 anuló la vigencia de la cuenta de ahorro individual de la señora GLORIA CECILIA BENÍTEZ RIVAS y para dicha data trasladó los valores en ella contenidos”*. Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento y edad de la demandante, los relativos a las peticiones de 02 de enero de 2018, 27 de enero de 2021 -efectuadas ante Colpensiones- y la de mayo de 2021, y que desde el 2014 la accionante no tiene un fondo de pensiones. Frente a los demás indicó que no eran ciertos o no le constaban y propuso las excepciones de buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, no condena en costas para Porvenir, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia de 12 de julio de 2023, ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la COLPENSIONES EICE y PORVENIR S.A., frente a las Pretensiones encaminadas a la Ineficacia del Traslado

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de Gloria Cecilia Benítez Rivas acaecido el 19 de enero de 1996 retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por COLPENSIONES EICE, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. si aún no lo ha hecho, que en el término de treinta (30) días a partir de la notificación de esta providencia proceda a transferir a la COLPENSIONES, los valores correspondientes a la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que reposen en sus registros, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración, siempre y cuando se hayan generado

previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, junto con los aportes que por error se hayan efectuado a esa entidad, todo con cargo al patrimonio propio de la AFP Porvenir S.A., este último por todo el tiempo que estuvo afiliada la actora al RAIS.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES EICE que reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de Gloria Cecilia Benítez Rivas, siempre que se cumple las condiciones referentes al traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, referidas en el numeral anterior, y que en el término no mayor a quince días (15) expida una historia laboral actualizada y sin inconsistencias en la que reposen las cotizaciones efectuadas al RAIS como las cotizadas a RPM siempre que se hayan aportado en debida forma por parte del empleador o por parte de la trabajador.

QUINTO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, fijando la suma equivalente a 1 salario mínimo legal vigente como agencias en derecho, valor que las demandadas tendrán que pagar por partes iguales y a favor de la demandante.

SEXTO: ORDENAR, la compulsa de copias ante la Fiscalía General de la Nación con el fin de que el ente acusador investigue quién pudo haber cometido la falsificación de afiliación que ilegalmente se hizo a favor de la demandante en Porvenir S.A., para lo cual se deberá tener en cuenta lo que informó esa entidad a este juzgado a través de la contestación de la demanda. Por secretaría, hágase el correspondiente oficio.

SÉPTIMO: De no ser apelada esta sentencia, envíese ante el superior funcional de este juzgado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, en tanto que la sentencia de primera instancia impuso una condena que afecta sus intereses.”

Lo anterior, tras resaltar que “es claro para este Despacho que se encuentra acreditada la falsedad del documento de afiliación en el cual se soporta el acto de vinculación al RAIS, puesto que esa misma entidad ha reconocido tal situación, concluyendo así que no existió una decisión libre, voluntaria y espontánea por parte de la afiliada para haberse traslado al RAIS en virtud de lo establecido en la Ley 100 de 1993 y en el Estatuto Financiero.”

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A. presentó recurso de apelación y pidió se tenga en cuenta que la entidad se allanó a las pretensiones de la demanda, pues se confirmó una

falsedad o un vicio en la vinculación de la actora y por ello, ya se realizaron los trámites interadministrativos para que la accionante se encuentre afiliada a Colpensiones sin imponerle ningún tipo de carga. Agregó que no se explica por qué Colpensiones no acepta la vinculación de la accionante e impone requisitos para validarla, cuando se evidencia en el historial de vinculaciones que la demandante se encuentra afiliada a dicha entidad.

Que se realizó el traslado de los aportes, rendimientos y lo descontado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima; sin embargo respecto de los gastos de administración indicó que son cobrados por autorización expresa de la Ley 100 de 1993 tanto en el RAIS como en el RPM, que pese a que hubo una falsificación en la afiliación, por la gestión realizada por la AFP se devolvieron rendimientos por valores superiores a los gastos de administración, asimismo, frente a las sumas de la aseguradora, estas ya fueron utilizadas para cubrir cualquier eventualidad o contingencia que se pudiera presentar durante el tiempo de la vinculación con Porvenir S.A.; que el retorno de dichos valores significaría un enriquecimiento sin justa causa a cargo de Colpensiones, quienes ya recibieron los rendimientos. Finalmente, frente a las costas del proceso, señaló que la entidad se allanó a las pretensiones por lo que tal condena no debe imponerse.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 25 de agosto de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Estando dentro de la oportunidad procesal la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** manifestó que la demandante no puede trasladarse de régimen de pensiones pues se encuentra incurso dentro de la prohibición de traslado, que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, cumpliendo los requisitos legales

y no demostró vicios del consentimiento.

Finalmente aludió a la inoponibilidad de la ineficacia del traslado ante Colpensiones, pues es un tercero de buena fe y finalmente que se absuelva del pago de costas procesales.

La demandante **Gloria Cecilia Benítez Rivas** se ratificó en los hechos expuestos en la demanda y solicitó que sea confirmada la sentencia por falta de cumplimiento al deber de información.

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 CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtirte obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) la demandante se afilió al ISS hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 25 de enero de 1989², (ii) el 19 de enero de 1996 de manera fraudulenta fue trasladada al fondo de pensiones BBVA Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.³

² Hoja 50 Documento digital 2

³ Hoja 40 y 64 Documento digital 14

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si existió afiliación al RAIS y en caso negativo, (ii) qué efectos tendría esa declaratoria y (iii) si procede condena en costas contra Porvenir S.A.

En el caso bajo estudio, se advierte que no hay duda sobre la invalidez del formulario de afiliación al RAIS, pues es un hecho aceptado por Porvenir S.A. que la actora nunca estuvo vinculada a ese fondo. En su contestación explicó:

“la cuenta [de la demandante] fue anulada por causal de ANULADA POR ILÍCITO/FALSEDAD]/FRAUDE, y esta razón hizo que trasladara con destino a COLPENSIONES, todos los aportes a pensión que en su momento fueron realizados a su nombre, y así lo demuestra el informe de rezagos, en cuanto a lo que indica COLPENSIONES, mi representada lo desconoce y es dicha entidad quien debe probar su actuar con la documental idónea que así lo permita establecer (...)”

Agregó que la vinculación al RAIS nunca se dio, tal como *“se observa en la página del Sistema de Información de Afiliados a los Fondos de pensiones y Cesantías (SIAFP) adjunto al presente, su vinculación con COLPENSIONES es efectiva anulando en todo caso la efectuada con HORIZONTE, por lo que la vigencia con esa AFP a la luz de este certificado nunca nació a la vida jurídica”* e hizo énfasis en que tras esclarecerse la situación trasladó *“con destino al extinto ISS hoy COLPENSIONES los valores que en ella estaban contenidos, por lo que salta a la vista el hecho de que mi representada fue diligente en los trámites interadministrativos para que su vinculación fuera válida con dicha entidad [Colpensiones] desde hace más de 12 años”*.

Es de resaltar que si bien Colpensiones admite que el traslado al RAIS fue invalidado, considera que no le es oponible porque *“se ejecutó por parte de dicha entidad de manera inconsulta a COLPENSIONES”* y muy a pesar de reconocer las discordancias que se presentan en los registros asevera que *“presenta inconsistencias en su estado de afiliación, pues en las bases de COLPENSIONES su estado de afiliación es TRASLADADO y en el aplicativo SIAFP, se encuentra vinculado a COLPENSIONES”*.

Pues bien, sobre el particular debe resaltarse que se encuentra probado en el expediente, que la señora Gloria Cecilia Benítez Rivas, nunca se afilió al RAIS administrado por BBVA Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., tan es así, que se advierte en el reporte SIAFP de Asofondos⁴, como vinculación vigente la efectuada a Colpensiones (con fecha de solicitud posterior a las cotizaciones efectuadas al RPMPD), así:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 3:52:57 PM
Afiliado: CC 31934197 GLORIA CECILIA BENITEZ RIVAS [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 31934197

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1996-01-19	2011/03/24	COLPENSIONES			1996-01-19	

Un ítem encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 31934197

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1996-01-19	1996-06-13	01	AFILIACION	HORIZONTE	

Un ítem encontrado.
1

Tal información la corroboran tanto la demandante como Porvenir S.A. quienes concuerdan en que la afiliación al RAIS nunca existió, ni nació a la vida jurídica, pues la que se registró en aquel entonces resultó espuria por la presunta suplantación que sufrió la afiliada; tan así que el 25 de abril de 2011, mediante proceso de no vinculados, Porvenir trasladó los aportes realizados erróneamente ante dicha AFP con destino al ISS y en favor de la actora, los cuales se registraron como rezagos (folio 41, archivo 14, C-1), de manera que debe la Sala concluir que la afiliación al RAIS no fue suscrita por la accionante, por tanto no existió y la actora siempre ha estado vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Y es que es esta la consecuencia prevista para los actos que carecen de las formalidades de ley, según lo dispuesto en el artículo 898 Código de Comercio:

⁴ Hoja 66 Documento digital 14

ARTÍCULO 898. <RATIFICACIÓN EXPRESA E INEXISTENCIA>. *La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa.*

Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.

Igualmente, sobre estos casos particulares, conviene tener presente lo descrito en el artículo 5° del Decreto 3995 de 2008, que a la letra estableció:

“Artículo 5°. Cotizaciones erróneas, aportes sin vinculación, afiliaciones simultáneas, compartibilidad pensional. En aquellos casos en que el traslado de Régimen Pensional se haya efectuado atendiendo el término de permanencia mínima pero no se hayan hecho cotizaciones a la entidad seleccionada, por una única vez, para aquellas situaciones presentadas hasta 31 de diciembre de 2007, la persona se entenderá vinculada a la administradora a la cual ha realizado las cotizaciones.

Por otra parte, salvo las situaciones planteadas en el inciso anterior, cuando se realicen cotizaciones a cualquier administradora distinta de la seleccionada válidamente por el afiliado, se debe proceder a regularizar la situación, trasladando las cotizaciones y la información a la administradora seleccionada válidamente y a la cual se encuentra vinculado el afiliado, atendiendo el artículo 10 del Decreto 1161 de 1994. (Subrayado fuera del texto)

(...)”

A su turno el artículo 10 del Decreto 1161 de 1994 dispuso:

Artículo 10. Consignaciones de personas no vinculadas. *Cuando se reciban cotizaciones de personas que no aparezcan vinculadas a la respectiva administradora o fondo de pensiones, las administradoras, inmediatamente detecten el hecho y en todo caso dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la recepción, abonarán las sumas respectivas en una cuenta especial de cotizaciones de no vinculados.*

Así mismo, las administradoras deberán requerir a la persona que haya efectuado la consignación, con el objeto de determinar el motivo de la misma. Si la consignación obedeciere a un error, los dineros serán devueltos a la persona que la efectuó.

Cuando las cotizaciones se hubieran entregado a una administradora del Régimen de Prima Media y correspondieren a una persona vinculada a otra administradora o a un fondo de pensiones, las mismas, previas las deducciones a que haya lugar, deberán ser trasladadas dentro de los cinco (5) días hábiles inmediatamente siguientes a aquel en el cual se conozca el nombre del destinatario correcto de aquellas. Si las cotizaciones se hubieran efectuado a un Fondo de Pensiones, la devolución de los dineros deberá

efectuarse dentro del término señalado, junto con sus valorizaciones, a que se hace referencia en los incisos anteriores del presente artículo. (Subrayado fuera del texto)

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el Decreto 903 de 1994.

Parágrafo. En los eventos en los que de conformidad con lo previsto en el presente artículo, hubiere lugar a devolver o trasladar las sumas recibidas, la respectiva administradora estará facultada para descontar, a título de gestión de administración, una suma no superior a la comisión que se cobre a quienes se encuentren cesantes, de conformidad con lo que al efecto determine la Superintendencia Bancaria.

Así las cosas, teniendo en cuenta las pruebas documentales adosadas al plenario, en especial el formulario de afiliación fraudulento a Porvenir S.A. (Hoja 40 documento digital 14), detalle de aportes rezagos girados en el proceso no vinculados a otra AFP periodos marzo de 2004 a junio de 2011 (Hoja 41 a 46, documento digital 14), relación histórica de movimientos Porvenir S.A. (Hoja 47 documento digital 14), la relación de aportes con estado anulado (Hoja 50 documento digital 14), la solicitud efectuada el 02 de enero de 2018 a Porvenir S.A. y su respuesta (Hojas 64 y 72 documento digital 14), el historial de vinculaciones SIAFP (Hoja 66 documento digital 14) y el historia laboral de Colpensiones (Hoja 50 documento digital 2), pruebas documentales a las que se le reconoce pleno valor probatorio y cuyo contenido ratifica la demandante en su interrogatorio de parte en el que señaló desconocer las circunstancias del supuesto traslado a Porvenir S.A. (Min. 08:09 Documento digital 22), se colige que la vinculación de la accionante al RAIS nunca existió y que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones, sin solución de continuidad.

Así las cosas, aunque la Sala llega a la misma conclusión del *a quo*, en cuanto a que se debe activar la afiliación de la demandante en el RPMPPD, ello no obedece a la ineficacia del traslado o a la omisión de un deber de información de parte de la AFP, como erróneamente lo determinó la primera instancia, sino a una falsedad o suplantación, por lo que el acto se reputa inexistente, ya que la demandante nunca suscribió formulario de afiliación y, por ende, nunca estuvo vinculada al RAIS, como en efecto lo explicó Porvenir S.A.

En consecuencia, se debe revocar el numeral 1º de la sentencia de primer grado, para en su lugar declarar inexistente la presunta afiliación de la demandante a BBVA Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.

De esta manera, dadas las normas previamente referidas debe decirse que las consecuencias que se siguen no son las de ineficacia del traslado, como equivocadamente lo sostuvo el *a quo*, sino las descritas en los artículos 5º del Decreto 3995 de 2008 y 10 del Decreto 1161 de 1994 para los aportes sin vinculación, normas vigentes para la época de los hechos. Es decir, la AFP deberá proceder a trasladar las cotizaciones recaudadas junto con sus rendimientos a Colpensiones, con derecho a preservar las sumas cobradas por gestión de administración *“la cual no debe superar la comisión que se cobre a quienes se encuentren cesantes, de conformidad con lo que al efecto determine la Superintendencia Bancaria”*, pues así lo dispone expresamente la norma aplicable a la materia, siendo obligatorio para Colpensiones aceptar dicho traslado y proceder a reactivar la afiliación de la actora al RPMPD, de manera inmediata y sin solución de continuidad, reconociendo para esta todos los derechos, garantías y prerrogativas de dicho régimen.

Ahora bien, frente a los demás descuentos que hizo la AFP sobre las cotizaciones efectuadas a favor de la actora, relacionadas a comisiones de cualquier naturaleza, fondo de garantía de pensión mínima y los seguros de previsionales, se tiene que deberá trasladarlos a Colpensiones debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, si aún no lo ha hecho. Esto, porque al no existir afiliación al RAIS, dichas deducciones carecen de sustento legal y por tanto la AFP privada no estaba autorizada a hacer deducciones de los aportes de la accionante, pues el acto jurídico habilitante no acaeció y por ello no es posible cercenar el aporte de la afiliada con base en una afiliación espuria.

De cara a lo anterior, tiene derecho la accionante a conservar indemne su aporte, junto con todos los derechos y garantías del RPMPD, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 1161 de 1994, pues serán utilizados para

la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho la demandante, obligación inexcusable en casos como el *sub judice* donde la demandante fue víctima de acciones fraudulentas en el fondo de pensiones Porvenir S.A. y por tanto no es lógico que deba resultar doblemente perjudicada por situaciones atribuibles a un tercero y que escapan de su voluntad, por lo que no prospera el recurso de apelación en este sentido.

Y es que, si bien en el sistema SIAFP registra que la actora está vinculada a Colpensiones, a lo largo del proceso quedó demostrado que esta rehúsa a readmitirla en el RPMPD, por lo que se torna necesaria la intervención del juez para que tanto Porvenir S.A. como Colpensiones, normalicen la afiliación de la señora Gloria Benítez Rivas, sin afectar su densidad de cotización y sin imponerle cargas adicionales.

Frente a la indexación ordenada en párrafo anterior de comisiones, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima que ilegalmente se dedujeron del aporte, se explica porque la AFP debe asumir la compensación por las pérdidas o por el deterioro del bien, como lo es la pérdida del poder adquisitivo que se suscita por el paso del tiempo. Por tanto, corresponde a la AFP que realizó una afiliación fraudulenta retornar lo cobrado por los anteriores conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues no es factible que el afiliado o Colpensiones asuman los deterioros que tales recursos sufrieron por el paso del tiempo.

Se precisa que la orden anterior no genera detrimento ni desequilibrio económico alguno que agravie a Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, dado que se hará devolución íntegra a dicha entidad de todos los ciclos aportados por la señora Benítez Rivas más sus rendimientos, junto con lo que fue descontado por comisiones, fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales debidamente indexados.

Ahora bien, con respecto a la condena en costas en instancia a cargo

Colpensiones por el grado jurisdiccional de consulta y a Porvenir S.A. por el recurso de apelación interpuesto, es oportuno precisar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el numeral 1.º del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

Colpensiones en la contestación de la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, por lo que fue vencida en juicio y tal como lo establece la norma aplicable ya reseñada.

Por su parte, si bien Porvenir S.A., se allanó a las pretensiones, presentó excepciones de mérito, por lo que resulta vencida en juicio y junto a Colpensiones debe asumir condena en costas, pues tal disposición no establece ninguna excepción; en consecuencia, al cumplirse los presupuestos de la norma, mal haría esta Sala desconocerlos, más aún cuanto estas forman parte integral de la sentencia, pues su imposición nace del ejercicio propio del derecho.

En esta segunda instancia, si bien prosperó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A., se condenará en costas en favor de la parte demandante a dicha entidad por lo no resuelto a su favor, se fijan como agencias en derecho a su cargo la suma de quinientos mil pesos mcte (\$500.000).

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

Por tanto, se revocará parcialmente la sentencia de primer nivel, por las razones expuestas en precedencia.

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: REVOCAR el numeral 1º de la sentencia de 12 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar **DECLARAR** la inexistencia de la presunta afiliación de la señora Gloria Benítez Rivas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral 3º de la sentencia anotada el cual quedará así:

“**CONDENAR a PORVENIR S.A.** a devolver en los 30 días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, los valores correspondientes a comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de la AFP y por todo el tiempo que la actora estuvo presuntamente vinculada a la misma y sobre los aportes recibidos por error, salvo los gastos de administración que no deben superar la comisión que se cobre a quienes se encuentren cesantes, de conformidad con lo que al efecto determine la Superintendencia Bancaria. Todos los conceptos a reintegrar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique”.

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

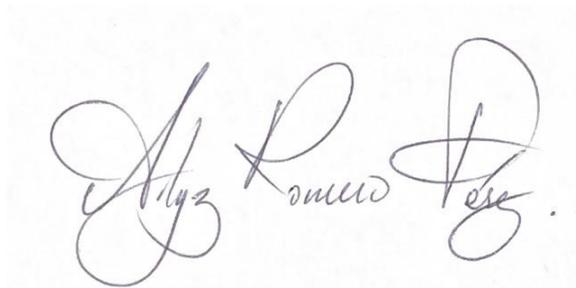
QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. apelante parcialmente infructuoso y a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma quinientos mil pesos mcte (\$500.000) a su cargo.

SEXTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mónica Teresa Hidalgo Oviedo', is centered on a light gray background.

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara Voto



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carmen Genit Rodríguez Angulo
Accionado	Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.
Radicado	760013105020220028301

Sentencia N°. 29

Aprobada mediante acta No.29

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y de los recursos de apelación interpuestos por **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** contra la sentencia que el 21 de julio de 2023 profirió el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **CARMEN GENIT RODRÍGUEZ ANGULO** contra las recurrentes.

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare la ineficacia del traslado realizado el 13 de agosto de 2002 del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A., antes BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, en consecuencia se declare que para efectos pensionales continúa afiliada al RPMPD, y que se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los valores obrantes en su cuenta de

¹ La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC, 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

ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus rendimientos, frutos e intereses que se hubieren causado, así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y lo correspondiente a los bonos pensionales, en caso de haber sido redimidos los mismos. Por último, solicita la aplicación de facultades ultra y extra *petita*, el pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos, refirió que nació el 11 de septiembre de 1969; que se afilió al I.S.S. hoy Colpensiones desde 1990, realizando cotizaciones hasta febrero de 1991; que el 13 de agosto de 2002 se trasladó del RPMPD al RAIS con BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., por ofrecimientos extraordinarios y errados que le hiciera un asesor de dicha entidad sobre los beneficios del RAIS; que luego se vinculó a Colfondos S.A. y posteriormente regresó a Porvenir S.A.; que al momento del traslado de régimen no recibió asesoría e información transparente, completa, veraz y suficiente sobre las diferencias entre uno y otro régimen, los beneficios, ventajas e implicaciones de su decisión; tampoco sobre el capital necesario para poder pensionarse, tampoco que con parte de su aporte debía pagar seguros, gastos de administración y Fondo de Garantía de Pensión Mínima; que no se le asesoró sobre su derecho a un bono pensional y la posibilidad de negociarlo para anticipar su pensión y mucho menos que su pensión se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta del afiliado y de sus beneficiarios.

Agregó que contrató un servicio de cálculo actuarial para examinar los diferentes escenarios pensionales en el RAIS y en el RPMPD y se pudo percatar que de haber permanecido en Colpensiones su mesada pensional sería considerablemente mayor a la que obtendría en Porvenir S.A., razón por la cual el 3 y el 25 de mayo de 2022 solicitó a Porvenir S.A. y a Colpensiones, respectivamente, que dejaran sin efecto su afiliación al RAIS y le permitieran retornar al RPMPD, peticiones que fueron resueltas negativamente por las accionadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Colpensiones adujo como ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación en el RPMPD y la solicitud de nuevo traslado presentada a Colpensiones, frente a los demás hechos aseguró que no le constan o que no son ciertos. También se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que *“(...) no existe prueba que pueda demostrar situación de afectación alguna y así como tampoco fundamento legal y jurídico”*. En su defensa, propuso como excepciones las siguientes: falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de vicios en el traslado, buena fe, entre otras.

Colfondos S.A. solo dijo que era cierta la fecha de nacimiento de la demandante y que los demás hechos no le constan. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación, pago, entre otras, y argumentó que no podía demostrarse la indebida información porque *“(...) Colfondos S.A., tiene establecido un procedimiento de capacitación dirigido a los asesores comerciales, el cual consiste en darles todas las herramientas e información necesarias para que entiendan y transmitan la información sobre las características propias del RAIS a los posibles afiliados”*.

Porvenir S.A. contestó que era cierta la edad de la demandante, el estado de su afiliación al RAIS y las solicitudes de permitir su retorno al RPMPD; sobre los demás hechos de la demanda dijo que no eran ciertos o que no le constaban, y se opuso a las pretensiones al considerar que *“(...) la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad y/o ineficacia de la afiliación”*. Finalmente, propuso como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia No.177 del 21 de julio de 2023, ordenó:

“DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DE AFILIACIÓN Y/O TRASLADO DE RÉGIMEN de la señora CARMEN GENIT RODRIGUEZ ANGULO, identificada con C.C. 27.124.185 de Barbacoas Nariño, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, administrado por la AFP PORVENIR, del 13 de agosto del 2002 con fecha de efectividad del 01 de octubre del 2002, y su posterior traslado a la AFP PCOLFONDOS S.A. así como su posterior retorno nuevamente a AFP PORVENIR y, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los recursos de la cuenta de ahorro individual de la señora CARMEN GENIT RODRIGUEZ ANGULO, que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, por ende, se deben trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, toda vez que, estos fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, igualmente los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados y detallados con toda la información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONDENAR A COLFONDOS S.A. a transferir a COLPENSIONES los gastos de administración por el tiempo en que administraron y seguros previsionales de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES, a aceptar el traslado de la señora CARMEN GENIT RODRIGUEZ ANGULO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por dicha entidad.

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

SÉPTIMO: La presente Sentencia, CONSÚLTESE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al tenor de lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007”².

Lo anterior, tras resaltar que los fondos privados incumplieron la carga de la prueba que les concernía, pues, no lograron acreditar con el formulario de afiliación y con los comunicados de prensa aportados en el proceso que hubiesen cumplido su deber de información al momento del traslado de régimen pensional de la demandante, lo que se traduce en la ineficacia y en las condenas por concepto de devoluciones que antes se detallaron.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión se presentó el recurso de alzada por parte de Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A. La primera, adujo que la demandante no logró acreditar la omisión del deber de información y, por ello, el formulario de afiliación demuestra que su elección de régimen fue libre y voluntaria, lo que impide la configuración de la ineficacia de traslado solicitada en la demanda. Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se refirieron exclusivamente a la condena relacionada con devolver los gastos de administración, aduciendo que se trata de obligaciones legales previstas para asegurar la buena gestión de los recursos de los afiliados, por lo que ordenar su devolución se opone al ordenamiento legal y comportaría una carga injustificada para las AFP. En consecuencia, Colpensiones solicitó que se revoque la sentencia en su integridad y los demás recurrentes solicitaron que se revoque, concretamente, la condena referida a gastos de administración.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

² Documento digital No.21

Por medio de auto de 9 de noviembre de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado, **Colfondos S.A.** manifestó que el traslado de la demandante se materializó de forma voluntaria de conformidad con las disposiciones legales vigentes y que elección que quedó plasmada en el formulario de afiliación, por ende, se debe revocar la decisión de instancia.

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

Igualmente, indicó que no se probó vicios en el consentimiento, que la demandante tenía la obligación de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia del régimen pensional y que la necesidad de retornar al RPMPD no obedece a la falta de información sino a una expectativa sobre el monto pensional. Finalmente, manifestó que es improcedente el traslado de los gastos de administración y rendimiento financieros y primas de seguros previsionales.

Las demás partes dentro del proceso guardaron silencio.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los

artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtir obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) la demandante estuvo inicialmente afiliada al I.S.S. hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 11 de julio de 1990 al 01 de febrero de 1991³, (ii) el 13 de agosto de 2002 se trasladó al régimen de ahorro individual RAIS administrado por Porvenir S.A.⁴, (iii) el 05 de septiembre de 2003 se trasladó horizontalmente dentro del RAIS de Porvenir S.A. a Colfondos S.A., y posteriormente regresó a Porvenir S.A. el 27 de enero de 2005⁵, a la que se encuentra actualmente afiliada.

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

³ Documento digital No.06, p.43.

⁴ Documento digital No.06, p.39.

⁵ Documento digital No.06, p.36.

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 continuación⁶:

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.

Carga de la prueba

⁶ CSJ SL1452-2019.

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

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

“Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio

a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

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

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

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

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, que la demandante se trasladó a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías el 13 de agosto de 2002, 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 Asofondos⁷.

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 2:24:35 PM

Afiliado: CC 27124185 CARMEN GENIT RODRIGUEZ ANGULO [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 27124185

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	2002-08-13	2004/04/16	HORIZONTE	COLPENSIONES		2002-10-01	2003-10-31
Traslado de AFP	2003-09-05	2004/04/16	COLFONDOS	HORIZONTE		2003-11-01	2005-02-28
Traslado de AFP	2005-01-27	2005/02/17	HORIZONTE	COLFONDOS		2005-03-01	2013-12-31
Cesion por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

4 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 27124185

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
2002-08-13	2002-08-15	01	AFILIACION	HORIZONTE	
2003-09-05	2003-10-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLFONDOS	HORIZONTE

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

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 de indicarle las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, conforme al mandato establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, si bien la demandante suscribió el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*», a través del cual pretendió hacer constar que estuvo debidamente informada en su decisión, dicha circunstancia en sí misma no es suficiente para concluir su voluntad libre

⁷ Documento digital No.06, p.36.

e informada, dado que, conforme a la jurisprudencia consolidada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo contenido se analizó en anteriores apartes, este tipo de aseveraciones no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues, a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

En cuanto a las pruebas con las que se pretendió demostrar que la afiliación ocurrió de manera consciente e informada, obran en el expediente: (i) historia laboral expedida por Porvenir S.A. (p.39 a 70, documento digital No.05); (ii) comunicados o publicaciones de prensa sobre la imposibilidad temporal del traslado de régimen (p.193 a 195, documento digital No.05); (iii) historial de vinculaciones de la afiliada (p.36, documento digital No.05); (iv) certificado de afiliación a Porvenir S.A. (p.38, documento digital No.05); (v) solicitud de afiliación por traslado de régimen (p.39, documento digital No.05).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado y los demás corresponden a situaciones posteriores al acto de cambio de régimen y con los cuales no es posible constatar que las AFP cumplieran con su deber de información.

De igual modo, los comunicados de prensa aportados por el fondo demandado, fueron realizados en fecha posterior a la afiliación de la accionante, no hacen parte de la asesoría recibida y corresponden a un aviso público de la entonces novedosa prohibición del traslado de régimen, traída en el artículo 13 de la Ley

100 de 1993 modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

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

Ahora bien, en cuanto a lo reprochado por 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.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993, el cual no se encuentra cumplido, ni siquiera con la suscripción del formulario de afiliación al fondo. Asimismo, el referente a la carga de la prueba, la cual como ya se dijo está en cabeza de las AFP ante la negación indefinida del 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 el actor 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. y Colfondos 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 actor, por lo que es obligación de la demandada transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, aportes

obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago, los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, pues serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho el demandante, los cuales debe asumir la AFP privada que no cumplió con su deber de asesoría, acompañamiento, buen consejo, siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, no prosperan los recursos de apelación en este sentido.

También respecto al argumento de Colpensiones, acerca de que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen en cualquier tiempo, debe recordarse que el eje central en este tipo de situaciones, es determinar si al momento del traslado de régimen la persona contaba con la información completa, clara y concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación y a falta de esta deviene la ineficacia del traslado, la cual le resta efectos jurídicos al paso del demandante al RAIS desde el RPM y por ello las cosas vuelven a su estado anterior.

Otro punto de inconformidad de Colpensiones, se centra en la permanencia de la actora en el RAIS, lo que según dicha entidad debe considerarse como una manifestación de su voluntad de querer pertenecer al régimen mencionado. Sobre esto, es pertinente traer a colación lo doctrinado por la Sala de Casación Laboral Permanente frente a los actos de relacionamiento, autoridad que ha sostenido que no operan en los casos de ineficacia de traslado de régimen, pues en estos asuntos lo que se debe determinar es si la persona recibió información integral para tomar la decisión de cambiar de régimen y no sobre sus motivaciones para cambiarse de AFP, bien sea porque una AFP le ofrecía mejores rendimientos o le cobraba una menor comisión. Así se expuso en sentencia CSJ SL1055-2022: *“conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un*

acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”

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.

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

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

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

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

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

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 3.º del proveído recurrido para ordenar a a Porvenir S.A. a devolver las cuentas de rezago, si las hay.

En cuanto a Colfondos S.A. se adicionará el numeral 4º para que indexe los valores que deberá reintegrar a Colpensiones por concepto de gastos de administración y de seguros previsionales, así como para que discrimine cada valor con sus respectivos ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

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. y Colfondos 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 la afiliada al RAIS, más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del afiliado (CSJ AL606-2023), contrario a lo afirmado en el recurso de apelación propuesto por Colpensiones.

Frente a la configuración de la prescripción, basta reiterar lo expuesto en sentencia CSJ SL3156-2022 para advertir que las solicitudes de ineficacia de traslado no están sujetas al fenómeno extintivo de la prescripción, pues a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por este motivo, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, 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).

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Porvenir S.A., Colpensiones y Colfondos S.A., apelantes infructuosos, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una la suma de un millón quinientos mil pesos m/cte (\$1.500.000).

Todo lo anterior, atendiendo al principio de libre formación del convencimiento, conforme lo establece el artículo 61 del CPTSS, y los múltiples pronunciamientos de la 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 del 21 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia devuelva las cuentas de rezago, si las hay. Además, todos los valores a reintegrar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral 4º de la sentencia anotada para **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.** que deberá reintegrar las comisiones, gastos de administración, lo descontado por primas de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado al momento del cumplimiento de la condena, y todos los valores a reintegrar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia bajo estudio para **ORDENAR** a Colpensiones que, una vez reciba los recursos por parte de Porvenir S.A. y Colfondos S.A., realice la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas de la demandante.

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

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., apelantes infructuosos y a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho, a cargo de cada una, la suma un millón quinientos mil pesos MCTE (\$1.500.000).

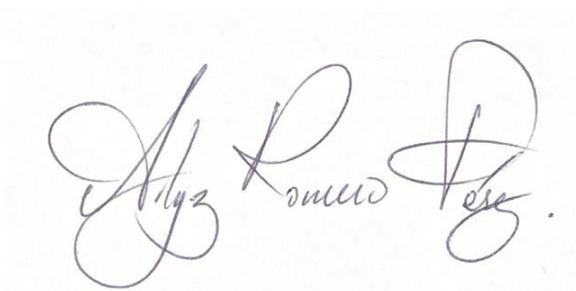
SEXTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico

que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



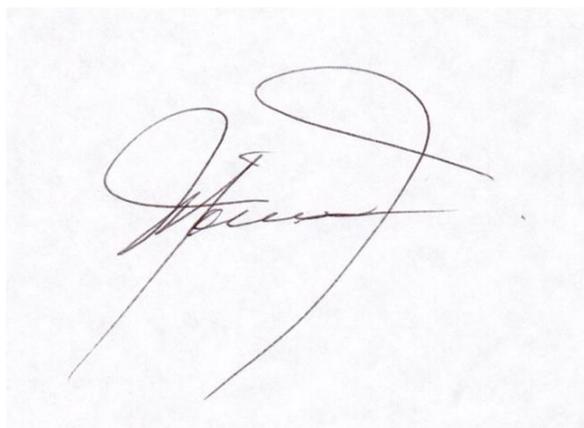
ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara el Voto

Página 21 de 21



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	José Luis Salazar Molina
Accionado	Colpensiones y Porvenir S.A.
Radicado	760013105020220040301

Sentencia N°. 30

Aprobada mediante acta No.30

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y de los recursos de apelación interpuestos por **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, contra la sentencia del 04 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario laboral promovido por **JOSÉ LUIS SALAZAR MOLINA** contra las recurrentes.

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare la ineficacia del traslado realizado del demandante del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Porvenir S.A., en consecuencia se declare que para efectos pensionales continúa afiliada al RPMPD, y que se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los valores contenidos en el saldo de la cuenta de

¹ La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC, 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

ahorro individual *“todos los valores de la cuenta de ahorro individual, las costas y agencias en derecho del proceso.*

Como hechos, refirió que nació el 06 de septiembre de 1958, teniendo a la fecha de presentación de la demanda ordinaria laboral 64 años; que realizó cotizaciones al Sistema General de Pensiones, antes Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 24 de abril de 1980 hasta el 31 de julio de 1996, contando con 762,8 semanas efectivamente aportadas; que el 1 de agosto de 1996 accedió a trasladarse al RAIS en razón a que el asesor de la AFP Horizonte S.A. le manifestó que allí obtendría una mejor pensión y en forma anticipada; que al momento de efectuar el traslado no recibió información suficiente, necesaria e idónea sobre las consecuencias, ventajas y desventajas del sistema pensional RAIS; que el 15 de agosto de 2022 el demandante presentó solicitud de traslado a COLPENSIONES y el 19 de agosto de 2022 ante PORVENIR S.A. obteniendo respuestas desfavorables y que de acuerdo a las proyecciones pensionales, se tiene que en RPMPD obtendría una mesada pensional considerablemente más favorable que en RAIS.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Colpensiones adujo como ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación en el RPMPD y la densidad de semanas cotizadas en dicho régimen. Frente a los demás hechos aseguró que no le constan o que no son ciertos.

También se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que *“(…) el demandante JOSE LUIS SALAZAR MOLINA no ha demostrado vicios en el consentimiento al momento de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, falsedad en el formulario de afiliación, falta de consentimiento o suplantación de su firma en el documento de afiliación en el momento en que decidió cambiar de Régimen Pensional y afiliarse a PORVENIR S.A., por cuanto la firma en las solicitudes de afiliación y su permanencia por más de 15 años en el Régimen de Ahorro Individual, reafirman su*

derecho a la libre escogencia de régimen pensional (...)". En su defensa, propuso como excepciones las siguientes: inexistencia de la obligación y carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, la innominada, ausencia de causa para demandar, buena fe, falta de legitimación en la causa, ausencia de vicios en el traslado de régimen pensional, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, inoponibilidad de la responsabilidad de las administradoras de fondos de pensiones ante Colpensiones, responsabilidad *sui segeneris* de la entidades de seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado.

Porvenir S.A. aceptó los hechos relativos a la edad del actor y su fecha de nacimiento, la densidad de semanas cotizadas al ISS, la fecha de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y la petición de traslado que elevó el actor. Sobre los demás hechos afirmó que no le constan o que no son ciertos.

En defensa de sus intereses, propuso como excepciones 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 excepción "*innominada*".

Como argumentos de su defensa, indicó:

"(...) es preciso reiterar que tanto el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS como el Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPM son dos regímenes diferentes pero coexistentes entre sí, y la supuesta nulidad NO puede fundarse en la forma de liquidar Ingreso Base de Liquidación (IBL) pensional, en primer lugar porque en el Régimen de Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPM se "construye" el valor de la mesada pensional en los 10 últimos años de cotización del accionante, valor incierto para el traslado del accionante. Por lo cual, el hecho que hoy la liquidación de la supuesta mesada pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPM pueda ser mayor que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS porque la accionante incrementara su ingreso base de cotización en los últimos años.

Con base en lo anterior, NO puede ser razón para decretar una nulidad: no existe engaño alguno, sino que constituye un hecho nuevo sobreviniente al traslado ajeno a mi

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	José Luis Salazar Molina
Accionado	Colpensiones y Porvenir S.A.
Radicado	76001310502020220040301

representada.

Sería tanto como afirmar que todos los afiliados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPM que no alcancen a completar requisitos de pensión deberían decretarse la nulidad de la afiliación por ser más favorable la devolución de saldos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS que la indemnización sustitutiva de Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPM (...)"

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, en audiencia pública No.138, registrada en acta No.130, de fecha del 04 de agosto de 2023, a través de sentencia No.200, decidió:

“DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DE AFILIACIÓN Y/O TRASLADO DE RÉGIMEN del señor JOSE LUIS SALAZAR MOLINA , identificado con C.C.16.612.654 de Cali, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, administrado por la AFP PORVENIR SA del 27 de Junio del 1996 y, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a AFP PORVENIR SA a transferir a COLPENSIONES todos los recursos de la cuenta de ahorro individual del señor JOSE LUIS SALAZAR MOLINA, que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, por ende, se deben trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, toda vez que, estos fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, igualmente los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados y detallados con toda la información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES, a aceptar el traslado del señor JOSE LUIS SALAZAR MOLINA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por dicha entidad.

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

SEXTO: La presente Sentencia, DE NO SER APELADA CONSÚLTESE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al tenor de lo

previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007 (...)”².

Lo anterior, tras resaltar³ que, el Despacho no encuentra prueba suficiente “(...) que permita inferir que, al momento del respectivo traslado de régimen de los procesos anteriormente anunciados al RAIS, hayan cumplido con el deber de ofrecer información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad y su permanencia a dicho régimen al demandante. En ese sentido, y contrario a lo que sugieren las demandadas cuando ocurrió el traslado inicial de los demandantes el ordenamiento jurídico si contemplaba un deber de asesoría y de información suficiente y transparente, pues a la creación del sistema, el legislador previó el derecho de toda persona de elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse de cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 del 93, y que la afiliación quede sin efectos, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la administradora de fondo de pensiones omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, la Sala Laboral, sentencia 4360 de 2019 (...)”

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión se presentó el recurso de alzada por parte de Porvenir S.A. y Colpensiones.

Porvenir S.A.⁴ indicó que el recurso se propone contra lo decidido en los numerales 3 y 5 de la sentencia. *Argumenta que debe tenerse en cuenta lo contenido en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, que establece un 3% de la cotización realizada al sistema general de pensiones para gestionar los gastos de administración, por lo que, ordenar devolver a Colpensiones las sumas percibidas por estos gastos resulta inequitativo con el Fondo, toda vez que lo despojan de una sumas causadas por su actividad administradora. Devolver los gastos de administración a Colpensiones sería un*

² Documento digital No.21.

³ Archivo video audio No.21, minuto 1:26:51 – 1:52:18

⁴ Archivo No. 21, grabación audio – vídeo, minuto 2:10:57 – 2:12:49

enriquecimiento sin justa causa. Solicita además, tener en cuenta los arts.1750 del Código Civil, el art.151 del CPT SS y el 488 del CST, ya que las pretensiones están sujetas al fenómeno prescriptivo y actualmente se encuentran prescritas. Que lo concedido en este numeral no fue solicitado por la parte demandante y además no se trata de un derecho fundamental e irrenunciable. Frente al numeral quinto solicita no condenar en costas a su representada, teniendo en cuenta que de su parte siempre hubo ánimo conciliatorio.

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES⁵, centró los argumentos del recurso en que la ineficacia del traslado es inoponible a Colpensiones, teniendo en cuenta que su actuar ha estado ceñido a la buena fe.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 9 de noviembre de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Estando dentro de la oportunidad procesal, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** manifestó que el demandante ha excedido la edad permitida para trasladarse de régimen pensional y que no demostró la frustración de alguna expectativa legítima ni vicios del consentimiento.

Aunado a lo anterior, indicó que el demandante tiene el estatus de pensionado, por ende, debe negarse la ineficacia del traslado conforme a los pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte, **Porvenir S.A.** indicó que confirmar la sentencia de instancia vulnera el principio de sostenibilidad financiera y que la posibilidad de declarar la nulidad de la afiliación al RAIS esta prescrita conforme al artículo 488 de

⁵ Archivo No.21, grabación audio – vídeo, minuto 2:16:04 – 2:16:45

Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social el artículo 1750 del Código Civil.

Aunado a lo anterior, indicó que no se puede declarar la ineficacia del traslado de régimen cuando el afiliado no ha estado afiliado a Colpensiones y que existieron actos de relacionamiento que permiten inferir la vocación de permanencia en el régimen. Finalmente solicitó que sea revocada la condena en costas.

Las demás partes dentro del proceso guardaron silencio.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtirse obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) el demandante estuvo inicialmente afiliado al ISS desde el 24 de abril de 1980 hasta el 31 de julio de 1996⁶, (ii) que el 27 de junio de 1996 diligenció formulario de vinculación a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A.,

⁶ Archivo No.10 Carpeta administrativa demandante.

hoy Porvenir S.A.⁷ efectuando el demandante su traslado de régimen, del RPMPD al RAIS.

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

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

⁷ Archivo No.11, pág.66.

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 continuación⁸:

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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia

⁸ CSJ SL1452-2019.

	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	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 perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

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

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

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

Por tanto, aun cuando obra el formulario de vinculación a Porvenir S.A. donde

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

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

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

Por otra parte, los efectos económicos de la ineficacia consisten en la devolución de los aportes obligatorios y voluntarios, lo cual comprende la totalidad del capital ahorrado, junto con sus rendimientos financieros e igualmente, se deberán reintegrar los bonos pensionales y las cuentas de rezago, si las hay. El porcentaje correspondiente a comisiones, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deberán no solo reintegrarse sino indexarse al

momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la ineficacia trae como resultado, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen.

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

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, que el demandante se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías el 27 de junio de 1996, fecha en la que diligenció el formulario de vinculación efectuando así su traslado de régimen pensional el 01 de agosto de 1996, fecha en la que 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 Asofondos⁹.

⁹ Documento digital No.17 del expediente, cuaderno Juzgado.

Proceso Ordinario Laboral
Accionante José Luis Salazar Molina
Accionado Colpensiones y Porvenir S.A.
Radicado 76001310502020220040301

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 9:01:54 AM
Afiliado: CC 16612654 JOSE LUIS SALAZAR MOLINA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 16612654							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1996-06-27	2004/04/16	HORIZONTE COLPENSIONES			1996-08-01	2013-12-31
Cesion por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 16612654						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
1996-06-27	1996-09-11	01	AFILIACION	HORIZONTE		

Un item encontrado.

1

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

Por otra parte, si bien el demandante suscribió el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*», a través del cual pretendió hacer constar que estuvo debidamente 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, obran en el expediente: (i) historia laboral expedida por Porvenir S.A. (p.53 - 63, archivo 11); (ii) formato de solicitud de vinculación suscrito el 27 de junio de 1996 (p.66 archivo 11), (iii) comunicados o publicaciones de prensa sobre la imposibilidad temporal del traslado de régimen (p.96 - 98 archivo No.11).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado y los demás corresponden a situaciones posteriores al acto de cambio de régimen y con los cuales no es posible constatar que las AFP cumplieran con su deber de información.

De igual modo, los comunicados de prensa aportados por el fondo demandado, fueron realizados en fecha posterior a la afiliación del accionante, no hacen parte de la asesoría recibida y corresponden a un aviso público de la entonces novedosa prohibición del traslado de régimen, traída en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

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

Ahora bien, en cuanto a lo reprochado por 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.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993, el cual no se encuentra cumplido, ni siquiera con la suscripción del formulario de afiliación al fondo. Asimismo, el referente a la carga de la prueba, la cual como ya se dijo está en cabeza de las AFP ante la

negación indefinida del 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 el actor, 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 actor, por lo que es obligación de la demandada transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago, los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, pues serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho el demandante, los cuales debe asumir la AFP privada que no cumplió con su deber de asesoría, acompañamiento, buen consejo, siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, no prosperan los recursos de apelación en este sentido.

También respecto al argumento de Colpensiones frente a la inoponibilidad de la sentencia por su actuar de buena fe, debe recordarse que el eje central en este tipo de situaciones, es determinar si al momento del traslado de régimen la persona contaba con la información completa, clara y concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación y a falta de esta deviene la ineficacia del traslado, la cual le resta efectos jurídicos al paso del demandante al RAIS desde el RPM y por ello las cosas vuelven a su estado anterior.

Ahora, analizando la sentencia en grado jurisdiccional de consulta, es

importante precisar sobre la permanencia del actor en el RAIS, lo que según Colpensiones en sus alegaciones finales considera como una manifestación de la voluntad de querer pertenecer al régimen mencionado, la Sala de Casación Laboral Permanente ha indicado que los actos de relacionamiento no operan en los casos de ineficacia de traslado de régimen, pues en estos asuntos lo que se debe determinar es si la persona recibió información integral para tomar la decisión de cambiar de régimen y no sobre sus motivaciones para cambiarse de AFP, bien sea porque una AFP le ofrecía mejores rendimientos o le cobraba una menor comisión. Así se expuso en sentencia CSJ SL1055-2022: *“conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”*

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.

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

En sentencia CSJ SL 584-2022, se estableció que al declararse una ineficacia y/o nulidad de traslado las AFP deben trasladar las comisiones y gastos de administración cobrados a la parte demandante, asimismo los valores de los

seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados. Al respecto enuncia la mentada providencia lo siguiente:

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

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

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 3.º del proveído recurrido para ordenar a a Porvenir S.A. a devolver las cuentas de rezago, si las hay.

Por otro lado, en aras de evitar posteriores trámites administrativos y judiciales se adicionará la sentencia 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 la afiliada al RAIS, más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del afiliado (CSJ AL606-2023).

Frente a la configuración de la prescripción y contrario a los argumentos del apoderado de Porvenir S.A. en su apelación, 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).

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Porvenir S.A. y Colpensiones, apelantes infructuosos, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una en 1 SMLMV a la fecha del presente fallo.

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 No.200 del 04 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia devuelva las cuentas de rezago, si las hay. Además, todos los valores a reintegrar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia bajo estudio 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 de la demandante.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., apelantes infructuosos y a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho, a cargo de cada una, la suma 1 salario mínimo legal mensual vigente (1 SMLMV) a la fecha del presente fallo.

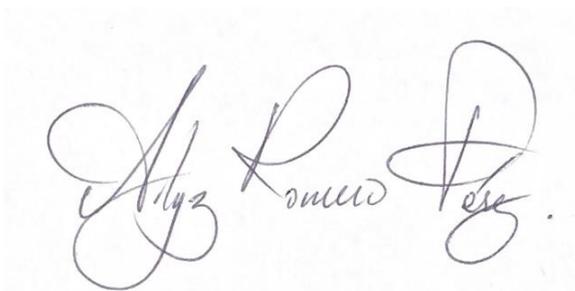
QUINTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	José Luis Salazar Molina
Accionado	Colpensiones y Porvenir S.A.
Radicado	76001310502020220040301

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



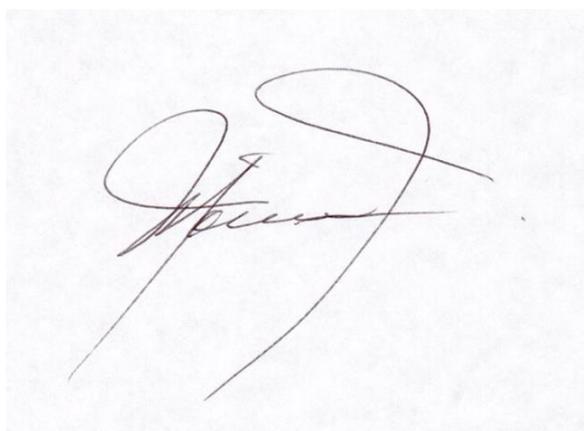
ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclaración de Voto



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

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

Sentencia N°. 20

Aprobada mediante acta No.20

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y de los recursos de apelación interpuestos por **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** contra la sentencia de 18 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **EPIFANÍA POSSO GUAITOTO** contra las recurrentes.

I. ANTECEDENTES

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

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

Como hechos refirió que nació el 01 de junio de 1964; que se encontraba afiliada al RPMPD administrado por el I.S.S. hoy Colpensiones y luego se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A. como consecuencia de una decisión errada, pues no recibió la asesoría necesaria, clara y por escrito, tampoco la proyección pensional, ni las ventajas y desventajas de su decisión, no se le informó de su derecho de retracto; que la AFP privada la indujo a un error en el consentimiento; que durante los últimos 5 años ha solicitado verbalmente a Porvenir S.A. autorizar su traslado a Colpensiones, lo cual le ha sido negado; que el 18 de octubre de 2022 presentó derecho de petición a Porvenir S.A. en el sentido señalado y recibió una respuesta precaria el 17 de noviembre de 2022; que el 18 de octubre de 2022 elevó solicitud ante Colpensiones para su vinculación a dicha entidad, sin que hasta el momento haya recibido respuesta.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

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

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A. y Colpensiones presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, la primera de ellas en su sustentación expuso que la entidad dio cabal cumplimiento al deber de información como estaba planteado para la época de la afiliación, esto es, con el suscrito formulario de afiliación; que la no producción de efectos jurídicos se predica de las dos partes que intervienen en el negocio y contrario a los principios de justicia y equidad, en estos casos se aplica un rasero distinto a la AFP, pues se aceptó la existencia tanto de la cuenta de ahorro individual como de los fondos allí depositados y que deben ser trasladados a Colpensiones, pero no se acepta que los rendimientos financieros

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

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

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

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

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 17 de agosto de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

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

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

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

Las demás partes guardaron silencio dentro del proceso.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias

que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtir obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) el demandante estuvo inicialmente afiliado al I.S.S. hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 17 de mayo de 1989² y (ii) el 30 de octubre de 2006 solicitó traslado al régimen de ahorro individual RAIS administrado por Porvenir S.A.³

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

² Hoja 26 Documento digital 8

³ Hoja 24 Documento digital 8

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

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

En dicha línea al acto de traslado debe antecederle una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, pues únicamente así se garantiza que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

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

Asimismo, el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

⁴ CSJ SL1452-2019

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

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

“Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no

solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

Por tanto, aun cuando Porvenir S.A. allega el formulario de vinculación donde se leen salvedades sobre la debida orientación del afiliado, del precedente citado se extrae que no es posible constatar el cumplimiento del deber que le asiste a las administradoras de pensiones, pues este va más allá del diligenciamiento de un formulario de afiliación, ya que la AFP debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido este como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

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

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

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

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A. desde el 30 de octubre de 2006, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, esto es, la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses. Así se observa en el reporte SIAFP de Asofondos⁵

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 9:20:50 AM

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

Vinculaciones para : CC 38470087							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1996-05-24	2006/10/30	COLPENSIONES			1996-05-24	2006-11-30
Traslado regimen	2006-10-30	2006/11/30	PORVENIR	COLPENSIONES		2006-12-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

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

Por otra parte, si bien el demandante suscribió el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «voluntad de afiliación», a través del cual pretendió hacer constar que estuvo debidamente informado en su decisión, dicha circunstancia en sí misma no es suficiente para concluir su voluntad libre e informada, dado que, conforme a la jurisprudencia consolidada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo contenido se analizó en anteriores apartes, este tipo de aseveraciones no son suficientes para dar por demostrado

⁵ Hoja 71 Documento digital 8

el deber de información, pues, a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

En cuanto a las pruebas con las que se pretendió demostrar que la afiliación ocurrió de manera consciente e informada, obran en el expediente: (i) formulario de afiliación a Porvenir S.A. el 30 de octubre de 2006 (Hoja 24 documento digital 8), (ii) certificación de afiliación a Porvenir S.A. efectiva desde el 01 de diciembre de 2006 (Hojas 25 documento digital 8), (iii) historia laboral expedida por Porvenir S.A. (Hoja 26 documento digital 8), (iv) relación histórica de movimientos de Porvenir S.A. (Hoja 35 documento digital 8), (v) historial de vinculaciones SIAFP de la demandante (Hoja 71 documento digital 8), (vi) historia laboral de bono pensional (Hoja 73 documento digital 8), (vii) respuesta del 22 de noviembre de 2022 al demandante (Hoja 76 documento digital 8), (viii) comunicados de prensa de Porvenir S.A. sobre prohibición de traslado para las personas que se encuentren a menos de 10 años para alcanzar el requisito de edad para pensionarse (Hoja 80 documento digital 8).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado, y los demás corresponden a situaciones posteriores al acto de traslado que no acreditan que la AFP Porvenir S.A. cumplió con su deber de información. Del mismo modo, los comunicados de prensa aportados por el fondo demandado datan de fecha posterior a la afiliación de la accionante y no hacen parte de la asesoría recibida al momento de la vinculación, pues era en ese momento en el que se debe constatar el cumplimiento de dicho deber.

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

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

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

Frente a lo señalado por Porvenir S.A. en relación con la devolución de rendimientos y gastos de administración se reitera que con la declaración de ineficacia deviene el retrotraer todo al estado inicial de la afiliación del actor, por lo que es obligación de la demandada transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, los

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

Respecto al argumento de que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, debe recordarse a la AFP privada que el eje central en este tipo de situaciones, es determinar si al momento del traslado de régimen la persona contaba con la información completa, clara y concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación y a falta de esta deviene la ineficacia del traslado, la cual le resta efectos jurídicos al paso del demandante al RAIS desde el RPM y por ello las cosas vuelven a su estado anterior.

Se duele Porvenir S.A. de la indexación ordenada sobre los gastos de administración, así las cosas, se explica que respecto de la devolución que deben realizar los fondos de pensiones a Colpensiones con ocasión de la ineficacia del traslado, conviene resaltar que, de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil aplicable en la materia, el efecto de la ineficacia es restablecer las cosas al estado en que se hallarían de no haber existido el acto ineficaz (CSJ SL2877-2020), lo cual se logra mediante las restituciones mutuas que comprenden los frutos percibidos por la administración de los recursos y además la compensación por las pérdidas o por el deterioro de los mismos, como lo es la pérdida del poder adquisitivo que se suscita por el paso del tiempo.

Por tanto, corresponde a la AFP que incumplió con los deberes que le asistían frente al afiliado, retornar lo cobrado por comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje

destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues no es factible que el afiliado o Colpensiones asuman los deterioros que tales recursos sufrieron por el paso del tiempo.

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

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

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

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional

de consulta, se adicionará el numeral 3.º del proveído recurrido para ordenar a Porvenir S.A. a devolver las cuentas de rezago, si las hay.

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

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

Ahora bien, con respecto a la condena en costas en instancia a cargo Colpensiones por el grado jurisdiccional de consulta, es oportuno precisar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el numeral 1.º del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

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

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

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Colpensiones y Porvenir S.A., apelantes infructuosos, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una la suma de Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE (\$1.500.000).

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

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

IX. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral 3.º de la sentencia de 18 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** devuelva a Colpensiones las cuentas de rezago, si las hay.

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

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

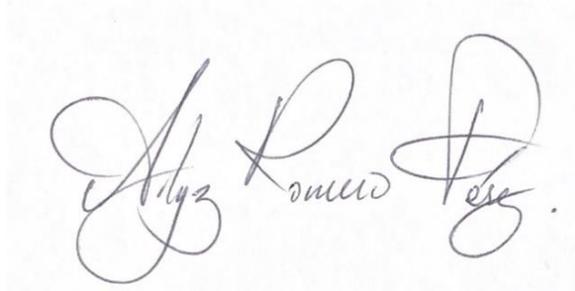
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. apelantes infructuosos y a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE (\$1.500.000) a cargo de cada una.

QUINTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara el Voto



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Apelación Sentencia Superintendencia Nacional de Salud
Demandante	María Cristina Márquez López
Demandado	Coomeva EPS en liquidación
Radicado	76001220500020230030800

Sentencia N°. 34

Aprobada mediante acta No.34

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ frente al recurso de apelación formulado por **COOMEVA EPS EN LIQUIDACIÓN** contra la sentencia S2023-000632 de 08 de junio de 2023, emitida por la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y de conciliación, al interior del proceso instaurado por **MARÍA CRISTINA MÁRQUEZ LÓPEZ** contra la apelante.

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante se ordene a COOMEVA EPS en liquidación, el reconocimiento y pago de \$32.456.940, a título de reembolso de los gastos médicos en los que tuvo que incurrir su cónyuge fallecido, para la realización de *“radiocirugía esterotáctica intracraneal de múltiples fuentes de fotones, así como los*

¹ La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC, 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

gastos relacionados al mismo, los cuales fueron ordenados para el tratamiento de sus diagnósticos, 1.- tumor maligno secundario del encéfalo y de las meningescerebrales (C739), 2.- Otros trastornos del trigémino (G508)”. Igualmente, solicitó que las sumas reconocidas fueran indexadas y que se pagaran los intereses moratorios conforme lo establecido en el parágrafo 2º del artículo 2.2.3.1 del Decreto Único Reglamentario del Sector Salud (Decreto 780 de 2016).

Como sustento de sus pretensiones, indicó que el 22 de agosto de 2018, su esposo fallecido Temístocle José Arteaga, fue valorado por el especialista en neurocirugía, quien le ordenó la realización de “*RADIOCIRUGÍA INTRACRANEAL DE MÚLTIPLE FUENTE DE FOTONES (PLANEACIÓN COMPUTARIZADA Y SIMULACIÓN VIRTUAL)*”, procedimiento que fue autorizado por la EPS tras orden de tutela que amparó sus derechos fundamentales, trámite en el que además se vio obligado a presentar incidente de desacato por el incumplimiento de la orden judicial.

Informó que el 12 de febrero de 2019 lo valoraron en el Instituto Neurológico de Colombia para validar si era candidato al procedimiento, sin embargo, el 18 de febrero del 2019, la Junta Médica resolvió que no lo era, negando la realización del procedimiento quirúrgico, pese a contar con fallo constitucional a su favor. Ante tal negativa, el 28 de febrero del mismo año, el paciente y su familia consultaron de forma particular a un médico especialista en neurocirugía, subespecialista en microcirugía vascular y de la base del cráneo, quien recomendó: “*Primer abordaje. Radioterapia estereotáctica con Gamma-Knife para múltiples lesiones metastásicas y del núcleo talámico lateral*”.

Igualmente, en valoración médica que pagó el usuario en la Fundación Clínica SHAIQ, en la ciudad de Bogotá, le indicaron: “*como mejor opción terapéutica RADIOCIRUGÍA ESTEROTACTICA INTRACRANEAL DE MÚLTIPLES FUENTES DE FOTONES para todas las lesiones cerebrales y oculares descritas (...)*”.

Informa que la EPS continuó renuente en autorizar el procedimiento pese a la existencia de otros conceptos médicos, por lo que el 26 de marzo de 2019 fue realizada de forma particular la cirugía “*RADIOCIRUGÍA ESTEROTÁCTICA INTRACRANEAL DE MÚLTIPLES FUENTES DE FOTONES*” en la Fundación Clínica SHAIIO, en la ciudad de Bogotá.

Que el 29 de mayo de 2019, la actora radicó ante la EPS solicitud de reembolso de los gastos médicos suscrita por su esposo, indicando que el total de los gastos ascendía a \$32.456.940, que Coomeva EPS la respondió el 07 de julio de 2019 negando el reembolso, tras señalar que la decisión de pagar de forma particular el servicio médico fue libre y voluntaria del usuario, sin injerencia de la EPS, por lo que no estaba obligada a reconocer tales. Que el cónyuge de la demandante falleció el 07 de agosto de 2019, y ante tal situación, nuevamente petitionó a la EPS le reembolsara los gastos médicos costeados de forma particular, solicitud que también fue despachada desfavorablemente el 10 de septiembre de 2019.

II. TRÁMITE IMPARTIDO

Inicialmente, la Superintendencia Nacional de Salud, emitió el auto A2021-001369 del 15 de abril del 2021, en virtud del cual inadmitió la demanda por haberse omitido aportar la historia clínica del paciente, siendo subsanada tal falencia, conforme se visualiza en el archivo No. 3 del expediente digital. La Superintendencia admitió la demanda con auto A2021-003214 del 21 de octubre de 2021, y ordenó correr traslado a la demandada. En el mismo auto, requirió al prestador Clínica SHAIIO y Salud Total EPS información relacionada con la prestación de los servicios médicos cuyo reembolso pretende la actora.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Contestación Fundación ABOOD SHAIIO

La entidad vinculada al trámite, a través de correo de 08 de noviembre de 2021, emitió respuesta a la demanda en los siguientes términos: que el paciente fallecido ingresó a la clínica el 26 de marzo de 2019 para la realización de procedimiento quirúrgico el cual costó con sus propios recursos, por lo que no se verificó la entidad responsable del pago de los servicios de salud, que la entidad no tiene ningún vínculo con COOMEVA EPS en liquidación, y tampoco pertenece a la red de prestadores de la EPS demandada; y que el costo del procedimiento fue de \$26.200.000, según se observa en la factura de venta y la historia clínica del paciente.

Contestación COOMEVA EPS en liquidación

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas y, en su defensa, formuló las excepciones que denominó: *“falta de cumplimiento de los requisitos de ley para reconocimiento de reembolso por no encontrarse probada la negativa justificada o negligencia por parte de COOMEVA EPS SA – buena fe; falta de cumplimiento de los requisitos de ley para el reconocimiento de reembolso – solicitud extemporánea; inexistencia de la obligación por parte de Coomeva EPS SA; responsabilidad exclusiva del demandante; excepción genérica”*.

Solicitó se nieguen las pretensiones por ser improcedentes, tras indicar que la EPS actuó con diligencia, incluso, cuando el paciente presentó la historia clínica y la orden de consulta particular. Expuso que, ante la orden judicial de tutela en su contra, procedió a someter a los médicos especialistas adscritos a la EPS los conceptos médicos particulares, quienes emitieron su concepto y que el paciente decidió realizarse la cirugía con sus propios recursos sin mediar remisión desde la red de atención de la EPS, por tanto, no le corresponde a esta última reconocer suma de dinero alguna.

Contestación SALUD TOTAL EPS-S

La entidad vinculada, dio respuesta a la demanda el 10 de noviembre de 2021.
En su respuesta señaló lo siguiente:

“Me permito acreditar ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, el documento denominado “CERTIFICADO DE AFILIACIÓN – TEMISTOCLES JOSE ARTEAGA ARTEAGA”, en el cual se puede evidenciar que el señor Arteaga no fue afiliado de SALUD TOTAL EPS; para el 18 de octubre de 2011 la señora MARÍA CRISTINA MARQUEZ LOPEZ solicitó el traslado para SALUD TOTAL, sin embargo fue negado por su EPS de origen (SALUDCOOP).

Aunado a todo lo anteriormente expuesto, cabe aclarar al ente de control que el señor Temistocles Jose Arteaga Arteaga, no ostentó la calidad de afiliado a mi representada, lo que imposibilita a SALUD TOTAL EPS-S S.A. de haber prestado un servicio integral”

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Nacional de Salud, a través de la sentencia S2023-000632 de 08 de junio de 2023, resolvió:

“(…) SEGUNDO. ACCEDER PARCIALMENTE a la pretensión formulada por el doctor Javier Darío Gómez Palencia, apoderado judicial de la señora Mara Cristina Márquez López, identificada con la cédula de ciudadanía No. 50.846.264, en contra de COOMEVA EPS, EN LIQUIDACIÓN, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. ORDENAR a COOMEVA EPS, EN LIQUIDACIÓN, el reconocimiento económico y pago a favor de la masa sucesoral del señor Temístocle José Arteaga Arteaga (q.e.p.d.), quien en vida se identificaba con la cédula de ciudadanía No. 78.019.044, de veintisiete millones doscientos cincuenta mil setecientos cuarenta pesos m/cte (\$27.250.740,00), conforme a lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010, que consigna las reglas para el pago de obligaciones litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio.

CUARTO. DESVINCULAR del presente proceso a SALUD TOTAL EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

(…)”

V. RECURSO DE APELACIÓN

La sentencia fue apelada por COOMEVA EPS en liquidación, en los siguientes

términos:

“Al hacer lectura juiciosa del fallo emitido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, se pudo evidenciar que al momento de emitir fallo no se pronunció sobre la excepción propuesta, cuando estaba claro que la usuaria debía radicar la solicitud de reembolso de conformidad con lo establecido en la Resolución 5261 de 1994 mediante la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en especial a lo ordenado en su artículo 14, mediante el cual se fundan los requisitos para que proceda el reconocimiento de reembolsos por parte de la EPS.

(...)

Cabe indicar que la usuaria debió presentar la solicitud de reembolso ante COOMEVA EPS ahora en LIQUIDACIÓN, dentro de los quince (15) días siguientes del alta, sin embargo, la demandante radicó la solicitud de reembolso de los gastos en los que incurrió pasados 65 días de la prestación del servicio, estando a todas luces por fuera de la fecha límite establecida en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994.

(...)

Ahora bien, haciendo la lectura juiciosa de los documentos aportados en la demanda, de los argumentos dados por el demandante, y los argumentos esgrimidos en el fallo, se evidencia que se dan por sentados los requisitos exigidos por el artículo 191 del Código General del Proceso, entendiéndose así la “confesión del demandante”, en que accedió de manera libre y voluntaria a los servicios de salud Radiocirugía estereotáctica dosis única con gamma y anestesia, así como los del servicio transporte para el usuario señor Temístocle José Arteaga Arteaga, (q.e.p.d.), hecho por el cual así debió declararse, pues quedó demostrado con las pruebas aportadas, que el demandante señor Temístocle José Arteaga Arteaga, (q.e.p.d.), contaba con la prestación de los servicios de salud que le estaba proporcionando COOMEVA EPS ahora en LIQUIDACIÓN, pues así quedó probado con la prestación de servicios con la que contaba para su regional Noroccidente con la IPS Fundación Instituto Neurológico de Colombia, con la capacidad de prestar el servicio requerido al paciente, donde no solamente fue evaluado por un Neurocirujano en particular, sino que participó en una junta Multidisciplinaria de especialistas quienes consideraron que el abordaje de este caso en particular mediante Radiocirugía Intracraneal de Múltiples Fuentes de Fotones, no era el más adecuado dadas las múltiples lesiones metastásicas que el paciente padecía en ese momento y manifestaron que el paciente era candidato del procedimiento Radioterapia Holocraneal”.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 24 de noviembre de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado, la demandante, Mara Cristina Márquez López solicitó se conforme la sentencia de instancia, sin más pronunciamientos.

Las demás partes, guardaron silencio.

VIII. 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 del Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en concordancia con el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, modificatorio del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

IX. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, es preciso señalar qué no es materia de discusión en este asunto: (i) que el paciente (*fallecido*), padecía tumor maligno secundario del encéfalo y de las meninges; (ii) que le fue realizada *radiocirugía intracraneal de múltiple fuente*; (iii) que la cirugía descrita tuvo un costo total de \$26.200.000, de conformidad con la factura de venta No.3988589 del 29 de marzo de 2019, que obra en el archivo No.6 del expediente, valor que asumió el paciente; (iv) que la demandante es la cónyuge del paciente fallecido, conforme al registro civil de matrimonio visible en el archivo No.1 pág. 16 del expediente digital; (v) que el procedimiento *radiocirugía intracraneal de múltiple fuente de fotones*, fue ordenada por el médico neurólogo Bernardo Pérez Valencia adscrito a la IPS Centro Médico Imbanaco, el cual pertenece a la red de prestadores de servicio de salud

de la EPS demandada (pág.19 archivo No.1, expediente digital); (vi) mediante sentencia de tutela proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Montería, se le ordenó a la EPS accionada autorizar el procedimiento referido y los transportes para el desplazamiento (pág.20 - 36, archivo No.1, expediente digital); (vii) le fue realizado el procedimiento al paciente el 26 de marzo de 2019, conforme a la factura de venta No.3988589 emitida por la Fundación Clínica SHAI0, asumiendo el paciente los costos (pág.51, archivo No.1, expediente digital); (viii) que el 29 de mayo de 2019 la esposa del paciente solicitó a la accionada los costos médicos asumidos (pág.52 - 60), lo cual, fue negado por la EPS COOMEVA el 07 de julio de 2019 (pág.61 - 62); (ix) que nuevamente el 20 de agosto de 2019, la esposa del paciente fallecido solicitó el reembolso de los dineros (pág.63 - 69), solicitud que también fue negada el 10 de septiembre de 2019 (pág.70).

Para resolver la alzada se abordarán los siguientes tópicos: **(i) sobre el término contenido en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994; (ii) sobre la existencia de orden médica para la realización del procedimiento “radiocirugía intracraneal de múltiple fuente de fotones” por parte del personal médico adscrito a la EPS demandada; (iii) conclusiones.**

(i) Sobre el término contenido en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994;

Como primera premisa normativa, tenemos la Resolución No.5261 de 1994 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, que constituye un manual para garantizar la efectiva prestación y acceso a los servicios del Sistema de Seguridad Social en Salud, que, en su artículo 14 nos indica:

ARTICULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario. (sic) deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica (sic) y en caso

de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.

El término de quince (15) días para la radicación de solicitud de reembolso de gastos por servicios médicos ante la Entidad Promotora de Salud, no puede asimilarse a un término de prescripción o caducidad, ya que se trata de una regla formal de procedencia de la reclamación administrativa, y no de un término con carácter extintivo de la obligación.

Al respecto, debe entenderse que el término perentorio especificado en el artículo 14 de la Resolución No.5261 de 1994 hace referencia al trámite administrativo que el usuario puede agotar ante la Entidad Promotora de Salud, pero el vencimiento del mismo no extingue la obligación, ni impide al interesado ejercer la acción jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud o el Juez Laboral.

De este modo, dado que las Entidades Promotoras de Salud tienen dentro de sus obligaciones la guarda del derecho fundamental a la salud, y que, por expresa disposición del régimen de seguridad social deben garantizar la efectividad de los servicios que ofrecen y el acceso oportuno a los mismos a los usuarios del sistema, la Sala considera que, para contabilizar el término prescriptivo de la acción es preciso remitirnos al artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por tratarse de derechos de índole social y fundamental, debiendo sujetarse a las reglas de prescripción en materia laboral:

ARTICULO 151. PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanen de las leyes sociales

prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

Al respecto, la Corte Constitucional, ha indicado en sentencia T-594 de 2007, reiterada, por ejemplo, en la sentencia CC T-650/2011, lo siguiente:

Pero, adicionalmente, la vulneración de los derechos del actor se torna más gravosa por cuanto la entidad accionada negó el reconocimiento de dicha prestación con fundamento en el incumplimiento de un requisito meramente formal, cual es el hecho de que la reclamación fue presentada de forma extemporánea, esto es, vencido el término establecido en el numeral 6.1.7 de la Resolución 2475 de 2004, proferida por el Instituto de Seguros Sociales, según el cual los afiliados cuentan con un plazo de sesenta (60) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente a la referencia del paciente en casos de urgencia, para formular la solicitud de reembolso.

Sobre el particular, lo primero que debe señalarse es que el plazo para efectuar la reclamación establecido en la Resolución referida, no puede entenderse de ninguna manera como un término prescriptivo de la obligación que tiene el I.S.S. de reconocer a sus usuarios, el reembolso de los dineros que le corresponda asumir a la E.P.S. por expresa disposición del régimen de seguridad social en salud. En efecto, el plazo en mención corresponde simplemente al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la propia entidad, razón por la cual el vencimiento del mismo no puede de manera alguna tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le asisten.

Pero adicionalmente, para esta Sala es claro que la exigencia de este requisito por parte de la entidad accionada, dadas las circunstancias particulares del accionante, requería ser atemperada a la luz de los mandatos constitucionales, en particular, del deber de solidaridad establecido en la Carta Política. En efecto, la importancia de la función que tienen a su cargo las entidades prestadoras de servicios de salud, implica que la aplicación de requisitos como el señalado no pueda corresponder a un mero ejercicio automático de adecuación, que no consulte las circunstancias especiales que pueda revestir cada caso concreto. La anterior consideración adquiere una importancia mayor en aquellos eventos en los cuales la única razón para negar el reconocimiento de la prestación solicitada, es precisamente el incumplimiento de un presupuesto formal, como lo es el del término para elevar la solicitud de reembolso correspondiente ante la entidad.

Teniendo en cuenta que la reclamación de reembolso atiende a servicios que fueron tomados de forma particular por el paciente fallecido en salvaguarda de su salud, y que estos servicios están cubiertos por el Plan de Beneficios de Salud, puede concluirse que es obligación de la EPS Coomeva reembolsar los dineros

asumidos por el usuario, máxime cuando se tuvo por probado y así lo ratifica la Sala con las pruebas arrimadas al proceso, que el usuario debió acudir a medidas económicas extremas para velar por su integridad física debido a la negligencia y demora de la EPS, quien según se evidencia, incurrió en retardos y maniobras dilatorias a la hora de autorizar y practicar el procedimiento quirúrgico que había sido ordenado por el especialista en neurocirugía adscrito a la red de esa misma entidad, no dejando otro camino al paciente más que costear por sus propios medios el procedimiento ordenado por el galeno.

Entonces, al tratarse de un procedimiento necesario para tratar la condición médica del paciente, según lo dictaminó el médico especialista adscrito a la red médica de su EPS y cuyos costos tuvo que sufragar el enfermo ante la tardanza y las trabas administrativas que le impuso Coomeva EPS, en una actuación reprochable y contraria a los principios de solidaridad y dignidad humana que rigen el sistema, es claramente plausible el reembolso pretendido a través de este mecanismo.

En conclusión, el argumento traído por la apelante sobre la inobservancia del término contenido en la Resolución No.5261 de 1994, no extingue la obligación de las EPS relacionadas con el suministro y asunción de costos por servicios de salud, tratamientos, medicamentos, etc., pues aunque el paciente, a través de su cónyuge, haya reclamado el 29 de mayo de 2019 el reembolso de los gastos de salud en que incurrió, esto es, 60 días después el alta del paciente (29 de marzo de 2019), lo cierto es que, ello, como ya se dijo, no constituye un término de prescripción o caducidad, tal y como lo ha estimado la Corte Constitucional en las sentencias precitadas.

ii) sobre la existencia de orden médica para la realización del procedimiento *radiocirugía intracraneal de múltiple fuente de fotones* por parte del personal médico adscrito a la EPS demandada;

Para resolver este punto, es imperioso traer a colación la respuesta emitida por

la entidad COOMEVA EPS en liquidación, a la primera solicitud de reembolso que data del 29 de mayo de 2019. En esta respuesta (pág.61 - 62, archivo No.1, expediente Superintendencia), la entidad justifica la negación del reembolso por tratarse de un servicio de salud que fue adquirido por el paciente de forma particular, atendiendo a su decisión *libre y voluntaria* de apartarse de los servicios que la EPS le brindaba en el momento de la contingencia.

Cumple señalar, que (i) la decisión del paciente no fue "*libre y voluntaria*", de hecho, la misma obedeció a la demora y negligencia de la EPS, quien dilató de forma irracional el tratamiento que requería el paciente; luego, dadas las condiciones apremiantes de salud en que se encontraba el señor Arteaga, es apenas lógico que decidiera sufragar los gastos del procedimiento del que pendía su vida, por ser esta la única opción ante las respuestas displicentes y dilatorias de Coomeva EPS; (ii) la Sala destaca que el actor acudió a solicitudes e incluso a la acción de tutela e incidentes de desacato para lograr que la EPS le realizara el procedimiento médico quirúrgico, sin obtener el resultado esperado, aun cuando en sede constitucional obtuvo decisiones judiciales a su favor; (iii) por tanto, no es lógico que el incumplimiento de las obligaciones de la EPS se ampare en la voluntad libre del afiliado de elegir una alternativa diferente a las brindadas por la EPS, pues la opción que tomó el usuario se debió a una constante de omisiones por parte de la Entidad Promotora de Salud de velar por el acceso a los servicios médicos que el paciente requería en vida, como lo fue la realización del procedimiento "*radiocirugía intracraneal de múltiple fuente de fotones*".

Debe dejar claro la Sala que no se trató de un procedimiento médico carente de ordenación o de tipo experimental, pues a nivel probatorio resulta indiscutible que el paciente fallecido obtuvo fallo de tutela favorable, por contar con orden médica de fecha del 23 de agosto de 2018, emitida por el especialista en neurocirugía adscrito al Centro Médico Imbanaco, en el que se precisó que el procedimiento pertinente para tratar el diagnóstico del paciente sería la

“radiocirugía intracraneal de múltiple fuente de fotones (planeación computarizada y simulación virtual)” y fue en virtud de tal prescripción que el Juez de tutela dispuso la protección de los derechos del accionante, para lo cual ordenó:

SEGUNDO: ORDENAR a COOMEVA E.P.S., en cabeza de su Gerente o quien haga sus veces, para que en el término improrrogable para que en el término improrrogable (sic) de cuarenta y ocho (48) horas, contadas desde el momento en que le sea notificada la presente providencia, si aún no lo ha hecho, proceda sin dilación alguna, autorizar y llevar a cabo el procedimiento denominado; (sic) radiocirugía intracraneal de múltiple fuente de fotones (planeación computarizada y simulación virtual), en las instituciones que se encuentren dentro de su red de prestadores de servicios, en caso de no poder garantizar el servicio médico requerido a través de su propia red de prestadores de servicio deberá contratar con una IPS que la suministre y prestar (sic).

Y es que pese a existir orden médica y judicial para la práctica del procedimiento, la Entidad Promotora de Salud accionada exigió que el dictamen del especialista en neurocirugía fuera avalado por una Junta Médica de la EPS, la que con posterioridad determinó que el procedimiento no se llevaría a cabo por *“no ser candidato el paciente”*, lo que llevó al paciente a practicarse el procedimiento en la Fundación Clínica SHAIIO en la ciudad de Bogotá, asumiendo los altos costos, ya que se encontraba en una situación de debilidad manifiesta y en condiciones apremiantes de salud.

En ese orden de ideas, no sería coherente establecer que la decisión del usuario de operarse en una IPS ajena a Coomeva EPS, se debió a una motivación libre y espontánea del ejercicio de la voluntad del ciudadano, pues su condición de salud era tan urgente y desesperada, que no encontró otra alternativa más eficiente que acudir a sus propios recursos económicos para cubrir los gastos médicos del procedimiento recetado por su especialista, ante la negligencia y el trato deshumanizado de la EPS demandada.

Incluso, si se observa la fecha de la orden médica del procedimiento *radiocirugía intracraneal de múltiple fuente de fotones (planeación computarizada y simulación virtual)*, - 23 de agosto de 2018 -, y la fecha en la que fue realizado el

procedimiento de forma particular - 29 de marzo de 2019 -, puede extraerse que transcurrieron cerca de 7 meses en los que el usuario y su familia actuaron de forma diligente para la consecución del servicio a través de su EPS, sin que ello fuera posible.

(iii) conclusiones

De lo abordado en los ítems anteriores, pudo establecerse que el paciente Temístocle Arteaga Arteaga fue diagnosticado con *tumor maligno de la cabeza, cara y cuello* a principios del año 2018; enfermedad que fue tratada a través de Coomeva EPS en liquidación, hasta cuando se vio obligado a acudir de forma particular a la Fundación Clínica SHAIIO en la ciudad de Bogotá, para efectuarse “*radiocirugía intracraneal de múltiple fuente de fotones (planeación computarizada y simulación virtual)*” que ordenó el especialista en neurocirugía y que la accionada se rehusó a practicarle, aludiendo trámites administrativos.

En ese sentido, es evidente que la atención primaria en salud fue suministrada por la EPS demandada; sin embargo, cuando el paciente requirió una de las atenciones fundamentales para hacer frente a los efectos negativos de la enfermedad, se encontró con barreras administrativas impuestas por la EPS e incompatibles con la obligación de prestación efectiva, real y oportuna del servicio médico.

Como si fuera poco la EPS no solo omitió brindarle los servicios de salud ordenados al paciente, sino que, además se negó a reembolsar los gastos asumidos por el paciente y su familia, tornando más gravosa la situación de vulneración de derechos fundamentales, abrigándose en la regla contenida en el artículo 14 de la Resolución No.5261 de 1994, superponiendo presupuestos simplemente formales frente a la inminencia del daño y el riesgo para la vida del paciente.

Por todo lo dicho, a criterio de la Sala, acertó la Superintendencia Nacional de Salud al concluir que es procedente el reembolso de los gastos cubiertos por el paciente y por su grupo familiar, al estar demostrada la negligencia de la Entidad Promotora de Salud, por tanto, será confirmada la decisión.

Costas en esta instancia a cargo de **COOMEVA EPS SA.** y a favor de la demandante **MARÍA CRISTINA MÁRQUEZ LÓPEZ.**

Todo lo anterior, atendiendo al principio de libre formación del convencimiento, conforme lo establece el artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, y los múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencias CSJ-SL802-2021, CSJ-SL858-2021, CSJ-L512-2021, entre otras.

X. 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 la sentencia No. S2023-000632 de 08 de junio de 2023, emitida por la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** en el proceso promovido por **MARÍA CRISTINA MÁRQUEZ LÓPEZ** contra **COOMEVA EPS SA. EN LIQUIDACIÓN.**

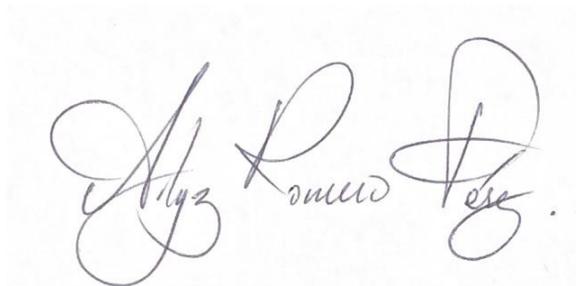
SEGUNDO: COSTAS a cargo de **COOMEVA EPS EN LIQUIDACIÓN** y en favor de la demandante **MARÍA CRISTINA MÁRQUEZ LÓPEZ.** Fíjense las agencias en derecho en la suma de 1 salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de esta sentencia (1 SMLMV).

TERCERO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado

Apelación Sentencia Superintendencia Nacional de Salud
Demandante María Cristina Márquez López
Demandado Coomeva EPS en liquidación
Radicado 76001220500020230030800

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mónica Teresa Hidalgo Oviedo', is centered on a light gray background.

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Pedro Pablo Perea Mafla
Accionado	Porvenir S.A. y Colpensiones
Radicado	76001310500220210030001

Sentencia N° . 22

Aprobada mediante acta No.22

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y del recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** contra la sentencia de 24 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **PEDRO PABLO PEREA MAFLA** contra la recurrente y **PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad e ineficacia del traslado que realizó del RPMPD administrado por I.S.S. hoy Colpensiones a Porvenir S.A., que se ordene regresar al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida y se condene a Porvenir S.A. a retornar todos los valores de la cuenta individual de la demanda, junto con las deducciones por gastos de

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

administración, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos, refirió que nació el 25 de enero de 1960 y cotizó a Colpensiones; a quien solicitó el traslado del régimen pensional; que elevó solicitud de desvinculación a Porvenir S.A. en razón a que utilizaron publicidad engañosa, no le informaron sobre las desventajas del régimen, no efectuaron cálculo actuarial entre los dos regímenes para tomar una mejor decisión; que a la fecha dichas entidades no han contestado su solicitud y que al momento de la afiliación a Porvenir S.A. no recibió la debida información sobre los términos y condiciones en los que podría adquirir su derecho pensional, como tampoco proyección pensional alguna y que al efectuar un comparativo de las pensiones que obtendría en los dos regímenes resulta más beneficiosa la que otorgaría Colpensiones.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Porvenir S.A. no aceptó los hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que *“la afiliación realizada por la parte demandante con HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy PORVENIR S.A., el 25 de junio de 1997 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo del artículo 54 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”*. En su defensa, propuso como excepciones la de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Colpensiones adujo que son ciertos los hechos asociados a la fecha del nacimiento del demandante, el derecho de petición elevado ante Colpensiones en el que se solicitó el traslado de régimen, la solicitud de desvinculación efectuada a Porvenir S.A. y la falta de respuesta; respecto de los demás adujo

que no le constan. Se opuso a las pretensiones en los siguientes términos: *“el demandante realizó su traslado al Régimen de Ahorro Individual a la AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. de forma libre y voluntaria conforme se dispone en el artículo 13 literales b y e de la Ley 100 de 1993, teniendo el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del Régimen más conveniente a su caso, por lo que la ignorancia de la ley no es excusa en esta situación, además el apoderado de la demandante al presumir una nulidad en el traslado de Régimen debió probar eficazmente que la AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. incurrió en un vicio o causal de nulidad, no estando demostrado más allá del propio dicho de la parte actora, por cuanto no se adecuan los elementos requeridos para acreditar la nulidad pretendida con la presente acción.”*

En su defensa, interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, innominada, buena fe, prescripción e inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones.

En el caso bajo estudio, intervino el Ministerio Público para manifestar:

“Corresponde a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS DEMANDADA (PORVENIR S.A.), dando aplicación a la figurada denominada por la doctrina “carga dinámica de la prueba”, consagrada en el Art. 167 del C.G.P., probar que en el proceso de traslado de fondo de pensiones realizado, al demandante, le brindaron una información clara, objetiva, comparada y transparente sobre las características de ambos sistemas, permitiéndole valorar las consecuencias de su traslado dando cumplimiento a los requisitos legales impuestos a las Administradoras de Fondo de Pensiones y Cesantías, desde su creación.”

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia de 24 de julio de 2023, ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de PEDRO PABLO PEREA MAFLA con la AFP PORVENIR S.A.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, admita sin solución de continuidad el regreso de PEDRO PABLO PEREA MAFLA al régimen de prima media con prestación definida que administra.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A., para que una vez ejecutoriada esta providencia, proceda a realizar el traslado de todos los dineros que hayan ingresado a la cuenta de ahorro individual de PEDRO PABLO PEREA MAFLA a COLPENSIONES, tales como aportes, rendimientos y todos los demás a los que se encuentre obligado a reintegrar.

QUINTO: CONDENAR en costas a las partes vencidas en juicio. Se fijan estas en la suma de \$2.000.000 para cada una de las demandadas.

SEXTO: ENVÍESE el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA por ser adversa a COLPENSIONES.”

Lo anterior, tras resaltar que el fondo privado incumplió la carga de la prueba que le concernía, pues *“pues no se aportó ningún elemento probatorio que permitiera verificar o establecer el tipo de asesoría que se le brindó en ese sentido, no se evidencia que el fondo demandado, le hubiera informado a su afiliado de manera detallada, clara y precisa acerca de los beneficios y limitaciones que le produciría su traslado al Régimen de Ahorro Individual en relación con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.”*

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado y en su sustentación expuso necesaria la modificación del numeral 4º toda vez que al ordenar el retorno de los valores de la cuenta de ahorro individual del afiliado no se ordenó la debida indexación por el periodo que estuvo vinculado al RAIS.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 7 de agosto de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión. En el término respectivo, las partes guardaron silencio.

VI. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtirte obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) el demandante estuvo inicialmente afiliado al I.S.S. hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 17 de noviembre de 1993², (ii) el 25 de junio de 1997 solicitó traslado al régimen de ahorro individual RAIS administrado en ese momento por Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.³ y (iii) en razón a cesión por fusión acaecida el 1 de enero de 2014 su fondo actual es Porvenir S.A.⁴

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

² Hoja 78 Documento digital 14

³ Hoja 71 Documento digital 14

⁴ Hoja 67 Documento digital 14

de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

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

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

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

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

Asimismo, el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y, con ello, las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones; de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se hizo tránsito al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante), información que los jueces deben tener en cuenta en cada caso concreto, a efectos de establecer el cumplimiento del deber de ilustración, de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021). Tal y como se observa a continuación⁵:

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	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

⁵ CSJ SL1452-2019

	laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-

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

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

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

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

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

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

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

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

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

régimen.

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

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, el actor se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. desde el 25 de junio de 1997, 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 Asofondos⁶

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 2:41:15 PM
Afiliado: CC 16642876 PEDRO PABLO PEREA MAFLA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 16642876

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	1997-06-25	2004/04/16	HORIZONTE COLPENSIONES			1997-08-01	2013-12-31
Cesion por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

⁶ Hoja 67 Documento digital 14

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

Por otra parte, si bien el demandante suscribió el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*», a través del cual pretendió hacer constar que estuvo debidamente informado en su decisión, dicha circunstancia en sí misma no es suficiente para concluir su voluntad libre e informada, dado que, conforme a la jurisprudencia consolidada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo contenido se analizó en anteriores apartes, este tipo de aseveraciones no son suficientes para dar por demostrado 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 Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS.

En cuanto a las pruebas con las que se pretendió demostrar que la afiliación ocurrió de manera consciente e informada, obran en el expediente: (i) historial de vinculaciones SIAFP (Hoja 67 documento digital 14), (ii) formulario de afiliación a Horizonte S.A. el 25 de junio de 1997 (Hoja 71 documento digital 14), (iii) historia laboral expedida por Porvenir S.A. (Hoja 78 documento digital 14), (iv), relación histórica de movimientos en Porvenir S.A. (Hoja 88 documento digital 14), (v) historia laboral para bono pensional (Hoja 72 documento digital 14), (iv) comunicados de prensa de Porvenir S.A. sobre prohibición de traslado para las personas que se encuentren a menos de 10 años para alcanzar el

requisito de edad para pensionarse (Hoja 137 documento digital 14) (vi) certificación de afiliación a Porvenir S.A. efectiva desde el 01 de agosto de 1997 (Hoja 70 documento digital 14).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado, y los demás corresponden a situaciones posteriores al acto de traslado que no acreditan que la AFP Porvenir S.A. cumplió con su deber de información.

De igual manera, los comunicados de prensa aportados por la AFP demandada, fueron realizados en fecha posterior a la afiliación del accionante y no demuestran la asesoría recibida, pues de ellas solo es posible extraer que la AFP informó a sus afiliados acerca de los requisitos que debían cumplir para cambiar de régimen pensional y de la prohibición de traslado de régimen traída en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

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, sobre los efectos y consecuencias del traslado que realizó al régimen privado de pensiones. (Min. 11:49 Documento digital 26)

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.

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 4.º del proveído recurrido para ordenar a Porvenir S.A. a devolver dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia los bonos pensionales y las cuentas de rezago, si las hay. De la misma manera, 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, que deberán indexarse al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de la AFP y por todo el tiempo que el actor estuvo vinculado a la AFP. También se adicionará para ordenarle que todos los valores a reintegrar deberán ser discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

En cuanto a la indexación ordenada respecto los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima que debe trasladar la AFP a Colpensiones conviene resaltar que, de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil aplicable en la materia, el efecto de la ineficacia es restablecer las cosas al estado en que se hallarían de no haber existido el acto ineficaz (CSJ SL2877-2020), lo cual se logra mediante las restituciones mutuas que comprenden los frutos percibidos por la administración de los recursos y además la compensación por las pérdidas o por el deterioro de los mismos, como lo es la pérdida del poder adquisitivo que se suscita por el paso del tiempo.

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

tiempo.

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

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

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

Por otro lado, en aras de evitar posteriores trámites administrativos y judiciales se adicionará la sentencia bajo estudio en su numeral 3º para ordenar a Colpensiones que una vez reciba los recursos por parte de Porvenir S.A. realice la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de

semanas del demandante.

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

Ahora bien, con respecto a la condena en costas en instancia a cargo Colpensiones por el grado jurisdiccional de consulta, es oportuno precisar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el numeral 1.º del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

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

Frente a la configuración de la prescripción, basta reiterar lo expuesto en sentencia CSJ SL3156-2022 para advertir que las solicitudes de ineficacia de traslado no están sujetas al fenómeno extintivo de la prescripción, pues a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por este motivo, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, pues a lo que

se dirige es a comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio del proceso (CSJ: SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019 y SL373-2021).

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Colpensiones, apelante infructuoso, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a su cargo la suma de un millón quinientos mil pesos MCTE (\$1.500.000).

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

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

VIII. 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 4.º de la sentencia de 24 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** devolver dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia los bonos pensionales y las cuentas de rezago, si las hay. También, 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, debidamente indexados,

con cargo a los recursos de la AFP y por todo el tiempo que el actor estuvo vinculado a la AFP. Todos los valores a reintegrar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

SEGUNDO: ADICIONAR la anotada sentencia en su numeral 3º, en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** que una vez reciba los recursos por parte de **PORVENIR S.A.** realice la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas del demandante.

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

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

QUINTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara el Voto



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Felipe Lucas Errazuriz Cox
Accionado	Protección S.A. y Colpensiones
Radicado	76001310500320230026901

Sentencia N°. 25

Aprobada mediante acta No.25

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y del recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** contra la sentencia No. 129 del 11 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **FELIPE LUCAS ERRAZURIZ COX**, contra los recurrentes.

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare ineficaz el traslado realizado del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Protección S.A. En consecuencia, solicita que se declare que para efectos pensionales el actor continúa afiliado al RPMPD, y que se condene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones los valores contenidos en el saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con

¹ La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC, 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

todos los rendimientos, frutos e intereses que se hubieren causado, así como cualquier otro factor económico que le corresponda al afiliado. Por último, también solicita la aplicación de las facultades ultra y extra *petita*, el pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos, refirió que nació el 28 de marzo de 1961, contando actualmente con 62 años; que se encontraba afiliado al RPMPD administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el año 1986 mes de mayo; al 13 de enero de 2023 el demandante contaba con un total de 1.016,71 semanas cotizadas al sistema; que en junio del año 2000 fue trasladado del RPMPD al RAIS con Protección S.A. por ofrecimientos extraordinarios que le hiciera un asesor de dicha entidad respecto de los beneficios del RAIS; que al momento del traslado a Protección S.A. no recibió asesoría, el *plan de pensiones*, reglamento de funcionamiento y sobre el derecho a retractarse. Por último, dijo que a pesar de haber solicitado el 19 de mayo de 2023 traslado del RAIS al RPMPD, tal petición le fue negada en ambas entidades.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Protección S.A. en respuesta allegada el 20 de junio de 2023 al Despacho de instancia, adujo como ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación en el RPMPD, la densidad de semanas cotizadas al sistema, y la negativa del traslado. Frente a los demás hechos indicó que no le constan o que no son ciertos. También hizo aclaraciones sobre la fecha de afiliación al RAIS, precisando que la vinculación tuvo lugar el 06 de marzo del 2000.

Se opuso a las pretensiones argumentando:

“(...) No puede hablarse de que existió un error de hecho en el consentimiento del demandante al momento de suscribir la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones, pues como ha quedado demostrado al afiliado se le brindó la información

necesaria para la toma de la decisión y adicionalmente NO señala sobre qué punto de hecho se dio el error pues es claro (y de conformidad con el Código Civil) que el demandante conocía plenamente la ESPECIE U OBJETO DEL NEGOCIO, esto es, sabía perfectamente que con su voluntad continuaba afiliado RAIS y cambiaba sus condiciones pensionales, también conocía LA CALIDAD DEL OBJETO pues como ya se dijo fue informada suficientemente sobre las calidades del régimen y las consecuencias del mismo para su futuro pensional, explicándole en detalle cada una de sus características, y finalmente tampoco existió error en la persona ya que eligió y conocía a la AFP Protección y no fue esta la causa determinante de la celebración del contrato.

(...)

Así las cosas, no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de afiliación del demandante pues como quedó demostrado no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues se insiste, la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido (...)"

Propone en defensa de sus intereses las excepciones denominadas "*inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*", "*buena fe*", "*prescripción*", "*aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones*", "*reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa*", "*inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe*", y la "*innominada o genérica*".

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, por su parte contestó la demanda el 20 de junio de 2023, señalando como ciertos los hechos relacionados con la fecha de afiliación del demandante al ISS, la densidad de semanas aportadas al SGSSI, y a la negación del traslado. Sobre los demás hechos indica que no le constan, que no son ciertos y hace la claridad de que, al momento de la afiliación al RAIS no se encontraba presente, por lo tanto no pudo tener conocimiento de los hechos que motivaron al actor a realizar el traslado de régimen, sin embargo, añade que de los documentos de afiliación se extrae la manifestación expresa de la voluntad del demandante de afiliarse al RAIS con el

llo de requisitos legales y que, no presentó retracto en las oportunidades correspondientes.

Se opuso a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

“(...) De lo anterior se deduce que, si en la decisión libre, voluntaria y sin presiones, y en las oportunidades legales, el demandante nunca manifestó su deseo de retractarse de la afiliación al RAIS, trajo a la postre que esta asumiera las consecuencias legales de tales decisiones, que no fue otra que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. De modo que no es procedente alegar después de dicho periodo alegar que fue engañado, solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas, esto significa que por lo menos la vinculación a esta Administradora se ajustó a la ley y goza de plena y total validez

(...)

no es procedente anular la afiliación, por cuanto el traslado fue realizado por el señor FELIPE LUCAS ERRAZURIZ COX ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, Artículo 13 Literal B (...)

Como excepciones plantea las denominadas “inexistencia del derecho reclamado a cargo de COLPENSIONES”, “saneamiento de la nulidad alegada”, “obligación de declarar la nulidad absoluta”, “prescripción”, “buena fe”, “genérica o innominada”, y por último “proporcionalidad y ponderación”.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, Valle, a través de la sentencia de primera instancia No. 129 del 11 de agosto de 2023, ordenó:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado que hizo el señor **FELIPE LUCAS ERRAZURIZ COX** al Régimen de Ahorro Individual administrado por **PROTECCIÓN S.A.S**, último al que se encuentra afiliado.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **SE ORDENA a PROTECCIÓN S.A.**, trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración con cargo a su propio

patrimonio, seguros previsionales, con todos sus frutos e intereses, cuentas de rezago si las hay y bonos pensionales que se hubiesen emitido, pertenecientes a la cuenta de FELIPE LUCAS ERRAZURIZ COX al Régimen de Prima Media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para lo cual, atendiendo a la normatividad señalada en la parte motiva, se les otorga un plazo de dos meses contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, previa reclamación administrativa que ante dichos fondos realice la parte activa de esta litis, la que se entiende agotada con la presentación de la presente decisión judicial.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que proceda a aceptar el traslado de FELIPE LUCAS ERRAZURIZ COX del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida, junto con los valores señalados en el numeral anterior y que tenga en su cuenta de ahorro individual.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte vencida en juicio. Se fija la suma equivalente a 1 SMMMMLV como agencias en derecho, a favor de la parte actora y a cargo de cada uno de los involucrados en la presente litis.

QUINTO: CONSULTAR la presente decisión por resultar adverso a los intereses de COLPENSIONES (...)"

Lo anterior, tras resaltar que "(...) ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, esto implica un mandato de asesoría y buen consejo, estos de carácter profesional, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia. En jurisprudencia vertical se ha indicado que existe una falta de información y esto vicia el consentimiento, así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de vieja data 12136 del 3 de septiembre del 2014, cuando indica que si el afiliado desconoce la incidencia que el traslado puede tener frente a sus derechos prestacionales no puede argüirse que existe manifestación libre y voluntaria, por tanto ella es ineficaz (...). Los demandantes por su cuenta han probado que se encontraban afiliados al régimen y que después de recibir las asesorías fueron trasladados al Régimen de Ahorro Individual, sin embargo, de las pruebas decretadas aquí y llevadas a cabo por las apoderadas de Protección (...) se ha podido establecer que los demandantes no tenían total conocimiento de la actuación que estaban realizando ni de las consecuencias que eso les generaría cuando se trasladaran de régimen, es por ello, que la prueba recaudada y que ha sido solicitada por los fondos demandados resulta beneficiosa para los mismos demandantes, en el sentido de que ha podido indicar al Despacho que no fueron informados en debida forma, contrario a ello, fueron engañados bajo unas expectativas de obtener una mejor pensión y a menos edad, sin embargo, ya llegada la edad del

*reconocimiento pensional se observa que no es cierto (...)*²

Sobre la excepción de prescripción formulada por las codemandadas, indica que “(...) no prescribe la acción de ineficacia del traslado a régimen pensional porque ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre en los derechos de crédito (...)”

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, interpuso el recurso de apelación en contra de la Sentencia de primera instancia No.129, indicando que, el afiliado ya cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez por tener la edad requerida, y que, en razón al traslado realizado por él, deberá ser el fondo al que se encuentra afiliado el encargado de reconocer la mesada pensional de forma vitalicia por tener validez el traslado de régimen, al haberlo hecho de forma libre y voluntaria en ejercicio de su derecho a la libre elección de régimen pensional³.

Protección S.A. por su parte formuló recurso de apelación, tras señalar que el sistema de pensiones contempla dos regímenes y que los ciudadanos deben cumplir ciertos requisitos y trámites para su afiliación al sistema, en uso del derecho de libre escogencia del régimen pensional. Que el demandante suscribió formulario de afiliación de forma voluntaria, libre, espontánea y consciente de lo realizado, que recibió asesoría, inclusive sobre el derecho al retracto. Adiciona que el demandante permaneció por más de 20 años al RAIS, ratificando su voluntad por no haber hecho el traslado. Que el demandante tenía la potestad y deber de indagar sobre su futuro pensional y no lo hizo, sino solo cuando advirtió que su mesada pensional no sería la de sus expectativas.

Solicita además, exonerar a la entidad demandada de trasladar los conceptos de rendimiento de la cuenta de ahorro individual, seguros previsionales y gastos

² Archivo No.13 del expediente digital, grabación audio video, minuto 44:49 – 53:37

³ Archivo No.13 del expediente digital, grabación audio video, minuto 55:46 – 1:02:40

de administración, pues el traslado de estos afecta la sostenibilidad financiera⁴.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 9 de octubre de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** indicó que no puede “*anularse la afiliación del traslado*” porque la misma fue libre y voluntaria de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y la Circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia.

Indicó que en el caso concreto, el demandante no demostró el engaño y que a pesar de que los fondos privados trasladen todos los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante este esto no implica el sistema general de pensiones no se afecté con estas decisiones.

Las demás partes involucradas dentro del proceso guardaron silencio.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149

⁴ Archivo No.13 del expediente digital, grabación audio video, minuto 1:05:11 – 1:11:53

de 2007, de modo que dicha revisión debe surtirte obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) el demandante estuvo inicialmente afiliada al I.S.S. hoy Colpensiones, desde el 05 de mayo de 1986 conforme se visualiza en la historia laboral contenida en el expediente administrativo aportado por Colpensiones como prueba, cotizando desde la fecha hasta el 31 de marzo del año 2000, 547,29 semanas (ii) el 06 de marzo del 2000 solicitó el traslado de régimen pensional del RPMPD al RAIS, iniciando la efectividad en el RAIS el 01 de mayo del 2000, conforme se visualiza en el archivo No.04 del expediente digital, esto es, el certificado expedido por Asofondos. (iii) el demandante solicitó en mayo del 2023 el traslado de régimen a Colpensiones, siendo negada esta solicitud teniendo en cuenta que ya había superado los últimos diez años para hacerlo, igualmente, solicita a Protección S.A. el traslado, siendo negada la solicitud bajo las mismas circunstancias. (v) el demandante a la actualidad cuenta con 1016,71 semanas, de las cuales 458,57 fueron cotizadas en Protección S.A. según la historia laboral depositada en el archivo No.01 del expediente digital.

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por incumplimientos del deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber,

(iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1° 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 continuación⁵:

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

⁵ CSJ SL1452-2019

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	--	--

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

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

explicó:

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

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

Por tanto, aun cuando obra el formulario de vinculación a Protección S.A. donde se leen salvedades sobre la debida orientación del afiliado, 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 AFP debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido este como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

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

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

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

Sin embargo, en la medida que la ineficacia del cambio de régimen pensional

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, que el demandante se trasladó a Protección S.A. el 01 de mayo del año 2000, cuando el deber de información se encontraba en la primer etapa, esto es, la administradora debía ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, brindar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses y expectativas. Así se observa en el reporte SIAFP de Asofondos⁶:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 1:29:51 PM
Afiliado: CC 19434305 FELIPE LUCAS ERRAZURIZ COX [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 19434305							
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	2000-03-06	2004/04/16	PROTECCION COLPENSIONES			2000-05-01	

Un ítem encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 19434305

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
2000-03-06	2000-03-17	01	AFILIACION	PROTECCION	

Un ítem encontrado.
1

Por tanto, Protección S.A. tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales, así como indicarle las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, conforme al mandato

⁶ Archivo Digital No. 05 del expediente, p.31 – 32.

establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, si bien la demandante suscribió el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*», a través del cual pretendió hacer constar que estuvo debidamente informada en su decisión, como fue expuesto en el recurso, 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 Protección S.A., que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS.

En cuanto a las pruebas con las que se pretendió demostrar que la afiliación ocurrió de manera consciente e informada, obran en el expediente: (i) historia laboral consolidada de Protección S.A. (p.34 a 44, documento digital No.05), (ii) formato de solicitud de vinculación del 06 de marzo del 2000 (p.33, archivo No.05), (iii) relación histórica de movimientos de vinculación del afiliado (p.31, archivo 05), (iv) comunicados de prensa de Protección S.A. sobre prohibición de traslado para quienes estuvieran a menos de 10 años para cumplir edad pensional (p.54, documento digital No.05), (v) documento contentivo de “*políticas asesorar para vincular personas naturales*”, sin que exista prueba de haber sido entregado al afiliado.

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado y los demás

corresponden a situaciones posteriores al acto de cambio de régimen y con los cuales no es posible constatar que la AFP cumpliera con su deber de información.

De igual modo, los comunicados de prensa aportados por el fondo demandado, fueron realizados en fecha posterior a la afiliación del accionante, no hacen parte de la asesoría recibida y corresponden a un aviso público de la entonces novedosa prohibición del traslado de régimen, traída en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

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

Ahora bien, en cuanto a lo reprochado por los recurrentes, especialmente por Colpensiones, se aprecia a lo largo de esta providencia que el deber de información conforme el mandato establecido en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993 no se encuentra cumplido, ni siquiera con la suscripción del formulario de afiliación al fondo, siendo impertinente ahondar más en la corroboración de dicha inferencia, pues, la elección libre y voluntaria efectuada por la demandante y que cita Colpensiones, si bien se puede tratar de un consentimiento exento de fuerza, no puede olvidarse que para que este surta los efectos propios del traslado debió estar precedido 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 Protección 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 actor, por lo que es obligación de la demandada transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago, los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, pues serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho la demandante, los cuales debe asumir la AFP privada que no cumplió con su deber de asesoría, acompañamiento, buen consejo, siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, no prospera su recurso de apelación en este sentido.

También respecto al argumento de Colpensiones, respecto a que el demandante ya cumplió los requisitos de edad para acceder a la pensión y que es la AFP la llamada a reconocer cualquier derecho prestacional y por ende, no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen en cualquier tiempo, debe recordarse a que el eje central en este tipo de situaciones, es determinar si al momento del traslado de régimen la persona contaba con la información completa, clara y concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación y a falta de esta deviene la ineficacia del traslado, la cual le resta efectos jurídicos al paso de la demandante al RAIS desde el RPM y por ello las cosas vuelven a su estado anterior.

Ahora, en ejercicio de la facultad conferida por el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se advierte del fallo de primera instancia que el *a quo* ordenó reintegrar los rubros de la cuenta de ahorro individual sin prever la indexación de los mismos. Sobre ello, se explica que, cuando se genera la devolución de los saldos que deben realizar las AFP a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, según el artículo 1746 del Código Civil

aplicable en la materia, el efecto de tal acción es restablecer el estado de cosas actual al estado anterior en que se hallarían de no haber existido el acto ineficaz (CSJ SL2877-2020), lo cual se logra mediante las restituciones mutuas que comprenden los frutos percibidos por la administración de los recursos y además la compensación por las pérdidas o por el deterioro de los mismos, como lo es la pérdida del poder adquisitivo que se suscita por el paso del tiempo.

Por tanto, se adicionará la sentencia en este puntual aspecto, correspondiendo, además, a la AFP accionada ante la declaratoria de ineficacia, retornar lo cobrado por comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues no es factible que el afiliado o Colpensiones asuman los deterioros que tales recursos sufrieron por el paso del tiempo.

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

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

Y es que la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron descontar al afiliado tales rubros y que la devolución deba ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la

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

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 2º del proveído recurrido para ordenar a Protección S.A. a devolver aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago, los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima en forma indexada.

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). Contrario lo afirmado en el recurso de apelación propuesto por Colpensiones.

Ahora bien, con respecto a la condena en costas en instancia, es oportuno precisar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el numeral 1.º del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

Colpensiones en la contestación de la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, por lo que fue vencida en juicio tal como lo establece la norma aplicable ya reseñada.

De la misma manera, Protección S.A. presentó su oposición a lo requerido por el demandante y presentó excepciones de mérito que no prosperaron. Por lo anterior, dichas entidades deben asumir la condena en costas, pues tal disposición no establece ninguna excepción; en consecuencia, al cumplirse los presupuestos de la norma, mal haría esta Sala en desconocerlos, más aún cuanto estas forman parte integral de la sentencia, pues su imposición nace del ejercicio propio del derecho.

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

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Protección S.A. y Colpensiones, apelantes infructuosos, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una la suma de Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE (\$1.500.000).

Todo lo anterior, atendiendo al principio de libre formación del convencimiento, conforme lo establece el artículo 61 del CPTSS, y los múltiples pronunciamientos

de la 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 2.º de la sentencia del 22 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia devuelva los aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago, los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del afiliado en forma indexada.

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

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

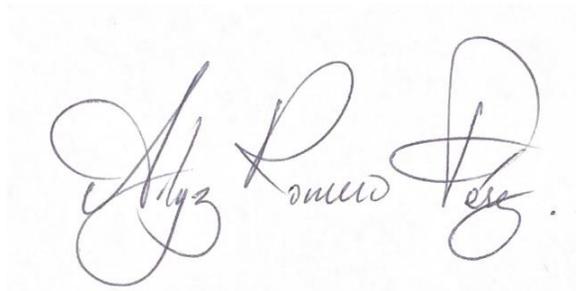
CUARTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.

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

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara el Voto



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	José Elder Peñaloza
Accionado	Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones
Radicado	76001310500620210035201

Sentencia N°. 23

Aprobada mediante acta No.23

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2023)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y del recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** contra la sentencia de 17 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **JOSÉ ELDER PEÑALOZA** contra la recurrente, **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare que Colmena Pensiones hoy Protección S.A., al trasladarlo del I.S.S. no cumplió con el deber de información, que en consecuencia se decrete la ineficacia del traslado al RAIS con Protección S.A., que se ordene a Porvenir S.A., fondo actual del accionante, el traslado al RPMPD de los aportes, rendimientos y semanas cotizadas y que se ordene a

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

Colpensiones aceptar nuevamente al señor José Elder Peñaloza al régimen administrado por esa entidad. También pretendió se emita condena por costas , agencias en derecho y cualquier derecho que se encontrare probado por aplicación de las facultades ultra y extra *petita*.

Como hechos, refirió que nació el 17 de julio de 1960 y a la fecha de presentación de la demanda contaba con 60 años de edad; que se vinculó al RPMPD desde el 19 de abril de 1989; que en julio de 1994 se trasladó al RAIS administrado en ese entonces por Colmena Pensiones; que en septiembre de 2004 se afilió a Porvenir S.A.; que antes de cumplir 52 años no recibió asesoría respecto de la posibilidad de regresar al RPMPD; que ha cotizado 1316 semanas, de las cuales 273.5 fueron en el RPMPD y 1042.7 en el RAIS; que el 12 de abril de 2021 radicó solicitud de afiliación a Colpensiones y de nulidad de traslado al RAIS y en la misma fecha fue rechazado por dicha entidad; que el 12 de abril de 2021 solicitó soporte de la asesoría brindada por Protección S.A. al momento del traslado y el 21 de abril del referido año, el fondo de pensiones le informó que no se anexaban soportes pues la asesoría se brindó de manera presencial; que el 14 de abril de 2021 requirió a Porvenir S.A. para que le informara sobre su mesada pensional y también para que le remitieran el soporte de la asesoría recibida y esta entidad el 05 de mayo de 2021 le indicó que la asesoría fue brindada de manera verbal y que su mesada a la edad de 62 años correspondería a \$1.645.100, mientras que en el RPMPD sería de \$3.224.306.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Protección S.A. aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento y edad del demandante, su afiliación a Colmena hoy Protección S.A. y luego a Porvenir S.A. y la solicitud efectuada a la entidad sobre el soporte de la asesoría brindada y su respectiva respuesta. Frente a los demás hechos indicó que no le constaban o que no eran ciertos y se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que *“no existió omisión por parte de la entidad que represento al momento de entregar al señor*

JOSÉ ELDER PEÑALOZA toda la información que este requería para que tomará una decisión consciente y libre de toda coacción, respecto del traslado de régimen pensional del de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN S.A."

Como excepciones formuló las de validez de la afiliación a Protección S.A., buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, compensación e innominada o genérica.

Porvenir S.A. adujo que son ciertos los hechos asociados a la fecha del nacimiento y edad del demandante y respecto del derecho de petición elevado a dicha entidad el 14 de abril de 2021, frente a los demás hechos adujo que no le constaban o que no eran ciertos. Se opuso a las pretensiones en los siguientes términos: *"no se demostró la causal de ineficacia y/o nulidad que invalide la afiliación voluntaria del demandante en el R.A.I.S. En ese sentido, no incumplió mi representada con ningún deber profesional, pues al demandante se le proporcionó información relacionada con las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes (R.A.I.S. y RPMPD), permitiéndole de esta forma que tomara una decisión libre, informada y sin presiones."*

En su defensa, interpuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, Colpensiones aceptó los hechos concernientes a la fecha de nacimiento y edad del demandante, el inicio de sus cotizaciones con el RPMPD,

su traslado a Colmena hoy Protección S.A., el número de semanas cotizadas tanto en el RPMPD como en el RAIS, las solicitudes efectuadas a Colpensiones el 12 de abril de 2021 y la respuesta brindada por el fondo público, la solicitud enviada a Porvenir S.A. el 14 de abril de 2021 y la respuesta recibida. En cuanto a los demás hechos indicó que no le constaban o no eran ciertos y se opuso a la pretensión de aceptar al demandante en el RPMPD en los siguientes términos *“el traslado a la fecha goza de plena validez y además de ello, el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.”*

Finalmente, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia de 17 de julio de 2023, ordenó:

“Primero. - DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por el señor JOSÉ ELDER PEÑALOZA con C.C.7.360.555 del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado actualmente por PORVENIR, el cual tuvo lugar a partir del 1º de agosto de 1994.

Segundo. - IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales al Afiliado.

Tercero. - ORDENAR a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por el Demandante y el capital que tenga en su haber en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en las AFP del RAIS aquí demandadas.

Cuarto. - NO DAR PROSPERIDAD a las excepciones de fondo propuestas por las Demandadas.

Quinto. - ABSOLVER a las Demandadas de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por el Actor.

Sexto. - SINO FUERE APELADO este fallo, consúltese ante el Superior.

Séptimo. - CONDENAR a PORVENIR y a PROTECCIÓN a pagar el equivalente a UN SMLMV por cada una, a título de AGENCIAS EN DERECHO."

Lo anterior, tras resaltar que el fondo privado incumplió la carga de la prueba que le concernía, pues *"se procedió a la búsqueda de aquellas pruebas que demostraran el cumplimiento de las obligaciones en cabeza de las AFP del RAIS Demandadas tanto desde el momento previo a la afiliación como durante el desarrollo de la misma, no encontrando alguna conducente que demostrara la adecuada y oportuna asesoría relacionada con la descripción concreta de los beneficios y afectaciones que conlleva este trámite"*.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, en su sustentación expuso necesaria la devolución de las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados, conforme lo ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 17 de agosto de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término respectivo, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** indicó que no resulta procedente el traslado de la

demandante, toda vez que se encuentra incurso dentro de la prohibición de traslado y no demostró la pérdida del régimen de transición o alguna expectativa legítima. Aunado a lo anterior, indica que el formulario de afiliación es plena prueba de la voluntad del afiliado de trasladarse y que en el proceso no se probó vicios del consentimiento.

Finalmente, solicita que en caso de ser declarada la ineficacia se reintegre el RPMPD lo concerniente al saldo de la cuenta de ahorro, primas previsionales, porcentaje destinado a contribuir al fondo e pensión mínima y gastos de administración, además que sea revocada la condena en costas.

El demandante, **José Elder Peñaloza** indicó que le corresponde a los fondos de pensiones probar el cumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen pensional, lo cual no hizo. Aunado a lo anterior, manifestó que probó dentro del proceso haber sido engañado, por ende, debe declararse la ineficacia del traslado de régimen.

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

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

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias

que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtir obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) el demandante estuvo inicialmente afiliado al I.S.S. hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 19 de abril de 1989², (ii) el 22 de julio de 1994 solicitó traslado al régimen de ahorro individual RAIS administrado en ese momento por Colmena A.I.G. hoy Protección S.A.³, (iii) en razón a cesión por fusión acaecida el 1 de abril de 2004 fue vinculado a ING Pensiones hoy Protección S.A.⁴, (iv) para el 27 de noviembre de 2002 se registró traslado a Colpensiones⁵, (v) por cesión por multifiliación el 7 de septiembre de 2004 se vinculó a BBVA Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.⁶ y (vi) el 1 de enero de 2014 se oficializó su vinculación por cesión por fusión con Porvenir S.A.⁷, fondo actual del demandante.

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

² Hoja 3 Documento digital 9

³ Hoja 63 Documento digital 6

⁴ Hoja 63 Documento digital 6

⁵ Hoja 63 Documento digital 6

⁶ Hojas 46 y 63 Documento digital 6

⁷ Hoja 63 Documento digital 6

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

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

En dicha línea al acto de traslado debe antecederle una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, pues únicamente así se garantiza que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

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

Asimismo, el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y, con ello, las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones; de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se hizo tránsito al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante), información que los jueces deben tener en cuenta en cada caso concreto, a efectos de establecer el cumplimiento del deber de ilustración, de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021). Tal y como se observa a continuación⁸:

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

⁸ CSJ SL1452-2019

		el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada

en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

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

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

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

Por tanto, aun cuando Protección S.A. y Porvenir S.A. allegan los formularios de vinculación a Colmena A.I.G. y a BBVA Horizonte S.A. donde se leen salvedades sobre la debida orientación del afiliado, del precedente citado se extrae que no es posible constatar el cumplimiento del deber que le asiste a las administradoras de pensiones, pues este va más allá del diligenciamiento de un formulario de afiliación, ya que la AFP debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido este como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno

conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

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

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

Sobre el particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia

CSJ SL2929-2022 indicó lo siguiente:

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, el actor se trasladó a la AFP Colmena A.I.G. hoy Protección S.A. desde el 22 de julio de 1994, 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 Asofondos⁹

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 8:46:22 AM
Afiliado: CC 7360555 JOSE ELDER PEÑALOZA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas Afiliado presenta vinculaciones inválidas

Vinculaciones para : CC 7360555

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	1994-07-22	2009/05/16	COLMENA	COLPENSIONES		1994-08-01	2000-03-31
Cesion por fusión	2000-04-01	2013/10/04	ING	COLMENA		2000-04-01	2002-12-31
Traslado regimen	2002-11-27	2009/07/02	COLPENSIONES	ING		2003-01-01	2004-10-31
Cesión por multifiliación	2004-09-07	2009/05/16	HORIZONTE	COLPENSIONES		2004-11-01	2013-12-31
Cesion por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

5 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Por tanto, Colmena A.I.G. hoy Protección S.A. tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales, así como indicarle las

⁹ Hoja 63 Documento digital 6

consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, conforme al mandato establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

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

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

En cuanto a las pruebas con las que se pretendió demostrar que la afiliación ocurrió de manera consciente e informada, obran en el expediente: (i) historial de vinculaciones SIAFP (Hoja 63 documento digital 6), (ii) formulario de afiliación a BBVA Horizonte S.A. el 07 de septiembre de 2004 (Hoja 46 documento digital 6), (iii) historia laboral expedida por Porvenir S.A. (Hoja 26 documento digital 6), (iv), relación histórica de movimientos en Porvenir S.A. (Hoja 35 documento digital 6), (v) historia laboral para bono pensional (Hoja 66 documento digital 6), (iv) comunicados de prensa de Porvenir S.A. sobre la expedición de la prohibición de traslado para las personas que se encuentren a menos de 10 años para alcanzar el requisito de edad para pensionarse (Hoja 71 documento digital 6), (vi) certificación de afiliación a Porvenir S.A. efectiva desde el 01 de agosto de 1997 (Hoja 45 documento digital 6), (vii) derecho de

petición del demandante radicado el 14 de abril de 2021 y su respuesta de 05 de mayo de 2021 (Hojas 48 y 52 documento digital 6), (viii) informe de movimientos con rendimientos de Porvenir S.A. (Hoja 59 documento digital 7), (ix) formulario de afiliación a Colmena A.I.G. (Hoja 34 documento digital 4), (x) reporte estado de cuenta de Protección S.A. (Hoja 40 documento digital 4), (xi) respuesta al demandante de 12 de noviembre de 2021 (Hoja 39 documento digital 4).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado, y los demás corresponden a situaciones posteriores al acto de traslado que no acreditan que la AFP Porvenir S.A. cumplió con su deber de información.

De igual manera, los comunicados de prensa aportados por los fondos demandados fueron realizados en fecha posterior a la afiliación del accionante y no hacen parte de la asesoría recibida. Estos dan cuenta sobre el aviso general que la AFP hizo sobre la entonces novedosa prohibición del traslado de régimen traída en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

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

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta y conforme al recurso de apelación interpuesto por el fondo público, se adicionará el numeral 3.º del proveído recurrido para ordenar a Porvenir S.A.

a devolver dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia las cuentas de rezago, si las hay. De la misma manera, se adicionará para que devuelva el porcentaje correspondiente a primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, que deberán indexarse al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de la AFP y por todo el tiempo que el actor estuvo vinculado dicho AFP, indexación que también deberá recaer sobre los gastos de administración, cuya devolución ya fue ordenada por el *a quo*. También se adicionará para que todos los valores a reintegrar aparezcan discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

Por otro lado, se adicionará el numeral 3º de la providencia en cuestión, para que Protección S.A. reintegre a Colpensiones comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus recursos, en forma indexada y por todo el tiempo que el actor estuvo vinculado a dicha AFP. Todos los valores a reintegrar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

En cuanto a la indexación ordenada respecto los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima que deben reintegrar las AFPS a Colpensiones, conviene resaltar que, de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil aplicable en la materia, el efecto de la ineficacia es restablecer las cosas al estado en que se hallarían de no haber existido el acto ineficaz (CSJ SL2877-2020), lo cual se logra mediante las restituciones mutuas que comprenden los frutos percibidos por la administración de los recursos y además la compensación por las pérdidas o por el deterioro de los mismos, como lo es la pérdida del poder adquisitivo que se suscita por el paso del tiempo, pues no es factible que el afiliado o Colpensiones asuman los deterioros que tales recursos sufrieron.

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

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

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

Por otro lado, en aras de evitar posteriores trámites administrativos y judiciales se adicionará la sentencia bajo estudio en su numeral 2º para ordenar a Colpensiones que una vez reciba los recursos por parte de Porvenir S.A. y Protección S.A. realice la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas del demandante.

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

Ahora bien, con respecto a la condena en costas en instancia a cargo Colpensiones por el grado jurisdiccional de consulta, es oportuno precisar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el numeral 1.º del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

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

Frente a la configuración de la prescripción, basta reiterar lo expuesto en sentencia CSJ SL3156-2022 para advertir que las solicitudes de ineficacia de traslado no están sujetas al fenómeno extintivo de la prescripción, pues a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por este motivo, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, pues a lo que se dirige es a comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos

jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio del proceso (CSJ: SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019 y SL373-2021).

En esta segunda instancia, no se condenará en costas, pues a Colpensiones, le fue resuelto favorablemente su recurso de apelación.

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

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

IX. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral 3.º de la sentencia de 17 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** devolver dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia las cuentas de rezago, si las hay. También, deberá devolver 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, debidamente indexados, con cargo a los recursos de la AFP y por todo el tiempo que el actor estuvo vinculado a la AFP. Todos los valores a reintegrar deberán aparecer

discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

De igual modo, se **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.** devolver dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia 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, debidamente indexados, con cargo a los recursos de la AFP y por todo el tiempo que el actor estuvo vinculado a la AFP. Todos los valores a reintegrar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

SEGUNDO: ADICIONAR la anotada sentencia en su numeral 2º, en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** que una vez reciba los recursos por parte de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** realice la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas del demandante.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara el Voto



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

Sentencia N°. 27

Aprobada mediante acta No.27

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y del recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** contra la sentencia No. 251 del 17 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **CARLOS ALBERTO PATIÑO MILLÁN**, en contra de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare ineficaz el traslado realizado del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Protección S.A. En consecuencia, solicita que se declare que para efectos pensionales el actor continúa afiliado al RPMPD, y que se condene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones los valores contenidos en el saldo de la cuenta de ahorro

¹ La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC, 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

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos, frutos e intereses que se hubieren causado, así como cualquier otro factor económico que le corresponda al afiliado. Por último, también solicita la aplicación de las facultades ultra y extra *petita*, el pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos, refirió que nació el 12 de julio de 1961, contando a la actualidad con 62 años; que se encontraba vinculado al RPMPD administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el mes de mayo de 1989, cotizando un total de 124,00 semanas; que fue trasladado del RPMPD al RAIS por el ofrecimiento de ventajas y beneficios pensionales; que al momento del traslado a Protección S.A. no recibió asesoría suficiente y necesaria para conocer las implicaciones del mismo; que presentó ante Colpensiones reclamación administrativa el 01 de junio de 2021, para que le concedieran el traslado de régimen, sin embargo, la respuesta a ello fue negativa; que solicitó a la AFP Protección S.A. el traslado de régimen, solicitud que también fue negada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Colpensiones remitió respuesta del 02 de noviembre de 2021, aduciendo como ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del accionante, la afiliación al RPMPD en el año 1989, las semanas de cotización en el ISS, la solicitud de traslado de régimen y su respuesta negativa por sobrepasar el tiempo máximo para ejercer tal acción, y la reclamación en los mismos términos realizada a Protección S.A. Frente a los demás hechos indicó que no le constan.

Se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando:

“(...) En el caso bajo estudio es necesario precisar que, conforme al documento de identidad del demandante que obra en el plenario se tiene que nació el 12 de julio de 1961, por lo que a la fecha cuenta con 61 años y está a menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez conforme lo reglado en la ley

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003. Es decir, el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal prevista en el literal "e" del artículo 13 de la norma precitada para pretender realizar un traslado entre Regímenes pensionales.

De otro lado, es de indicarse existen plenas manifestaciones en la demanda y soportes probatorios que acreditan que el demandante se vinculó de manera directa a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, afiliación a partir de la cual se permite vislumbrar la voluntad del demandante de efectuar su traslado al RAIS, por lo que dicho acto de afiliación tiene plena validez conforme lo instituye el Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, y de conformidad con la norma en cita, la afiliación del accionante al RAIS goza de plena validez, toda vez que la movilidad entre Regímenes es una potestad única y exclusiva del afiliado, facultad restringida por la ley de manera exclusiva cuando al afiliado le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

(...)"

Propone en defensa de sus intereses las excepciones denominadas "inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido", "la innominada", "buena fe", y "prescripción".

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., contestó la demanda señalando como ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del actor y su edad, la fecha de vinculación al ISS en el año 1989, mes de mayo y la solicitud de traslado del RPMPD al RAIS el 01 de junio de 2021. Respecto a los demás hechos contestó que no le constan y que no son ciertos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

"(...) El demandante, de manera libre y voluntaria, solicitó traslado del régimen de prima media administrado inicialmente por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A, el 29/06/1995 con fecha de efectividad del 01/07/1995 (Conforme a la Historial de Vinculaciones – SIAFP emitido por Asofondos y el Formulario de Vinculación emitido por mi representada).

Es de recalcar que, al momento del traslado de régimen, PROTECCIÓN S.A., entregó

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

información objetiva al demandante sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y su comparación con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), con el fin que el mismo tomara una decisión libre, voluntaria e informada, decidiendo este solicitar su traslado.

(...)

Pues como se ha dicho anteriormente, el traslado de régimen pensional, fue realizado por el demandante de forma libre, espontánea y sin presiones, y no por la presunta omisión de información por parte de mi representada PROTECCIÓN S.A., esto por cuanto la entidad que represento, capacita debidamente a sus asesores comerciales, antes que sean autorizados para ofrecer la afiliación a los fondos que administra, de manera que puedan brindar una asesoría objetiva, integral y completa, con el fin que sean los mismos trabajadores quienes tomen una decisión informada.

(...)

Es necesario recalcar, que desde la afiliación a PROTECCIÓN S.A., el señor CARLOS ALBERTO PATIÑO MILLÁN, NO manifestó inconformidad alguna respecto de la información brindada, no manifestó ningún reparo respecto del cumplimiento de las obligaciones dando a entender que las mismas se cumplieron a cabalidad, conforme a la ley, aun habiéndole realizado una Reasesoría (sic) en el año 2012, por tal razón no puede aceptarse que después de tanto tiempo se alegue la nulidad de afiliación desconociéndose entonces los principios rectores de la buena fe y sus propios actos.

Como excepciones plantea las denominadas “validez de afiliación a Protección SA.”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara (sic) la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa”, “inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe”, “inexistencia del vicio en el consentimiento por error de derecho”, “prescripción”, “inexistencia de engaño y de expectativa legítima”, “nadie puede ir en contra de sus propios actos”, “compensación”, y la “innominada o genérica”.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, Valle, a través de la sentencia de

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

primera instancia No. 251 del 17 de agosto de 2023, ordenó:

“(...) Primero. - DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por el señor CARLOS ALBERTO PATIÑO MILLÁN con C.C.16.656.867 del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado actualmente por PROTECCIÓN S.A. el cual tuvo lugar el 01/07/1995.

Segundo. - IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales al Afiliado.

Tercero. - ORDENAR a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por el Demandante y el capital que tenga en su haber en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS aquí demandada.

Cuarto. - NO DAR PROSPERIDAD a las excepciones de fondo propuestas por las Demandadas.

Quinto. - SINO FUERE APELADO este fallo, consúltese ante el Superior.

Sexto. - CONDENAR a PROTECCIÓN a pagar el equivalente a UN SMLMV a título de AGENCIAS EN DERECHO (...)”

Lo anterior, tras resaltar:

“(...) Establecido lo anterior no se encontró prueba alguna conducente que demostrara que la AFP del RAIS fue diligente y eficaz al momento de brindar una información completa que permitiera al Afiliado decidir con todos los elementos de juicio cual régimen sería mejor para él a partir del momento en que se produjo la afiliación como hecho más relevante y si continuó con dicha asesoría durante el desarrollo de la vinculación, teniendo en cuenta que las AFP desde su creación tienen el deber de brindar al Afiliado una información cierta, suficiente y oportuna para que pueda tomar un decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, pasando por el deber de brindar una información necesaria y transparente, al de asesoría y buen consejo y finalmente al de la doble asesoría.

Corolario de lo expuesto, es acceder a la pretendida ineficacia del traslado desde la data en que se produjo aquel hecho, ordenando a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por el Demandante con sus correspondientes rendimientos en todas sus modalidades y con los gastos de administración causados durante la vigencia de la afiliación a la AFP del RAIS teniendo en cuenta que el actuar de esta fue lo que dio lugar a la ineficacia del traslado y en consecuencia deberá padecer los efectos negativos de aquel hecho, tal como lo estableció la CSJ en la sentencia SL 31989 del 08 de septiembre de 2008, M.P.

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS, reiterada en sentencia SL17595-2017 con Radicación 46292 del 18 de octubre de 2017, M.P. FERNANDO CASTILLO CADENA (...)”²

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, interpuso el recurso de apelación en contra de la Sentencia de primera instancia, indicando que se adicione la sentencia en el sentido de reintegrar no solo los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual del afiliado, sino también los gastos de administración y las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados y con cargo en sus propios recursos³.

La AFP Protección S.A. no formuló recursos en contra de la sentencia.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 9 de octubre de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** indicó que no resulta procedente el traslado de la demandante, toda vez que se encuentra incurso dentro de la prohibición de traslado y no demostró la pérdida del régimen de transición o alguna expectativa legítima. Aunado a lo anterior, indica que el formulario de afiliación es plena prueba de la voluntad del afiliado de trasladarse y que en el proceso no se probó vicios del consentimiento.

² Archivo No.16 del expediente digital, grabación audio video, minuto 30:25 – 38:39

³ Archivo No.16 del expediente digital, grabación audio video, minuto 38:56 – 39:42

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

Finalmente, solicita que en caso de ser declarada la ineficacia se reintegre el RPMPD lo concerniente al saldo de la cuenta de ahorro, primas previsionales, porcentaje destinado a contribuir al fondo de pensión mínima y gastos de administración, además que sea revocada la condena en costas.

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 CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtir obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) el demandante estuvo inicialmente afiliado al I.S.S. hoy Colpensiones, desde el 29 de mayo de 1989, cotizando desde la fecha hasta el 30 de junio de 1995 un total de 124,00 semanas⁴ (ii) que el demandante solicitó el traslado de régimen pensional el día 29 de junio de 1995, con fecha de efectividad de la afiliación del 01 de julio de 1995 (p.38, archivo 06); (iii) el demandante presentó ante Colpensiones reclamación administrativa con radicado 2021_6279968 el 01 de junio de 2021, con el fin de efectuar el traslado de régimen,

⁴ Archivo No.04, folios 22 -26 del expediente digital.

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

siendo despachada desfavorablemente su petición por haber superado el tope máximo para tal evento⁵; (iv) igualmente, el 01 de junio de 2021, solicitó a Protección S.A. el traslado de régimen, reclamación que también fue negativa a los intereses del afiliado⁶; (v) que el demandante cuenta conforme a la historia laboral emitida por Protección con un total de 1264,28 semanas, de las cuales 1238,57 han sido las aportadas a la AFP⁷.

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por incumplimientos del deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

⁵ Archivo No.04, folios 29 – 31 del expediente digital.

⁶ Archivo No.01, folios 36 – 39 del expediente digital.

⁷ Archivo No.01, folios 41 – 55 del expediente digital.

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

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 continuación⁸:

⁸ CSJ SL1452-2019

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

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 perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

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 Protección S.A. donde se leen salvedades sobre la debida orientación del afiliado, 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 AFP debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido este como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

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

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

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

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

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, que el demandante se trasladó a Protección S.A. el 01 de julio de 1995 (p.38, archivo 06), cuando el deber de información se encontraba en la primer etapa, esto es, la administradora debía ilustrar al ciudadano que pretendía afiliarse las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, brindar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «libre y voluntariamente» la

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

opción que mejor se ajustara a sus intereses y expectativas. Así se observa en el reporte SIAFP de Asofondos⁹:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 6:05:35 PM
 Afiliado: CC 16656867 CARLOS ALBERTO PATIÑO MILLAN [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 16656867

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	1995-06-29	2004/04/16	PROTECCION COLPENSIONES			1995-07-01	

Un item encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 16656867

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1995-06-29	1996-06-13	01	AFILIACION	PROTECCION	

Un item encontrado.
1

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

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

Tampoco existe una constancia de que se haya entregado el Plan de Pensiones o

⁹ Archivo Digital No. 06 del expediente, p.38 - 39.

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

el Reglamento de Funcionamiento de Protección S.A., que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS.

En cuanto a las pruebas con las que se pretendió demostrar que la afiliación ocurrió de manera consciente e informada, obran en el expediente: (i) resumen de historia laboral del afiliado (p.40 - 41 archivo 06), (ii) historia laboral consolidada (p.42 - 56, archivo 06), (iii) actualización datos del afiliado (p.37, archivo 06), (iv) historial de vinculaciones al SGSSI emitido por Asofondos a través del SIAFP (p.38 - 39, archivo 06).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del histórico de asesorías al afiliado que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado y los demás 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.

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.

Frente a lo señalado por Colpensiones en la sustentación del recurso de alzada, se advierte que, le acude razón frente a que, con la declaración de la ineficacia del traslado deviene el retrotraer todo al estado inicial de la afiliación del actor, por lo que es obligación de la demandada transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, aportes

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

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

Lo anterior, también se analiza en ejercicio de la facultad conferida por el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, recalando del fallo de primera instancia que el *a quo* si bien ordenó reintegrar *“el capital que tenga en su haber en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conforman el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS”*, lo cierto es que, omitió prever que, la devolución de los saldos que deben realizar las AFP a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, según el artículo 1746 del Código Civil aplicable en la materia, tiene como efecto restablecer el estado de cosas actual al estado anterior en que se hallarían de no haber existido el acto ineficaz (CSJ SL2877-2020), lo cual se logra mediante las restituciones mutuas que comprenden los frutos percibidos por la administración de los recursos y además la compensación por las pérdidas o por el deterioro de los mismos, como lo es la pérdida del poder adquisitivo que se suscita por el paso del tiempo.

Por tanto, se adicionará la sentencia en este puntual aspecto, correspondiendo, además, a la AFP accionada ante la declaratoria de ineficacia, retornar lo cobrado por comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos,

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

pues no es factible que el afiliado o Colpensiones asuman los deterioros que tales recursos sufrieron por el paso del tiempo.

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

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

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

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 3º del proveído recurrido para ordenar a Protección S.A. a devolver aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago,

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima en forma indexada.

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

Ahora bien, con respecto a la condena en costas en instancia, es oportuno precisar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el numeral 1.º del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

Colpensiones en la contestación de la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, por lo que fue vencida en juicio tal como lo establece la norma aplicable ya reseñada.

De la misma manera, Protección S.A. presentó su oposición a lo requerido por el demandante y presentó excepciones de mérito que no prosperaron. Por lo anterior, dichas entidades deben asumir la condena en costas, pues tal disposición no establece ninguna excepción; en consecuencia, al cumplirse los presupuestos de la norma, mal haría esta Sala en desconocerlos, más aún cuando estas forman parte integral de la sentencia, pues su imposición nace del ejercicio propio del derecho.

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

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

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Protección S.A. y Colpensiones, apelantes infructuosos, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una la suma de Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE (\$1.500.000).

Todo lo anterior, atendiendo al principio de libre formación del convencimiento, conforme lo establece el artículo 61 del CPTSS, y los múltiples pronunciamientos de la 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,

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral 3.º de la sentencia del 17 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia devuelva los aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago, los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del afiliado en forma indexada.

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

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

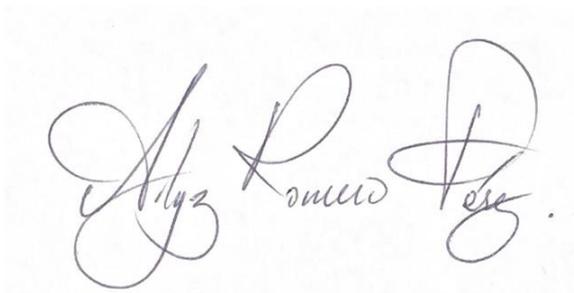
CUARTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Carlos Alberto Patiño Millán
Accionado	Protección S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210036801



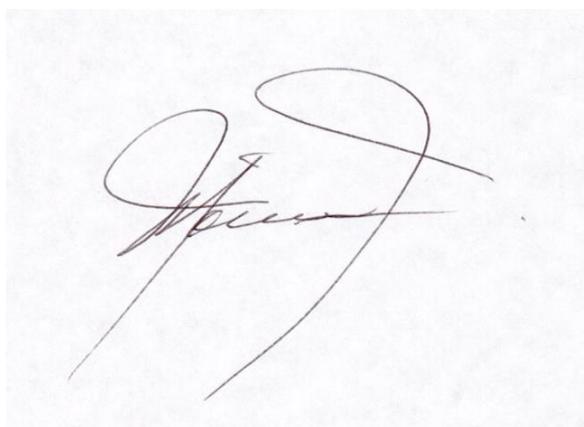
ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclaración de Voto



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Mabil Susana Luna Cuero
Accionado	Porvenir S.A. - Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicado	76001310500620210041101

Sentencia N°. 28

Aprobada mediante acta No.28

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y del recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** contra la sentencia No. 254 del 22 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **MABIL SUSANA LUNA CUERO** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare ineficaz el traslado realizado del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Porvenir S.A. En consecuencia, solicita que se declare que para efectos pensionales continúa afiliada al RPMPD y se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los valores contenidos en el saldo de su cuenta de ahorro individual, tales como

¹ La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC, 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

cotizaciones, bonos pensionales con todos los rendimientos, frutos e intereses que se hubieren causado, así como cualquier otro factor económico que le corresponda a la afiliada. Por último, también solicita la aplicación de las facultades *ultra y extra petita*, el pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos, refirió que nació el 24 de mayo de 1957, ello quiere decir que a la actualidad cuenta con 66 años; que estuvo afiliada al RPMPD y que se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 01 de agosto de 1995 a través del formulario de vinculación No.00531938 del 24 de julio de 1995; que al momento del traslado no recibió por parte de la entidad información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones, acceso y servicio de cada uno de los regímenes pensionales; que presentó derecho de petición a la AFP para la proyección de su mesada pensional y que le informaron que el promedio de su mesada sería de \$908.526 a los 64 años, mientras que en Colpensiones podría alcanzar una mesada hasta de \$3.366.077; que radicó ante la AFP Porvenir S.A. reclamación administrativa tendiente al traslado de régimen, la cual fue negada. Igual sucedió con la reclamación administrativa elevada para traslado ante Colpensiones, negándole tal petición mediante oficio 2021_6029231-27163755 del 26 de mayo de 2021, por haber revasado la edad pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES contestó la demanda² y adujo como ciertos los hechos relacionados con la edad de la demandante, la densidad de semanas aportadas al SGSSI conforme lo refleja la historia laboral aportada al expediente, la fecha de traslado al RAIS y sobre las peticiones elevadas a los fondos para el traslado de régimen, las cuales fueron negadas. Sobre los demás hechos indicó que no le constan y negó el hecho décimo referente a la liquidación de la mesada pensional en Colpensiones, pues

² Archivo No.09 del expediente digital.

no ha hecho proyección de esta.

Se opuso a las pretensiones argumentando:

“(...) En el caso de estudio, la señora MABIL SUSANA LUNA CUERO C.C. 34528359, nació el 24 de mayo de 1957, por lo que actualmente cuenta con 64 años de edad, es decir, que supera la edad mínima para ser beneficiaria de una pensión de vejez, según la Ley 797 de 2003, art 33; se afilió inicialmente al RPM administrado por el ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y se trasladó al RAIS administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, el 01 de agosto de 1995, siendo esta AFP en la que se encuentra actualmente afiliada, por lo que dicho traslado tiene plena validez, conforme al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Conforme a lo anterior, la demandante, elevó la solicitud de traslado y/o la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contando con 64 años de edad, es decir, superando la edad mínima para tener derecho a la pensión de vejez, teniendo en cuenta que la edad mínima es de cincuenta y siete (57) años para las mujeres, según la Ley 797 de 2003, art. 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 01 de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre (...)

En ese orden de ideas, y de conformidad con la norma en cita, el traslado a la fecha goza de plena validez y además de ello, el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; vejez y además es menester traer a colación lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, el cual expresa que: “Todo afiliado al régimen y que no haya adquirido la calidad de pensionado, podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado, o trasladarse a otra entidad administradora.”, lo cual permite concluir que es improcedencia la solicitud de traslado entre regímenes pensionales y entre las diferentes administradoras del Sistema General de Pensiones cuando el afiliado haya adquirido la calidad de pensionado o recibido la devolución de aportes, por ello no está llamada a prosperar la nulidad de traslado aducido por la parte demandante y mucho menos el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones cuando el traslado goza de plena validez. Por lo anterior, no está en la obligación la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES en realizar el traslado del RAIS al RPM (...)

Propone en defensa de sus intereses las excepciones denominadas “inexistencia

de la obligación y cobro de lo no debido”, “prescripción”, “la innominada”, “buena fe”.

Porvenir S.A. contestó la demanda el 27 de abril del 2023, conforme se visualiza en el archivo 15 del expediente digital. Frente a los hechos narrados en la demanda, señala como ciertos la edad de la demandante, la densidad de semanas cotizadas al sistema, la fecha de vinculación o traslado del RPMPD al RAIS tras recibir una asesoría clara y completa, la solicitud de traslado de régimen elevada por la actora en mayo de 2021, y la negativa a su petición por encontrarse superado el término de 10 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida para pensionarse. Los demás hechos aseguró que no le constan.

Se opuso a cada uno de las pretensiones planteadas por la demandante, en los siguientes términos:

Es de aclarar que en la actualidad se exige demostrar que hubo asesoría a la parte demandante con el cumplimiento de exigencias rigurosas más allá del diligenciamiento del formulario y la información brindada de manera verbal, esto, sin tener en cuenta que esta obligación se hizo exigible por parte de la Superintendencia Financiera, (ente que vigila a las Administradoras del Fondo de Pensiones) a partir del año 2016 mediante Circular 016 de 2016. Sin embargo, se debe aclarar que esta no es una fuente formal de derecho.

No obstante, lo anterior, las posturas de la Corte Suprema de Justicia siguieron la corriente de las exigencias de la Superintendencia Financiera, pero impusieron criterios sin respetar el principio de la irretroactividad, toda vez que no deberían ser exigidos dichos requisitos para quienes se hayan afiliado /trasladado previo al año 2016, pues antes de ese tiempo, no existía la doble asesoría, buen consejo o información completa, detallada y suficiente en los términos que hoy se pretende se hubieran realizado para el momento del traslado, lo importante para el 2016, era brindar información veraz y necesaria, con el fin de que la parte actora pudiera tomar una decisión libre y voluntaria.

(...)

Es claro con lo mencionado, que la figura más importante en este tipo de procesos de ineficacia y/o nulidad del traslado, es la de las restituciones mutuas, pues esta tiene un fin lógico que de manera orgánica se encuentra inmerso en el proceso, consistente en evitar que se quiebre el equilibrio de las relaciones y que una parte tenga ventaja sobre el patrimonio de la otra, disminuyéndolo.

(...)

En este caso, debe aclararse que, como consecuencia de la nulidad o la ineficacia, el afiliado tendrá solamente derecho a que se le devuelvan las cotizaciones que, de no haber realizado el traslado, hubiese continuado haciendo en el RPM. Lo anterior, porque de recibir los elementos propios del RAIS, como los rendimientos, réditos, operaciones comerciales y de inversión, portafolios de cartera, comisión por administración, estaría pasándose por alto la figura de la restitución y se estaría incrementando el patrimonio de la parte actora, afectando el de la Demandada (...)

En defensa de sus intereses propuso las excepciones que denominó “buena fe”, “ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado”, “aceptación tácita de las condiciones del RAIS”, “enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas”, y “prescripción”.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, Valle, a través de la sentencia de primera instancia No. 254 del 22 de agosto de 2023, ordenó:

“(...) Primero. - DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MABIL SUSANA LUNA CUERO con C.C.34.528.359 del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado actualmente por PORVENIR el cual tuvo lugar a partir del 1° de agosto de 2004.

Segundo. - IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales a la Afiliada.

Tercero. - ORDENAR a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la Demandante y el capital que tenga en su haber en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS aquí demandada.

Cuarto. - NO DAR PROSPERIDAD a las excepciones de fondo propuestas por las Demandadas.

Quinto. - ABSOLVER a las Demandadas de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por la Actora.

Sexto. - SINO FUERE APELADO este fallo, consúltese ante el Superior.

Séptimo. - CONDENAR a PORVENIR a pagar el equivalente a UN SMLMV a título de AGENCIAS EN DERECHO (...)”

Lo anterior, tras resaltar:

“(...) se encuentra que es el fondo de pensiones quien debió demostrar que fue diligente y eficaz al momento de brindar una información completa que permitiera al Afiliado (a) decidir con todos los elementos de juicio cual régimen sería mejor para ella a partir del momento en que se produjo la afiliación como hecho más relevante y si posteriormente, continuó con dicha asesoría durante el desarrollo de la vinculación, teniendo en cuenta que las AFP desde su creación tienen el deber de brindar al Afiliado una información cierta, suficiente y oportuna para que pueda tomar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, pasando por el deber de brindar una información necesaria y transparente, al de asesoría y buen consejo y finalmente al de la doble asesoría.

Respecto al fenómeno de la prescripción señaló:

“(...) A la excepción de prescripción no se le da prosperidad acogiendo el criterio establecido en la sentencia SL-1689-2019 – Radicación 65791 del 08 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO acerca de la improcedencia de este fenómeno en los asuntos de nulidad de traslado, teniendo en cuenta que esta es una pretensión declarativa y los derechos que nacen de ella tienen el mismo trato, pues hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social (...)”³

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de COLPENSIONES formula recurso de alzada⁴ contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, fijando su reparo en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, tras señalar que se debe adicionar la condena y ordenar pagarle las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, al igual que las cotizaciones voluntarias, si las hubo.

³ Archivo No.20 del expediente digital, grabación audio video, minuto 49:50 – 59:26

⁴ Archivo No.20 del expediente digital, grabación audio video, minuto 59:44 – 1:00:29

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 31 de octubre de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado **Porvenir S.A.** indicó que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, porque estos tienen un origen legal. En cuanto a los rendimientos financieros manifestó que de ordenarse la devolución de los gastos de administración no es procedente la devolución de los rendimientos, toda vez que, la ficción jurídica implica retrotraer las cosas al estado inicial.

Finalmente indicó que no hay lugar a la condena en costas porque es un proceso que no está regido por los principios de debido proceso, igualdad, eficacia y eficiencia pues es un proceso que no se puede evitar y no es dable acceder a mecanismos alternativos de solución de conflictos.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** indicó que no resulta procedente el traslado de la demandante, toda vez que se encuentra incurso dentro de la prohibición de traslado y no demostró la pérdida del régimen de transición o alguna expectativa legítima. Aunado a lo anterior, indica que el formulario de afiliación es plena prueba de la voluntad del afiliado de trasladarse y que en el proceso no se probó vicios del consentimiento.

Finalmente, solicita que en caso de ser declarada la ineficacia se reintegre el RPMPD lo concerniente al saldo de la cuenta de ahorro, primas previsionales, porcentaje destinado a contribuir al fondo e pensión mínima y gastos de administración, además que sea revocada la condena en costas.

La demandante **Mabil Susana Luna** solicita que sea confirmada la sentencia de instancia porque Porvenir S.A. no demostró haber cumplido con el deber de información al momento del traslado.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtirse obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) el demandante estuvo inicialmente afiliada al I.S.S. hoy Colpensiones desde el 28 de julio de 1977, conforme a la historia laboral aportada en la carpeta administrativa de la accionante, obrante en el archivo No.06 del expediente digital; (ii) que la demandante se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 24 de julio de 1995, conforme puede observarse de la prueba documental obrante en el archivo No.15 del expediente digital, folio 131, “solicitud de vinculación” y conforme al historial de vinculaciones que reposa en el mismo archivo a folio 108, con fecha de efectividad de 01 de agosto de 1995; (iii) que a 24 de abril de 2023, la accionante contaba con una densidad de semanas cotizadas al SGSSI de 1859 (p.69, archivo 15); (iv) que Porvenir S.A. le respondió negativamente la solicitud de nulidad de

traslado de régimen (p.127 - 130, archivo 15); (v) que la demandante solicitó traslado a Colpensiones el 26 de agosto de 2021 (p.1, archivo 08) y esta fue despachada desfavorablemente el 26 de mayo de 2021 (p.5, archivo 08), por encontrarse superados los 10 años anteriores al cumplimiento del requisito de edad para pensionarse.

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por incumplimientos del deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1° 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 continuación⁵:

⁵ CSJ SL1452-2019

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.

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de

convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario.”

Por tanto, aun cuando obra el formulario de vinculación a Porvenir S.A. donde se leen salvedades sobre la debida orientación del afiliado, 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 AFP debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido este como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

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

criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima."

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

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

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso que la demandante solicitó afiliación a Porvenir S.A. el 24 de julio de 1995, y la efectividad del traslado del Régimen de Prima Media con

Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual se dio el 01 de agosto de 1995, cuando el deber de información se encontraba en la primer etapa, esto es, la administradora debía ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, brindar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses y expectativas. Así se observa en el reporte SIAFP de Asofondos⁶:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 8:49:24 PM
Afiliado: CC 34528359 MABIL SUSANA LUNA CUERO [Ver detalles](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 34528359

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	1995-07-24	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			1995-08-01	

Un item encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 34528359

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1995-07-24	1996-06-13	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, conforme al mandato establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, si bien la demandante suscribió el formulario de afiliación⁷ bajo un texto pre-impreso denominado «voluntad de afiliación», 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

⁶ Archivo Digital No.15 del expediente, p.237

⁷ Archivo No.15, p.131 del expediente digital

informado.

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

En cuanto a las pruebas con las que se pretendió demostrar que la afiliación ocurrió de manera consciente e informada, obran en el expediente: (i) historia laboral consolidada de Porvenir S.A. (p.69 - 79, documento digital No.15), (ii) formato de solicitud de vinculación del 24 de julio de 1995 (p.131, archivo No.15), (iii) relación histórica de movimientos de vinculación de la afiliada (p.108, archivo 15), y (iv) comunicados de prensa de Porvenir S.A. y de otras AFP sobre prohibición de traslado para quienes estuvieran a menos de 10 años para cumplir edad pensional (p.49 - 51, del documento digital No.08).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado y los demás corresponden a situaciones posteriores al acto de cambio de régimen y con los cuales no es posible constatar que la AFP cumpliera con su deber de información.

De igual modo, los comunicados de prensa aportados por el fondo demandado, fueron realizados en fecha posterior a la afiliación de la accionante, no hacen parte de la asesoría recibida y corresponden a un aviso público de la entonces novedosa prohibición del traslado de régimen, traída en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Los anteriores elementos corroboran el hecho que el traslado al RAIS deviene

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

Ahora bien, en cuanto a lo reprochado por la recurrente, esto es, Colpensiones, en la sustentación del recurso de apelación, es preciso concluir que le asiste razón, pues con la declaración de la ineficacia del traslado deviene el retrotraer todo al estado inicial de la afiliación de la actora, por lo que es obligación de la demandada transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago, los rendimientos, así como los gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima indexados, pues serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho el demandante, los cuales debe asumir la AFP privada que no cumplió con su deber de asesoría, acompañamiento, buen consejo, siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, prospera su recurso de apelación en este sentido.

Lo anterior, también se estudia en ejercicio de la facultad conferida por el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, recalcando que si bien la Juez de instancia ordenó trasladar *“todos los aportes efectuados por la Demandante y el capital que tenga en su haber en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS aquí demandada”*, lo cierto es que, omitió prever que, la devolución de los saldos que deben realizar las AFP a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, según el artículo 1746 del Código Civil aplicable en la materia, tiene

como efecto restablecer el estado de cosas actual al estado anterior en que se hallarían de no haber existido el acto ineficaz (CSJ SL2877-2020), lo cual se logra mediante las restituciones mutuas que comprenden los frutos percibidos por la administración de los recursos y además la compensación por las pérdidas o por el deterioro de los mismos, como lo es la pérdida del poder adquisitivo que se suscita por el paso del tiempo.

Por tanto, se adicionará la sentencia en ese sentido, correspondiendo, además, a la AFP accionada ante la declaratoria de ineficacia, retornar lo cobrado por comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues no es factible que el afiliado o Colpensiones asuman los deterioros que tales recursos sufrieron por el paso del tiempo.

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

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

Y es que la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron descontar al afiliado tales rubros y que la devolución deba ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la

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

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 3º del proveído recurrido para ordenar a Porvenir S.A. a devolver aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago, los rendimientos y, además, los gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima en forma indexada.

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). Contrario lo afirmado en el recurso de apelación propuesto por Colpensiones.

Ahora bien, con respecto a la condena en costas en instancia, es oportuno precisar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el numeral 1.º del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

Colpensiones en la contestación de la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, por lo que fue vencida en juicio tal como lo establece la norma aplicable ya reseñada.

De la misma manera, Porvenir S.A. presentó su oposición a lo requerido por el demandante y presentó excepciones de mérito que no prosperaron. Por lo anterior, dichas entidades deben asumir la condena en costas, pues tal disposición no establece ninguna excepción; en consecuencia, al cumplirse los presupuestos de la norma, mal haría esta Sala en desconocerlos, más aún cuanto estas forman parte integral de la sentencia, pues su imposición nace del ejercicio propio del derecho.

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

Sin costas en segunda instancia, dadas las resultas del recurso.

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 No.254 del 22 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia devuelva los aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago si las hay, junto con los rendimientos. Además, se ordena devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima en forma indexada a la fecha de su pago.

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

TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia. Se fijan como agencias en derecho la suma un millón quinientos mil pesos MCTE (\$1.500.000) a cargo de cada una de las demandadas.

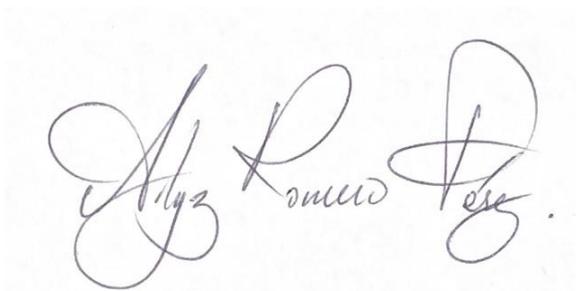
CUARTO: Por Secretaría, NOTIFÍQUESE esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.

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

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclaración de Voto



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Ángela María Monsalve Concha
Accionado	Colpensiones y Porvenir S.A.
Radicado	76001310500720230018701

Sentencia N°. 35

Aprobada mediante acta No.35

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y de los recursos de apelación interpuestos por **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** contra la sentencia del 17 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **ANGELA MARÍA MONSALVE CONCHA** contra las recurrentes.

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad -pretensión principal- o la ineficacia -pretensión subsidiaria- del traslado realizado el 25 de agosto de 1998 del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A., antes BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, en consecuencia se declare que continúa afiliada al RPMPD y que se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones el valor obrante en su cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, los rendimientos, frutos e intereses que se hubieren causado, así

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

como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Por último, solicita la aplicación de facultades ultra y extra *petita*, el pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos, refirió que nació el 31 de agosto de 1968; que se afilió al I.S.S. hoy Colpensiones desde 1991 donde cotizó hasta septiembre de 1998; que el 25 de agosto de 1998 se cambió al RAIS con Porvenir S.A. por ofrecimientos extraordinarios y errados que le hiciera un asesor de dicha entidad; que al momento del traslado de régimen no fue asesorada e informada de manera transparente, completa, adecuada y suficiente respecto a las diferencias entre uno y otro régimen, los beneficios, ventajas e implicaciones de su decisión; que tampoco se le indicó el capital necesario para acceder a una pensión en el RAIS y demás condiciones pensionales.

Finalmente, informó que el 2 de agosto de 2018 solicitó a Colpensiones anular su afiliación al RAIS y recibirla nuevamente en el RPMPD, la cual fue denegada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación en el RPMPD y la solicitud de nuevo traslado presentada a Colpensiones, frente a los demás hechos aseguró que no le constan o que no son ciertos.

También se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que “(...) *se evidencia que la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual se dio en virtud a su libertad de escogencia de régimen pensional, por lo tanto, no hay lugar a ordenar la ineficacia del traslado (...)*” y propuso como excepciones las de validez de afiliación al RAIS, aceptación implícita de la voluntad del afiliado, saneamiento de una presunta nulidad, prescripción, buena fe y genérica.

Porvenir S.A. también aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y su

situación pensional y los demás dijo que no son ciertos o que no le constan. Se opuso a las pretensiones al considerar que “(...) la afiliación de la accionante a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones luego de haber recibido toda la información y asesoría completa, necesaria y personalizada respecto a las características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad” y propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, restituciones mutuas y la innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia No.165 del 17 de julio de 2023, ordenó:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación efectuada por la señora ANGELA MARIA MONSALVE CONCHA identificada con la CC. No. 31.982.312 al fondo PORVENIR SA, en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y por lo mismo siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

TERCERO: Como secuela obligada de la anterior determinación, la demandante, deberá ser admitida y sin dilación alguna en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR SA, a devolver, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos estos últimos, correspondientes al periodo en que el demandante estuvo afiliado a dicha administradora.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Para la devolución de los conceptos ordenados se le concede a PORVENIR S.A. el

término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de la ejecutoria de la sentencia, y una vez recibidos, por COLPENSIONES, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar a la demandante su historia laboral.

QUINTO: SIN COSTAS a cargo de PORVENIR SA.

SEXTO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES, se fijan como agencias en derecho la suma de 1/2 SMLMV. Liquídense por Secretaría.

SEPTIMO: CONSULTESE con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelado².

Lo anterior, tras resaltar que los fondos privados incumplieron la carga de la prueba que les concernía, pues, no lograron acreditar con el formulario de afiliación y con los comunicados de prensa aportados que cumplieran su deber de información al momento del traslado de régimen pensional de la demandante, lo que se traduce en la ineficacia y en las condenas por concepto de devoluciones detalladas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión se presentó el recurso de alzada por parte de Colpensiones y Porvenir S.A. La primera, adujo que la demandante no logró acreditar la omisión del deber de información y, por ello, el formulario de afiliación demuestra que su elección de régimen fue libre y voluntaria, lo que impide la configuración de la ineficacia de traslado solicitada en la demanda.

Porvenir S.A. se mostró inconforme exclusivamente con la condena relacionada a la devolución de gastos de administración, aduciendo que se trata de obligaciones legales previstas para asegurar la buena gestión de los recursos de los afiliados, por lo que ordenar su devolución es ilegal y comportaría una carga injustificada para la AFP.

² Documento digital No.14.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 20 de noviembre de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado, la demandante **Ángela María Monsalve Concha** manifestó que se debe conformar la sentencia de instancia toda vez que dentro del proceso no se acreditó el cumplimiento del deber de información.

Por su parte, **Porvenir S.A.** manifestó que resulta inequitativo ordenar devolver los gastos de administración durante el tiempo que estuvo la demandante afiliada al fondo, pues los despoja de unas sumas que fueron causadas por su gestión.

Adicionalmente, manifestó que para los gastos de administración opera la prescripción y que en caso de no aplicarse afectaría directamente la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Las demás partes dentro del proceso guardaron silencio.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtirte obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones,

entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) la demandante estuvo inicialmente afiliada al I.S.S. hoy Colpensiones, donde cotizó desde el 10 de julio de 1991 al 29 de septiembre de 1998³, (ii) el 25 de agosto de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual RAIS administrado por Porvenir S.A.⁴, donde se encuentra actualmente afiliada.

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

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

³ Documento digital No.06, p.19.

⁴ Documento digital No.06, p.51.

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 continuación⁵:

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.

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo

⁵ CSJ SL1452-2019.

puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de

las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario.”

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

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

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

constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

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

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

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, que la demandante se trasladó a Porvenir S.A. el 25 de agosto de 1998, 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 la solicitud de vinculación alojada en la p.51 del documento digital No.06.

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 de indicarle las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, conforme al mandato establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, si bien la demandante suscribió el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*», a través del cual pretendió hacer constar que estuvo debidamente 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, obran en el expediente: (i) historia laboral expedida por Porvenir S.A. (p.16 a 28, documento digital No.06); (ii) comunicados o publicaciones de prensa sobre la imposibilidad temporal del traslado de régimen (p.76 a 78, documento digital No.06); (iii) certificado de afiliación a Porvenir S.A. (p.48, documento digital No.06).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo

debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado y los demás corresponden a situaciones posteriores al acto de cambio de régimen y con los cuales no es posible constatar que la AFP cumpliera con su deber de información. Por su parte, el interrogatorio de parte rendido por la demandante⁶ tampoco ofrece confesión relativa al cumplimiento del deber de información de la AFP, por lo que no contribuye a satisfacer la carga de la prueba.

De igual modo, los comunicados de prensa aportados por el fondo demandado, fueron realizados en fecha posterior a la afiliación de la accionante, no hacen parte de la asesoría recibida y corresponden a un aviso público de la entonces novedosa prohibición del traslado de régimen, traída en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

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

Ahora bien, en cuanto a lo reprochado por 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.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993, el cual no se encuentra cumplido, ni siquiera con la suscripción del formulario de afiliación al fondo. Asimismo, el referente a la carga de la prueba, la cual como ya se dijo está en cabeza de las AFP ante la negación indefinida de la accionante, tal y como lo explicó la Corte Suprema de

⁶ Minuto 00:08:00 de la audiencia cuyo enlace aparece en el documento digital No.14.

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 actor, por lo que es obligación de la demandada transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago, los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, pues serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho el demandante, los cuales debe asumir la AFP privada que no cumplió con su deber de asesoría, acompañamiento, buen consejo, siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, no prosperan los recursos de apelación en este sentido.

También respecto al argumento de Colpensiones, acerca de que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen en cualquier tiempo, debe recordarse que el eje central en este tipo de situaciones, es determinar si al momento del traslado de régimen la persona contaba con la información completa, clara y concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación y a falta de esta deviene la ineficacia del traslado, la cual le resta efectos jurídicos al paso del demandante al RAIS desde el RPM y por ello las cosas vuelven a su estado anterior.

Otro punto de inconformidad de Colpensiones, se centra en la permanencia del actor en el RAIS, lo que según dicha entidad debe considerarse como una manifestación de su voluntad de querer pertenecer al régimen mencionado. Sobre esto, es pertinente traer a colación lo doctrinado por la Sala de Casación Laboral Permanente frente a los actos de relacionamiento, autoridad que ha sostenido que no operan en los casos de ineficacia de traslado de régimen, pues en estos asuntos lo que se debe determinar es si la persona recibió información integral para tomar la decisión de cambiar de régimen y no sobre sus motivaciones para cambiarse de AFP, bien sea porque una AFP le ofrecía mejores rendimientos o le cobraba una menor comisión. Así se expuso en sentencia CSJ SL1055-2022: *“conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”*

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.

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

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

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

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

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 4.º del proveído recurrido para ordenar a Porvenir S.A. a devolver el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la afiliada junto con sus rendimientos financieros, los bonos pensionales y cuentas de rezago si las hay. Además, se debe ordenar a Porvenir S.A. que devuelva las comisiones y gastos de administración debidamente indexadas.

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 la afiliada al RAIS, más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del afiliado (CSJ AL606-2023), contrario a lo afirmado en el recurso de apelación propuesto por Colpensiones.

Frente a la configuración de la prescripción, basta reiterar lo expuesto en sentencia CSJ SL3156-2022 para advertir que las solicitudes de ineficacia de traslado no están sujetas al fenómeno extintivo de la prescripción, pues a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por este motivo, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, 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).

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Porvenir S.A. y Colpensiones, apelantes infructuosos, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una la suma de un millón quinientos mil pesos MCTE (\$1.500.000).

Todo lo anterior, atendiendo al principio de libre formación del convencimiento, conforme lo establece el artículo 61 del CPTSS, y los múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencias CSJ SL802-2021, CSJ SL858-2021, CSJ 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 4.º de la sentencia No.165 del 17 de julio de 2023, dictada por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, para ordenar a Porvenir S.A. devolver el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la afiliada junto con sus rendimientos financieros, bonos pensionales y cuentas de rezago si las hay. Además, deberá devolver al actor los aportes voluntarios en caso de existir y restituir a Colpensiones las comisiones y gastos de administración debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., apelantes infructuosos y a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho, a cargo de cada una, la suma un millón quinientos mil pesos MCTE (\$1.500.000).

CUARTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



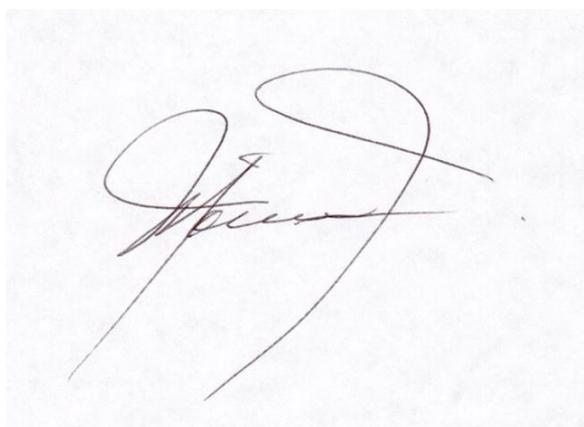
ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara Voto



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Adriana Escobar Chalarca
Accionado	Porvenir S.A. y Colpensiones
Radicado	76001310500720230027301

Sentencia N°. 26

Aprobada mediante acta No.26

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y del recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** contra la sentencia del 22 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **ADRIANA ESCOBAR CHALARCA** contra las recurrentes.

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare ineficaz el traslado realizado del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Porvenir S.A. En consecuencia, solicita que se declare que continúa afiliada al RPMPD y que se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos

¹ La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC, 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

pensionales, con todos los rendimientos, frutos e intereses que se hubieren causado, así como cualquier otro factor económico que le corresponda al afiliado y se condene a la AFP a asumir con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión. Por último, también solicita la aplicación de las facultades ultra y extra *petita*, el pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos, refirió que nació el 14 de junio de 1960; que se afilió al I.S.S. hoy Colpensiones desde 24 de diciembre de 1987; que el 28 de febrero de 2000 se trasladó del RPMPD al RAIS con Porvenir S.A. por ofrecimientos extraordinarios y errados que le hiciera un asesor de dicha entidad respecto de los beneficios del RAIS; que al momento del traslado a Porvenir S.A. no fue asesorado e informado de manera transparente, completa, clara, veraz y suficiente de las diferencias entre uno y otro régimen, los beneficios, ventajas e implicaciones de su decisión; que no se le informó sobre el capital necesario para adquirir una pensión, tampoco que parte de su aporte mensual se destinaría al pago de seguros, gastos de administración y Fondo de Garantía de Pensión Mínima; que no se le asesoró sobre su derecho a un bono pensional y la posibilidad de negociarlo para anticipar su pensión, ni que su pensión se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado, como de sus beneficiarios y tampoco se le realizaron proyecciones futuras de pensión.

Por último, informó que a pesar de haber solicitado ante Porvenir S.A. el 13 de abril de 2023 el traslado de régimen, tal petición le fue negada mediante oficio del 04 de mayo de 2023, ocurriendo una situación similar frente a Colpensiones.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Colpensiones adujo como ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante y su afiliación en el RPMPD, frente a los demás hechos aseguró que no le constan o que no son ciertos.

También se opuso a las pretensiones argumentando que *“(...) COLPENSIONES es completamente ajena a los hechos acontecidos, puesto que el hecho de que la parte actora hubiese determinado trasladar sus aportes a RAIS fue solo y únicamente voluntad de la parte, además se desconoce el tipo de asesoría que se le pudo brindar al demandante, para que el mismo determinara sentirse insatisfecho con la ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES antes ISS y decidiera trasladar sus aportes al RAIS, mi representada no tuvo ningún tipo de coacción para que la misma tomara tal decisión”*.

En su defensa, propuso como excepciones, entre otras, las siguientes: *“El traslado del demandante obedeció a su decisión libre y voluntaria y por tanto está revestido de legalidad y eficacia, innominada, inexistencia de la obligación, carencia del derecho, prescripción, buena fe, compensación, imposibilidad de condena simultánea e indexación e intereses moratorios, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, 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 (...)”*.

Porvenir S.A. aceptó lo referido a la edad de la demandante y su situación pensional. Los demás hechos fueron negados o desconocidos. Acto seguido, se opuso a las pretensiones tras indicar que *“(...) existe (sic) elementos posteriores a la afiliación que podrían considerarse como constitutivos de la voluntad consciente de la persona de mantenerse en el régimen y que se traducen en la irrefutable creencia de que el afiliado contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección”*. y en su defensa interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, restituciones mutuas e innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia del 22 de agosto de 2023, ordenó:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación efectuada por la señora ADRIANA ESCOBAR CHALARACA identificada con la CC. No. 31.856.718 al fondo PORVENIR SA, en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y por lo mismo siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

TERCERO: Como secuela obligada de la anterior determinación, la demandante, deberá ser admitida y sin dilación alguna en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR SA, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos estos últimos, correspondientes al periodo en que la demandante estuvo afiliada a dicha administradora.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Para la devolución de los conceptos ordenados se le concede a PORVENIR S.A. el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de la ejecutoria de la sentencia, y una vez recibidos, por COLPENSIONES, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar a la demandante su historia laboral.

QUINTO: SIN COSTAS a cargo de PORVENIR SA.

SEXTO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES, se fijan como agencias en derecho la suma de 1/2 SMLMV. Líquidense por Secretaría.

SEPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelada.

Lo anterior, tras resaltar que los fondos privados incumplieron la carga de la prueba que les concernía, pues "(...) se pudo concluir que el traslado no cumplió con el deber de información y transparencia, por lo que se debe aplicar la consecuencia derivada de la afiliación desinformada que consiste en dejar sin efecto jurídico alguno el

acto del traslado de régimen"².

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó recurso de apelación en el que argumentó que el formulario de afiliación y la permanencia de la demandante en el RAIS por más de 20 años permiten inferir que aceptó informadamente las condiciones de dicho régimen pensional y, por lo tanto, no concurren los presupuestos legales para declarar que existió un vicio del consentimiento que afectó el acto jurídico de traslado.

Porvenir S.A. también presentó recurso de alzada, en el que sostuvo que ordenar trasladar los gastos de administración a Colpensiones implicaría un enriquecimiento sin justa causa, dados los rendimientos que se lograron en la cuenta de ahorro individual de la demandante con su gestión y administración.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 9 de octubre de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Estando dentro de la oportunidad procesal, la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** presentó escrito de alegatos, en el cual indicó que no puede condenarse en costas debido a que la obligación de buen consejo recaía sobre el fondo privado y para el efecto trajo a colación la sentencia proferida en la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali de la magistrada María Isabel Arango Secker radicado 76001310501420220057401.

Por su parte, **Porvenir S.A.** indicó que confirmar la sentencia de instancia

² Registro de la audiencia en el documento digital No.15.

vulnera el principio de sostenibilidad financiera y que la posibilidad de declarar la nulidad de la afiliación al RAIS esta prescrita conforme al artículo 488 de Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social el artículo 1750 del Código Civil.

Aunado a lo anterior, indicó que no se puede declarar la ineficacia del traslado de régimen cuando el afiliado no ha estado afiliado a Colpensiones y que existieron actos de relacionamiento que permiten inferir la vocación de permanencia en el régimen.

Las demás partes dentro del proceso guardaron silencio

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtirse obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) la demandante estuvo inicialmente afiliada al I.S.S. hoy Colpensiones, donde cotizó desde diciembre de 1987³, (ii) el 28 de febrero de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual RAIS administrado por

³ P.58 a 59, documento digital No.02.

Porvenir S.A.⁴.

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por incumplimientos del deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1° 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

⁴ P.57, documento digital No.11.

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 continuación⁵:

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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia

⁵ CSJ SL1452-2019

	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	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 perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

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

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

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

Por tanto, aun cuando obra el formulario de vinculación a Porvenir S.A. donde

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

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

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

Por otra parte, los efectos económicos de la ineficacia consisten en la devolución de los aportes obligatorios y voluntarios, lo cual comprende la totalidad del capital ahorrado, junto con sus rendimientos financieros e igualmente, se deberán reintegrar los bonos pensionales y las cuentas de rezago, si las hay. El porcentaje correspondiente a comisiones, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deberán no solo reintegrarse sino indexarse al

momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la ineficacia trae como resultado, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen.

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

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, que la demandante se trasladó a Porvenir S.A. desde el 28 de febrero de 2000, 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 Asofondos⁶:

⁶ P.70, documento digital No. 11

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 7:27:13 PM
Afiliado: CC 31856718 ADRIANA ESCOBAR CHALARCA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 31856718							
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	2000-02-28	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			2000-04-01	

Un item encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 31856718						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
2000-02-28	2000-03-06	01	AFILIACION	PORVENIR		

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, conforme al mandato establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, si bien la demandante suscribió el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*», a través del cual pretendió hacer constar que estuvo debidamente 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, obran en el expediente: (i) historia laboral consolidada de Porvenir S.A. (p.16 a 20, documento digital No.11); (ii)

relación histórica de movimientos expedida por Porvenir S.A. (p.21 a 54, documento digital No.11), (iii) formulario de afiliación a Porvenir S.A. suscrito el 28 de febrero de 2000 (p.57, documento digital No.11), (iv) comunicados de prensa Porvenir S.A. sobre la prohibición de traslado para quienes estuvieran a menos de 10 años para cumplir edad pensional (p.85, documento digital No.11).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado y los demás corresponden a situaciones posteriores al acto de cambio de régimen y con los cuales no es posible constatar que la AFP cumpliera con su deber de información.

De igual modo, los comunicados de prensa aportados por el fondo demandado, fueron realizados en fecha posterior a la afiliación de la accionante, no hacen parte de la asesoría recibida al momento de vinculación al RAIS y corresponden a un aviso público de la entonces novedosa prohibición del traslado de régimen, traída en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

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

Ahora bien, en cuanto a lo reprochado por los recurrentes, especialmente por Colpensiones, se aprecia a lo largo de esta providencia que el deber de información conforme el mandato establecido en el numeral 1.º del artículo 97

Decreto 663 de 1993 no se encuentra cumplido, ni siquiera con la suscripción del formulario de afiliación al fondo, siendo impertinente ahondar más en la corroboración de dicha inferencia, pues, la elección libre y voluntaria efectuada por la demandante y que cita Colpensiones, si bien se puede tratar de un consentimiento exento de fuerza, no puede olvidarse que para que este surta los efectos propios del traslado debió estar precedido 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 actor, por lo que es obligación de la demandada transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago, los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima en forma indexada, pues serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho la demandante, los cuales debe asumir la AFP privada que no cumplió con su deber de asesoría, acompañamiento, buen consejo, siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, no prospera su recurso de apelación en este sentido.

También respecto al argumento de Colpensiones, respecto a que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen en cualquier tiempo, debe recordarse a que el eje central en este tipo de situaciones, es determinar si al momento del traslado de régimen la persona contaba con la información completa, clara y concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación y a falta de esta deviene la ineficacia del traslado, la cual le resta efectos jurídicos al paso de la demandante al RAIS desde el RPM y por ello las cosas vuelven a su estado anterior.

Se duele Porvenir S.A., además, de la devolución de rendimientos ordenada y de la devolución de los rubros descontados con base en una afiliación ineficaz. Sobre ello se explica que respecto de la devolución que deben realizar los fondos privados a Colpensiones con ocasión de la ineficacia del traslado, de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil aplicable en la materia, el efecto de la ineficacia es restablecer las cosas al estado en que se hallarían de no haber existido el acto ineficaz (CSJ SL2877-2020), lo cual se logra mediante las restituciones mutuas que comprenden los frutos percibidos por la administración de los recursos y, además, la compensación por las pérdidas o por el deterioro de los mismos, como lo es la pérdida del poder adquisitivo que se suscita por el paso del tiempo.

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

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

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

nunca hubiera existido.” (Subrayado fuera del texto)

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

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 4.º del proveído recurrido para ordenar a Porvenir S.A. a devolver las cuentas de rezago, si las hay, así como las comisiones, aportes voluntarios y los rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

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). Contrario lo afirmado en el recurso de apelación propuesto por Colpensiones.

Ahora bien, con respecto a la condena en costas en instancia, es oportuno precisar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el numeral 1.º del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la

Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

Colpensiones en la contestación de la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, por lo que fue vencida en juicio tal como lo establece la norma aplicable ya reseñada.

De la misma manera, Porvenir S.A. presentó su oposición a lo requerido por el demandante y presentó excepciones de mérito que no prosperaron. Por lo anterior, dichas entidades deben asumir la condena en costas, pues tal disposición no establece ninguna excepción; en consecuencia, al cumplirse los presupuestos de la norma, mal haría esta Sala en desconocerlos, más aún cuanto estas forman parte integral de la sentencia, pues su imposición nace del ejercicio propio del derecho.

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

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Porvenir S.A. y Colpensiones, apelantes infructuosos, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una la suma de Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE (\$1.500.000).

Todo lo anterior, atendiendo al principio de libre formación del convencimiento, conforme lo establece el artículo 61 del CPTSS, y los múltiples pronunciamientos de la 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 4.º de la sentencia del 22 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia devuelva las cuentas de rezago, si las hay, así como las comisiones, aportes voluntarios y los rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. apelantes infructuosos y a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma un millón quinientos mil pesos m/cte. (\$1.500.000) a cargo de cada una.

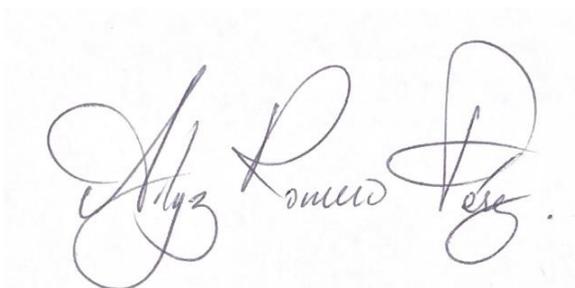
CUARTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en

el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.
Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



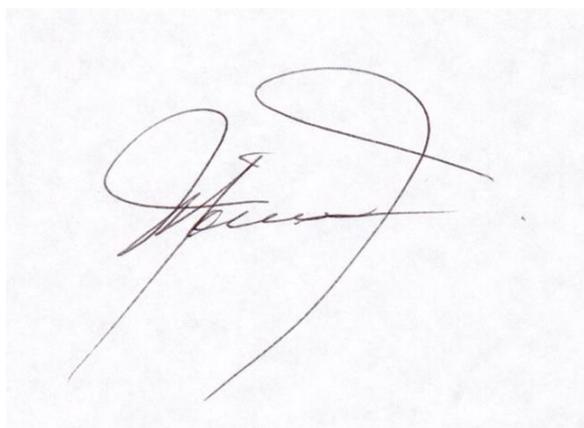
ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara el Voto



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Liborio Valencia Casierra
Accionado	Porvenir S.A. y Colpensiones
Radicado	76001310500820230034001

Sentencia N°. 32

Aprobada mediante acta No.32

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y de los recursos de apelación interpuestos por **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, contra la sentencia No. 295 del 29 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **LIBORIO VALENCIA CASIERRA** contra las recurrentes.

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declare la ineficacia o nulidad de su primera afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado en la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. y, en consecuencia, se declare para todos los efectos que siempre ha estado afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y se ordene a las AFP accionadas trasladar a

¹ La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC, 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

Colpensiones los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual “*con todos sus rendimientos*”, así como el pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos refirió que nació el 20 de febrero de 1962, contando a la fecha de la presentación de la demanda con 61 años; que actualmente está afiliado a Porvenir S.A. anteriormente BBVA Horizonte; que decidió afiliarse allí porque un asesor de dicha entidad le brindó información parcializada y omitió contarle sobre las ventajas y desventajas de vincularse al RAIS, del derecho de retracto, y de las diferencias de los regímenes pensionales; que Porvenir S.A. omitió su deber de asesoría al momento de la afiliación, por lo que no tuvo otra alternativa de afiliación.

Manifestó que la afiliación al RAIS tuvo lugar en febrero de 1999 a través del formulario de afiliación No.98-0016897; que en proyección realizada por Porvenir S.A. se dio cuenta que en RAIS tendría una pensión de vejez de \$1.184.360 lo mientras que en el RPMPD obtendría una de \$2.426.660; que por tal motivo el 23 de mayo de 2023, solicitó a Colpensiones anule su afiliación al RAIS mediante radicado No 2023-7740037 la cual fue despachada en forma negativa por no registrar afiliaciones anteriores en el régimen de prima media.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Contestación de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

La AFP Porvenir S.A. emitió respuesta a la demanda a través de mensaje de datos el 21 de julio de 2023, como consta en el archivo No.11 del expediente digital, cuaderno Juzgado. En ella aceptó los hechos alusivos a la edad del demandante, la vinculación del demandante al fondo en el año 1999, precisando que la misma fue de forma libre y voluntaria, previo a la asesoría completa, y la solicitud de proyección de la mesada pensional. Los demás hechos los negó e

informó que no le constan, y en su defensa expuso que el actor suscribió el formulario de vinculación al RAIS de forma libre, luego de que se le brindara la información relevante, clara y necesaria sobre los requisitos y diferentes características del régimen, así como las condiciones para adquirir el derecho pensional de vejez.

Se opuso a la prosperidad de cada una de las pretensiones y formuló las excepciones de fondo denominadas *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; prescripción.*

Como sustento de su defensa y de las excepciones propuestas argumentó:

De lo antes expuesto, resuelta evidente que la vinculación de la parte actora surgió antes de que existiera el deber de asesoría, buen consejo y doble asesoría, lo anterior, dado que la obligación exigida, consistía en entregar información necesaria, veraz y suficiente, sin que de ello se desprendiera la obligatoriedad de dejar constancia escrita sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, del monto de la pensión que se obtendría, así como tampoco de realizar simulación pensional alguna.

De las pruebas obrantes en el expediente, es claro que la parte actora conocía de la posibilidad de retractarse de la afiliación, derecho que optó por no ejercer. Lo anterior demuestra su voluntad inequívoca de permanecer en el RAIS y de pensionarse en dicho régimen.

Se concluye entonces que, la normatividad proferida con posterioridad a los años 1993 y 1994 no es aplicable al caso bajo examen, puesto que son obligaciones que no eran exigibles al momento de la afiliación a Porvenir.

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES contestó con mensaje de datos de 24 de julio de 2023. En su respuesta señaló como ciertos los hechos referentes a la edad del demandante, la afiliación a la AFP Porvenir S.A. y la petición de afiliación al RPMPD, la cual fue denegada y afirmó que no le constan los relativos a la asesoría que recibió al afiliarse al RAIS. Frente a las pretensiones de la demanda, argumentó que se opone a la prosperidad de cada una de ellas y propuso en su defensa las excepciones de *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; la innominada; buena fe; prescripción.*

Indicó que excedió la edad permitida para el traslado entre regímenes pensionales, destacando que demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe al momento de su afiliación al RAIS que amerite dar prosperidad a sus pretensiones. Además, destacó que para 1999 era imposible determinar los IBC sobre los cuales aportaría a pensión para así calcular una mesada pensional futura, entre otros argumentos que se encuentran en la contestación a la demanda.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia No.295 del 29 de septiembre de 2023, ordenó:

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

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que el demandante LIBORIO VALENCIA CASIERRA, identificado con la Cédula de Ciudadanía 87.300.005, hizo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. En consecuencia, se entenderá que el accionante siempre estuvo afiliado al régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES E.I.C.E.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. los saldos obrantes en la cuenta individual del demandante, junto con sus

rendimientos financieros.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES E.I.C.E. el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES E.I.C.E. Como agencias en derecho se fija la suma \$1.160.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte demandante.

SEXTO: CONSULTAR la presente providencia ante el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali-Sala Laboral (...)"

Lo anterior, tras resaltar² que “(...) pese a no existir prueba de la afiliación del actor a esta entidad (colpensiones), sí aparece bajo la consulta de su cédula de ciudadanía e historia laboral que da cuenta que se registraron y cotizaron semanas en su nombre en esta entidad para los periodos de julio, octubre y noviembre de 1998 con el empleador Solar Caña Solarte Ltda., identificado con el Nit.81500018, esto es con antelación a su afiliación a Porvenir S.A., configurándose por lo tanto una manifestación de voluntad por parte del trabajador de cotizar ante esta entidad y debido a que por parte de Colpensiones no existe prueba de que se hayan llevado a cabo alguna de las actuaciones referentes a la devolución de estos aportes o que haya solicitado explicación al respecto al empleador conforme a la normatividad que citó esta Juzgadora, se configuró con ello a juicio de este Despacho, la teoría de la aceptación tácita de la afiliación, máxime de dichas cotizaciones fueron anteriores a la afiliación a Porvenir que fue en el año 1999, determinando con ello que el actor estuvo afiliado al ISS o Colpensiones con antelación a su traslado al RAIS y de allí que en consecuencia se deba tener entonces, que en efecto ocurrió un traslado de régimen pensional en el momento de la afiliación a Porvenir (...)

Añadió que “ la AFP no cumplió con la carga de la prueba que le incumbe teniendo que la obligación de demostrar dentro del proceso que al momento en el que se ofreció al actor

² Archivo digital No.22, grabación audio vídeo, minuto 00:01 – 19:08

la posibilidad de trasladarse al RPMPD al RAIS hubiere suministrado toda la información completa y detallada de las consecuencias que su traslado traería no solo en el momento mismo de la afiliación sino a futuro (...)"

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Recurso de apelación de Porvenir S.A.³

Porvenir S.A. a través de su apoderado judicial formuló recurso de apelación en el que expone que la vinculación del accionante fue de forma libre y espontánea como quedó demostrado a través del formulario de afiliación, por lo que no hay lugar a la declaratoria de ineficacia, ni a retornar rubros indexados y mucho menos a condenarle en costas. Agrega que en el expediente no obra prueba que demuestre que el accionante estuviera afiliado al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones y en tal sentido lo pretendido no está llamado a prosperar.

Recurso de apelación Colpensiones⁴

Señaló que la ineficacia del traslado es inoponible a terceros de buena fe como Colpensiones y que con ella se afecta la seguridad jurídica, teniendo en cuenta el tiempo que el afiliado permaneció en el régimen administrado por Porvenir S.A., por tanto, solicita se revoque la sentencia apelada en su integridad.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 20 de noviembre de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

³ Archivo digital No.22, grabación audio vídeo, minuto 19:17 – 23:51

⁴ Archivo digital No.22, grabación audio vídeo, minuto 23:58 – 26:49

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado, manifestó que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración pues estos tienen un origen legal, además si se exige devolver este concepto no sería viable devolver los rendimientos financieros puesto que fueron los profesionales del fondo quienes lograron generar estas sumas con la administración de los gastos de administración.

Aunado a lo anterior, manifestó que no debe condenarse a pagar la indexación, pues el valor por concepto de gastos de administración no ha perdido su poder adquisitivo y estos no se hubieran generado si el demandante estuviera afiliado al RPMPD.

Finalmente, indicó que no hay lugar a la condena en costas porque siempre ha tenido voluntad de conciliación.

Las demás partes dentro del proceso guardaron silencio.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias que fueron apeladas, en atención al artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001. También se avoca conocimiento del presente asunto, en grado jurisdiccional de consulta frente a lo no apelado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, conforme lo prevé el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto se constata que: (i) el demandante se afilió al RAIS administrado por BBVA Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. desde el 01 de enero de 1999⁵; (ii) que según el historial de vinculaciones emitido por Asofondos el demandante no se ha vinculado durante su vida laboral a un fondo de pensión diferente a Porvenir S.A.⁶.

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) del demandante debe declararse nula por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la nulidad del acto de afiliación al RAIS y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

⁵ Archivo No.11 del expediente digital, Pág.110, certificado SIAFP

⁶ Archivo No.07 folio 61

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 afiliación o al de traslado debe antecederle una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de elegir o cambiarse 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 en su situación pensional la afiliación a un determinado régimen, 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 el cumplimiento 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 continuación⁷:

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 perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento

⁷ CSJ SL1452-2019.

del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del acto de afiliación debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

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

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

mercado».

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

Por tanto, aun cuando obra el formulario de vinculación a Porvenir S.A. donde se leen salvedades como la espontaneidad y libertad de escogencia al RAIS, 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 AFP debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido este como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

Efectos de la declaratoria de nulidad del acto de afiliación o del traslado de régimen

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

De la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS.

Tal y como viene de reseñarse, de acuerdo con el artículo 13 Literal b 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 artículo 2º inciso 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 una doble condición para la validez de la afiliación a los regímenes pensionales: información y voluntariedad, 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 voluntario exento de presiones y 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, lo que 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 anterior al régimen de prima media, 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 predicán 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.

Caso concreto

Sea lo primero precisar, que si bien del reporte de semanas de cotización que milita a folio 189 del C-1 el actor registra en el régimen de prima media aportes en los ciclos de julio, octubre y noviembre de 1998, ello no obedece a una afiliación previa a dicho régimen, pues en la aludida documental se lee “*No vinculado por afiliación*”. Así, contrario a lo que afirma el *a quo*, el demandante nunca suscribió afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al menos no hay evidencia de ello, sino que, siempre estuvo afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado inicialmente por Horizonte desde el mes de enero de 1999, pasando a Porvenir S.A. con ocasión a la cesión por fusión de los fondos antes mencionados, fecha en la cual, las obligaciones de las AFP se encontraban en la primera etapa, es decir, que tenían la responsabilidad y deber de brindar a los que pretendían afiliarse al régimen información veraz, clara, suficiente y transparente acerca de las ventajas, riesgos y posibilidades pensionales, que le permitieran al afiliado elegir de forma *libre, consensuada y voluntaria* la mejor opción que se ajustara a sus intereses.

Lo anterior se corrobora a verificar el historial de vinculaciones realizadas por el afiliado y registradas en el SIAFP de Asofondos. Igualmente, el Despacho al consultar el RUAF pudo constatar que el demandante siempre estuvo vinculado a la AFP Porvenir desde la fecha antes mencionada. Veamos:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 4:32:51 PM
 Afiliado: CC 87300005 LIBORIO VALENCIA CASIERRA [Ver detalle](#)

Vinculaciones para : CC 87300005							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1999-01-01	2004/04/16	HORIZONTE			1999-01-02	2013-12-31
Cesión por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

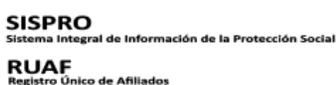
2 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 87300005						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción		AFP	AFP involucrada
1999-01-01	1999-12-27	46	CORRECCION FECHA AFILIACION		HORIZONTE	
1999-02-02	1999-03-11	01	AFILIACION		HORIZONTE	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

1



Afiliaciones de una Persona en el Sistema

INFORMACIÓN BÁSICA

Fecha de Corte: 2023-11-03

Número de Identificación	Primer Nombre	Segundo Nombre	Primer Apellido	Segundo Apellido	Sexo
CC 87300005	LIBORIO		VALENCIA	CASIERRA	M

AFILIACIÓN A SALUD

Fecha de Corte: 2023-11-03

Administradora	Régimen	Fecha Afiliación	Estado de Afiliación	Tipo de Afiliado	Departamento -> Municipio
NUEVA EPS S.A.	Contributivo	01/02/2022	Activo	COTIZANTE	CANDELARIA

AFILIACIÓN A PENSIONES

Fecha de Corte: 2023-11-03

Régimen	Administradora	Fecha de Afiliación	Estado de Afiliación
PENSIONES: AHORRO INDIVIDUAL	SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA	1999-01-02	Activo cotizante

AFILIACIÓN A RIESGOS LABORALES

Fecha de Corte: 2023-11-03

Administradora	Fecha de Afiliación	Estado de Afiliación	Actividad Económica	Municipio Labora
POSITIVA COMPAÑIA DE SEGUROS	2017-11-01	Activa	EMPRESAS DEDICADAAS A LA PRODUCCION ESPECIALIZADA DE CAÑA DE AZUCAR	Valle del Cauca- CALI

AFILIACIÓN A COMPENSACIÓN FAMILIAR

Fecha de Corte: 2023-11-03

No se han reportado afiliaciones para esta persona

AFILIACIÓN A CESANTIAS

Fecha de Corte: 2023-11-03

CONFORME CON LA NORMATIVIDAD VIGENTE, LAS ADMINISTRADORAS SON LAS RESPONSABLE DEL CONTENIDO Y LA CALIDAD DE LA INFORMACIÓN REPORTADA AL RUAF, CUALQUIER INCONSISTENCIA DEBE SER INFORMADA A LA ADMINISTRADORA RESPECTIVA, QUIEN DEBE RESOLVERLA.

Ministerio de Salud y Protección Social.
 Dirección: Cra. 13 # 32 - 76. Colombia, Bogotá D.C. PBX: (57-1) 330 5000, Fax: (57-1) 330 5050.

Por tanto, la AFP tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales, así como indicarle las condiciones y consecuencias reales de afiliarse al RAIS conforme al mandato establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, si bien el demandante suscribió el formulario de afiliación bajo

un texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*»⁸, 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, obran en el expediente: (i) formulario de vinculación a Porvenir S.A. (p.109 archivo 11), (ii) certificado de vigencia de la afiliación (p.108 archivo 11); (iii) certificado de saldo a la fecha 13 de julio de 2023 (p. 91 - 107 archivo 11); (iv) relación de aportes de Porvenir S.A. (p.75 - 90, archivo 11); (v) historial de vinculaciones emitido por el SIAFP de ASOFONDOS (p.110, archivo 11); simulación pensional con fecha del 16 de junio de 2023 (p.112 - 114, archivo 11) y reporte de semanas cotizadas RMPMPD de 18 de julio de 2023 (P.189, archivo 12).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado y que los demás corresponden a situaciones posteriores al acto jurídico de afiliación, además que con ellos no es posible constatar si la AFP cumplió con su deber de información.

⁸ Archivo No.11 del expediente digital, Pág.109.

Además, del interrogatorio de parte absuelto por el demandante no se extrae confesión al respecto, puesto que el actor lejos de admitir que se le ilustró con suficiencia sobre las condiciones pensionales en el RAIS y los efectos de su vinculación a dicho régimen, se ratificó en lo expuesto en su demanda.

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. De este modo, el juez de primera instancia, pese a haber afirmado que sí existió afiliación previa al RPMPD a la afiliación al RAIS y que lo acontecido se debió a un traslado entre regímenes pensionales y así declaró la ineficacia del traslado, lo cierto es que sus fundamentos fueron acertados al indicar que la afiliación se dio sin el lleno de presupuestos de ley; pero se equivocó al considerar que se trataba de un traslado de régimen. Por tanto, se declarará en su lugar, la ineficacia del acto de afiliación, con las consecuencias que ello apareja, que 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 modificará la sentencia en ese sentido, confirmando en lo demás la decisión del *a quo* en este aspecto.

Debe advertirse que, la apoderada judicial de Porvenir S.A., en el sustento del recurso, trajo a colación los pronunciamientos realizados por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a la improcedencia de la ineficacia del acto de afiliación, CSJ SL1806 -2022; sin embargo, hay lugar a precisar que la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 2016, ha expuesto que existen límites a estas Salas frente a la unificación de jurisprudencia:

“(...) Por su parte, la unificación de jurisprudencia pretende garantizar igualdad y seguridad jurídica por medio de una función de carácter permanente. La sentencia SU-241 de 2015 se refirió al tema en materia de casación laboral. Consideró que la unificación es parte de varios objetivos sistémicos de la casación que van más allá de las

partes, pero inciden en la realización efectiva de sus derechos fundamentales.

Como puede observarse, los objetivos de la descongestión distan de la búsqueda o participación permanente en la unificación de jurisprudencia. Si se aceptara que esta sala de descongestión conociera de la unificación se desnaturalizaría el objetivo para el que los cargos fueron creados, pues no lograrían ocuparse de la descongestión como corresponde. En efecto, el objetivo de esta sala no es crear nueva jurisprudencia, es resolver la mayor cantidad de casos en menos tiempo, por eso es razonable la medida que les impide conocer la unificación (...)

La Corte Constitucional emprendió el examen de constitucionalidad en cita, frente al límite consignado en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que señala:

“Las salas de descongestión actuarán independientemente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero cuando la mayoría de los integrantes de aquellas consideren procedente cambiar la jurisprudencia sobre un determinado asunto o crear una nueva, devolverán el expediente a la Sala de Casación Laboral para que esta decida”.

Esto a fin de significar que la Sala se aparta del criterio expuesto en CSJ SL1806-2022, en aras de preservar los principios de igualdad que debe predicarse de los afiliados al sistema general de seguridad social en pensiones, pues sería injustificado garantizar la afiliación, libre y voluntaria a quienes efectúan el traslado de un régimen a otro, pero no para quienes por primera vez se afilian al sistema. Considera la Sala que una diferenciación de tal talante desconoce el derecho a la igualdad de quienes se vinculan por primera vez al sistema pensional y estructura una distinción injustificada en perjuicio de los últimos. Además que sostener tal idea, configura una lectura errada de los precedentes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, contenidos principalmente en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019, solo porque en ellas no se analizó conceptualmente la ineficacia de la *afiliación* y sus efectos, sino la *ineficacia del traslado*, sin prever el marco normativo contenido en la Ley 100 de 1993 artículo 271.

De esta forma, la Sala considera que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 deriva el deber de información y la voluntariedad como condiciones igualmente exigibles tanto para afiliación inicial y traslado, sin distingo alguno, por lo que

el efecto de la falta de información, al transgredir la posibilidad de elección libre y voluntaria, es semejante en ambas hipótesis.

Por todo lo dicho, corresponde a la AFP accionada ante la declaratoria de ineficacia del **acto de afiliación**, retornar lo cobrado por comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues no es factible que el afiliado o Colpensiones asuman los deterioros que tales recursos sufrieron por el paso del tiempo.

Y es que la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron descontar al afiliado tales rubros y que al trasladar los valores a Colpensiones estos preserven su valor indemne y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una eventual pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, contrario a lo que afirma Colpensiones en el recurso de apelación presentado. Tales conceptos deben ser asumidos por la administradora de fondos de pensiones con cargo a su propio patrimonio, 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).

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.

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 acto jurídico de afiliación al RAIS implica el traslado de manera íntegra a dicha entidad de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS, más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del afiliado (CSJ AL606-2023).

Ahora bien, sobre cualquier discusión respecto a la condena en costas en instancia, es oportuno precisar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

Colpensiones en la contestación de la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en esta instancia, por lo que al resultar vencida en juicio, deberá ser condenada en costas, tal como lo establece la norma aplicable ya reseñada.

De la misma manera, Porvenir S.A. presentó su oposición a lo requerido por el demandante y presentó excepciones de mérito que no prosperaron. Por lo anterior, dichas entidades deben asumir la condena en costas, pues tal disposición no establece ninguna excepción; en consecuencia, al cumplirse los

presupuestos de la norma, mal haría esta Sala desconocerlos, más aún cuando estas forman parte integral de la sentencia, pues su imposición nace del ejercicio propio del derecho.

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

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Porvenir S.A. y Colpensiones, como parte vencida, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (1SMLMV) a la fecha de la presente decisión.

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: MODIFICAR la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS de **LIBORIO VALENCIA CASIERRA** y, en consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales ha estado afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por **COLPENSIONES**, sin solución de continuidad.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia dictada por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR a PORVENIR S.A.** a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** las comisiones generadas en la cuenta de Ahorro Individual del afiliado, debidamente indexadas.

TERCERO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia dictada por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR a PORVENIR S.A.** a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, las cuentas de rezago, si las hay, debidamente indexadas.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a aceptar el traslado de **LIBORIO VALENCIA CASIERRA** y, 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.

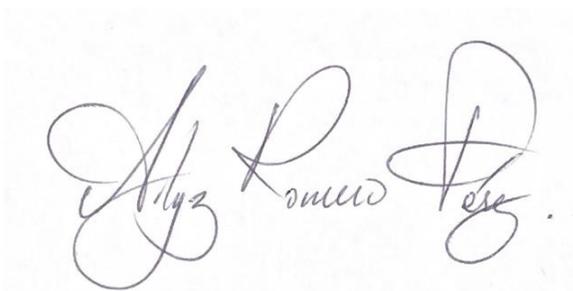
QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (1SMLMV) a la fecha de la presente decisión, para cada una de las demandadas.

SEXTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mónica Teresa Hidalgo Oviedo', is centered on a light gray background.

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara el Voto



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Sulma Trochez
Accionado	Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones
Llamadas en garantía	Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. y Compañía de Seguros Bolívar S.A.
Radicado	76001310500920230019501

Sentencia N°. 24

Aprobada mediante acta No.24

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y del recurso de apelación interpuesto por **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES** contra la sentencia de 30 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **SULMA TROCHEZ** contra las recurrentes y **PROTECCIÓN S.A.**, trámite al que fueron llamadas en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** y **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS

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

administrado por Protección S.A. y Colfondos S.A., que como consecuencia de lo anterior, se le permita retornar al RPMPD administrado por Colpensiones, que se requiera a Protección S.A. y a Colfondos S.A. para que devuelvan los aportes junto con sus rendimientos y demás acreencias a Colpensiones, así como los gastos de administración y comisiones por el tiempo que estuvo vinculada en cada AFP, que se ordene a los fondos privados y a Colpensiones a actualizar las bases de datos SIAPF, RUAF y MANTIZ y normalizar el pago de aportes a la seguridad social, solicitó igualmente el pago de costas y agencias en derecho a cargo de las accionadas y la aplicación de las facultades ultra y extra *petita*.

Como hechos, refirió que nació el 10 de junio de 1963 y al momento de la presentación de la demanda contaba con 49 años de edad; que inició su vinculación laboral en el mes de mayo de 2004 en el RPMPD; que durante el tiempo que permaneció afiliada al I.S.S. tuvo una multifiliación con Protección S.A.; que estuvo afiliada en el RPMPD hasta septiembre de 2007, fecha en la que se trasladó a Protección S.A., en razón a información de un promotor que le indicó que su pensión sería superior en el RAIS y nunca le informó sobre las condiciones de la afiliación, ni le fue realizada proyección pensional para identificar las ventajas y desventajas entre los dos regímenes, no se le comentó sobre el derecho de retracto, ni la posibilidad de retornar al RPMPD.

Informó que en el mes de mayo de 2010 se afilió a Colfondos S.A., entidad que también adujo una pensión de mayor valor, no le explicó las ventajas y desventajas entre los regímenes existentes, ni sobre su derecho de retracto, ni la posibilidad de regresar al RPMPD, es decir no recibió información veraz y completa respecto de las consecuencias negativas o positivas que traería su afiliación al RAIS; que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones el 31 de marzo de 2023, por medio de la cual pidió retornar al RPMPD, sin embargo el fondo público en la misma fecha contestó de manera negativa su pedimento.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Protección S.A. aceptó los hechos relacionados con el traslado efectuado a Colfondos S.A. y su permanencia en Protección S.A. hasta el 2010, frente a los demás hechos manifestó que no le constaban o no eran ciertos. Se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que *“brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.”*

En su defensa, propuso como excepciones la de validez del traslado de la actora al RAIS, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, ratificación de la afiliación del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, prescripción, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, prescripción de devolución de comisión o gastos de administración, compensación, buena fe de la entidad demandada, e innominada o genérica.

Por su parte, Colpensiones, aceptó los hechos atinentes a la fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación con el I.S.S. para el año 2004, la multifiliación presentada con Protección S.A., el traslado efectuado a Protección S.A. en el 2007, la solicitud de traslado de régimen efectuada a Colpensiones el 31 de marzo de 2023.

Se opuso a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos: *“la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003 por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse por lo que no es procedente su traslado, el traslado de la señora Sulma Trochez se realizó en su momento*

al Régimen de Ahorro Individual, de forma libre, voluntaria y sin presiones, tanto la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, como Colfondos S.A. y Protección S.A., siempre suministran toda la información y asesoría completa y necesaria para que sus clientes, potenciales afiliados y ciudadanía en general conozcan los productos y servicios prestados por las Administradoras, sin que de ningún modo se les instruya para engañar, omitir información o violar la ley como pretende insinuar la demandante."

Igualmente, propuso como excepciones la de falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación, ausencia de vicios en el consentimiento del traslado, buena fe de la entidad demandada, prescripción trienal y prescripción de la acción.

Colfondos S.A. aceptó los hechos asociados con la edad y fecha de nacimiento de la actora y la afiliación a Colfondos S.A. desde el mes de mayo de 2010, respecto a los demás hechos adujo que no le constaban o que no eran ciertos. Se opuso a las pretensiones en los siguientes términos: *"las administradoras aquí convocadas sí brindaron a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen."*

En su defensa, interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago e inexistencia e imposibilidad de devolver gastos de administración, comisiones y seguros previsionales.

Además de lo anterior, Colfondos S.A. llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. y a la Compañía de Seguros de Bolívar S.A., para que en caso de condena por la devolución de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, dichas entidades retornen los dineros correspondientes y además para que se declare la ineficacia de los contratos celebrados con las mencionadas compañías aseguradoras.

Como hechos de los llamamientos, Colfondos S.A. señaló que la demandante formuló Proceso Ordinario Laboral en su contra y solicitó la ineficacia del traslado por indebida asesoría y como consecuencia de ello, el traslado de los aportes de la cuenta de ahorro individual al RPMPD sin descuento alguno, incluyendo los seguros previsionales; que la demandante suscribió formulario de vinculación con Colfondos S.A., y esta última realizó los pagos para el cubrimiento de los riesgos de invalidez y sobrevivencia y contrató las pólizas con las llamadas en garantía.

En razón a lo expuesto en precedencia Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., intervino en el presente trámite y frente a los hechos de la demanda manifestó aceptar únicamente el concerniente a la edad y fecha de nacimiento de la accionante, respecto de los demás, indicó que no le constaban.

En atención a los hechos del llamamiento en garantía señaló como ciertos los supuestos sobre la demanda formulada contra Colfondos S.A., las pretensiones incoadas y la suscripción de los contratos con la aseguradora.

La entidad, se opuso a las pretensiones de la demanda, así: *“el traslado de régimen que materializó Protección S.A. y el traslado que materializó Colfondos S.A. se dieron con el lleno de los requisitos legales pues el demandante, de manera libre y voluntaria, en uso de sus facultades legales y sin coacción alguna y en uso de su ejercicio de la libertad de afiliación consagrada en el artículo 13 literal b) de la ley 100 de 1993, resolvió*

afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad y someterse a las características de aquel régimen pensional.”

En cuanto a las pretensiones del llamamiento en garantía, indicó su oposición, con base en los siguientes argumentos: *“La relación que existió entre Colfondos Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. y mi representada, se circunscribió a la expedición de un contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, en virtud del cual, la sociedad asegurada, para garantizar la existencia de ese contrato de seguro y como contraprestación del riesgo que asumió mi mandante, debió pagar un valor por concepto de prima, pero en modo alguno guarda relación con el objeto pretendido en la demanda, cual es la solicitud de declarar la INEFICACIA o NULIDAD DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL realizada por la señora Sulma Trochez y por ende dejar sin efectos el TRASLADO DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA, AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL efectuado por la demandante a través Protección S.A., realizado en el año 2007.”*

Finalmente, elevó como excepciones de fondo contra la demanda las formuladas por Colfondos S.A. y la de inexistencia de vicios que nuliten o sustenten una declaratoria de ineficacia respecto del traslado de la actora al fondo de pensiones administrado por Colfondos S.A. Respecto del llamamiento en garantía presentó como excepciones las de falta de legitimación en la causa por activa para formular el llamamiento en garantía, inexistencia de cobertura, el llamamiento en garantía se torna improcedente al contrariar el principio de asunción de riesgos vs el objeto del litigio, estando la prima devengada en los contratos que existieron, inexistencia de obligación indemnizatoria o de cualquier otra índole a cargo de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., inexistencia de obligación de devolución de prima a cargo de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. por terminación de vigencia del contrato de seguro y genérica.

La Compañía de Seguros Bolívar S.A., arguyó que no le constaban los hechos de la demanda, no se pronunció sobre las pretensiones de la misma, aceptó los hechos del llamamiento, los de la demanda formulada en contra de Colfondos

S.A., las pretensiones de la acción, y las pólizas suscritas con la aseguradora, si se opuso a las pretensiones del llamamiento y para ello sustentó: *“No puede pretender ahora la demandante y el fondo de pensiones llamante en garantía, que después de ejecutado el contrato y cumplidas las vigencias, se les reintegre el valor de las primas. La aseguradora asumió los riesgos contratados, y durante el tiempo en que estuvieron vigentes las pólizas, de haber ocurrido el siniestro amparado, habría tenido que cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital con que se financiara la pensión de invalidez o sobrevivencia de la demandante, de acuerdo con las condiciones de la póliza.”*

Como excepciones esbozó las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido a cargo de la aseguradora, buena fe de la Compañía de Seguros Bolívar S.A., prescripción e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia de 9 de mayo de 2023, ordenó:

“1.- DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES propuestas oportunamente por los apoderados judiciales de las demandadas.

2.- DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la señora SULMA TROCHEZ, del régimen de prima media con prestación definida, gestionado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado inicialmente, por PROTECCIÓN S.A., y luego, por COLFONDOS S.A.

3.- Como consecuencia de lo anterior, la señora SULMA TROCHEZ, debe ser admitida 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, conservando el régimen al cual tenía derecho, que, en el presente caso, no es el de transición.

4.- ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, representada legalmente por el doctor ALAÍN ALFONSO FOUCRIER VIANA, o quien haga sus veces, al cual se encuentra actualmente afiliada la señora

SULMA TROCHEZ, 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 y las primas previsionales para los riesgos de invalidez y muerte, con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que la actora, ha estado afiliada a dicha AFP.

5.- ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., representada legalmente por el doctor JUAN DAVID CORREA SOLORZANO o quien haga sus veces, que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la accionante SULMA TROCHEZ, en caso de encontrarse aun en su poder, 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 y las primas previsionales para los riesgos de invalidez y muerte, con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que la actora, estuvo afiliada a dicha AFP.

6.- ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, representada legalmente por el doctor JAIME DUSSAN CALDERÓN, o por quien haga sus veces, que cargue a la historia laboral de la señora SULMA TROCHEZ, los aportes realizados por ésta, a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS 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.

7.- ABSOLVER a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., representada legalmente por el doctor JOSÉ MANUEL MERINERO MARTÍN, o por quien haga sus veces y a SEGUROS BOLÍVAR S.A., representada legalmente por el doctor ALLAN IVÁN GÓMEZ BARRETO, o por quien haga sus veces, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y de las efectuadas en el llamamiento en garantía.

8- COSTAS a cargo de las accionadas. Liquídense por la Secretaría del Juzgado. FÍJESE la suma de \$1.160.000, en que este Despacho estima las AGENCIAS EN DERECHO, a cargo de cada una de las demandadas, COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., y, a favor de la accionante.

9.- La presente sentencia, CONSÚLTESE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al tenor de lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. La consulta se ordena en virtud de la condena emitida en contra de COLPENSIONES."

Lo anterior, tras resaltar que el fondo privado incumplió la carga de la prueba

que le concernía, pues *“al presente trámite no se aportó sustento probatorio alguno por parte de Protección S.A. o de Colfondos S.A., correspondiéndoles la carga de la prueba tendiente a demostrar que brindaron a la accionante una asesoría clara, acertada y veraz, que no la indujera en error en su traslado como era su deber legal.”*

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colfondos S.A. presentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, en su sustentación expuso, que no procede la devolución de gastos de administración, pues de cada aporte realizado por la afiliada, un porcentaje fue destinado para pagar los gastos de administración y el porcentaje de los seguros previsionales, por lo que estos dineros ya se encuentran causados, además que por la buena gestión de administración se generaron rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Indicó que en cuanto a la devolución de los dineros del Fondo de Garantía de Pensión Mínima también se encuentran causados y fueron destinados a unos terceros.

Solicitó igualmente que en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, se revise la decisión de absolver a los llamados en garantía, pues los dineros de los seguros previsionales fueron entregados a las compañías de seguro vinculadas, quienes asumieron la administración de los mismos, y deben responder por su devolución.

Colpensiones, también presentó recurso de apelación contra la sentencia primigenia y lo sustentó en que la demandante se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez, contrariando lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, que el traslado realizado por la demandante al RAIS fue producto de una decisión libre, voluntaria y sin presión alguna, que no se demostró engaño, vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe al momento de efectuar la vinculación y que además permaneció en el RAIS por muchos años sin manifestar inconformidad alguna con el manejo de sus aportes, afianzando así,

su decisión de permanecer en dicho régimen.

Refirió que la decisión tomada por el *a quo* afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, pues es Colpensiones quien deberá reconocer la eventual prestación económica, sin haber percibido las cotizaciones de la demandante durante toda su vida laboral.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 25 de agosto de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Estando dentro de la oportunidad procesal, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** presentó escrito de alegatos en el que indicó que no es posible declarar la ineficacia del traslado, toda vez que, la demandante se encuentra incurso dentro del término de prohibición de traslado y la afiliación al RAIS fue libre y voluntaria.

Indicó que en caso de confirmarse la sentencia de instancia se debe reintegrar al RPMPD los recursos de la cuenta de ahorro individual, las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales y porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

Las demás partes guardaron silencio dentro del término concedido.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de

consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtir obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) la demandante suscribió formulario de afiliación a Protección S.A. el 16 de junio de 2003², (ii) no obstante, sus primeras cotizaciones fueron efectuadas en el I.S.S. hoy Colpensiones conforme lo registra la historia laboral de Colfondos S.A., así: cotizaciones periodo de mayo de 2004 a septiembre de 2007 origen de cotización: Bono, cotizaciones periodo enero de 2009 a febrero de 2010 origen de cotización: otras AFPS, cotizaciones periodo mayo de 2010 a abril de 2023 origen de cotización: Colfondos S.A.³,(ii) Que tanto Protección S.A. como Colpensiones aceptaron la afiliación de la demandante al RPMPD, pues la primera de dichas AFPs indicó en respuesta al hecho 3º que la vinculación surgió como traslado de régimen y aceptó como cierto que la demandante estuvo vinculada en el I.S.S. hoy Colpensiones hasta el mes de septiembre de 2007, *“fecha desde que empezó el traslado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.”*, en cuanto a Colpensiones en su contestación aceptó la existencia de multifiliación en la vinculación de la demandante, las cotizaciones efectuadas en el RPMPD y los extremos temporales de permanencia en el I.S.S. (iii) que se encuentra afiliada a Colfondos S.A. desde el mes de mayo de 2010⁴.

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con

² Hoja 18 Documento digital 12

³ Hoja 21 Documento digital 13

⁴ Hoja 18 Documento digital 13

solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

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

En dicha línea al acto de traslado debe antecederle una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, pues únicamente así se garantiza que la elección de cualquiera de los regímenes

pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

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

Asimismo, el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y, con ello, las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones; de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se hizo tránsito al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante), información que los jueces deben tener en cuenta en cada caso concreto, a efectos de establecer el cumplimiento del deber de ilustración, de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021). Tal y como se observa a continuación⁵:

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

⁵ CSJ SL1452-2019

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 perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre,*

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

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

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

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

Por tanto, aun cuando Protección S.A. allega el formulario de vinculación, donde se leen salvedades sobre la debida orientación del afiliado, del precedente citado se extrae que no es posible constatar el cumplimiento del deber que le asiste a las administradoras de pensiones, pues este va más allá del diligenciamiento de un formulario de afiliación, ya que la AFP debe obtener del afiliado un

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

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

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

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

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

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, que la actora se trasladó a Protección S.A. desde el 16 de junio de 2003, 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 Asofondos⁶

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 4:31:55 PM
Afiliado: CC 96977275 SULMA TROCHEZ [Ver detalles](#)

Vinculaciones para : CC 66977275							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	2003-06-16	2004/04/16	PROTECCION			2003-06-17	2010-04-30
Traslado de AFP	2010-03-29	2010/04/21	COLFONDOS	PROTECCION		2010-05-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 66977275							
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Afiliación	Desafiliación	AFP	AFP involucrada	
2003-06-16	2003-07-01	01	AFILIACION	PROTECCION	AFP		

Un item encontrado.
1

Por tanto, Protección S.A. tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales, así como indicarle las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, conforme al mandato

⁶ Hoja 19 Documento digital 13

establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

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

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

En cuanto a las pruebas con las que se pretendió demostrar que la afiliación ocurrió de manera consciente e informada, obran en el expediente: (i) historial de vinculaciones SIAFP (Hoja 19 documento digital 13), (ii) formulario de afiliación a Protección S.A. el 16 de junio de 2003 (Hoja 18 documento digital 40), (iii) Reporte estado de cuenta (Hoja 21 Documento digital 12), (iv) Constancia de traslado de aportes a Colfondos S.A. (periodos 200409; 200506; 200901 a 201002) (Hoja 21 Documento digital 12), (v) historia laboral expedida por Colfondos S.A. (Hoja 21 documento digital 13), (vi) certificación vinculación a Colfondos S.A. a partir del 01 de mayo de 2010 (Hoja 18 documento digital 13), (vii) comunicado de prensa “10 puntos sobre el traslado de regímenes pensionales” (Hoja 34 documento digital 13), (viii) pólizas suscritas con Mapfre Colombia Seguros de Vida S.A. y Compañía Seguros Bolívar S.A. (Hojas 182 y 241 documento digital 13).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado, y los demás corresponden a situaciones que no acreditan que los fondos privados accionados cumplieran con su deber de información al momento de la suscripción de la afiliación.

De igual modo, del comunicado de prensa aportados se desconoce su fecha de expedición y no hace parte de la asesoría recibida, momento en el cual debieron informar al demandante sobre las condiciones del RAIS.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte demandante tampoco se acredita que la afiliado recibiera información completa, transparente, detallada y relevante previo a la suscripción del formulario, sobre los efectos y consecuencias del traslado que realizó al régimen privado de pensiones. (Min. 33:12 Documento digital 29)

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 Colpensiones, se aprecia a lo largo de esta providencia atención a los puntos de su recurso, esto es, el deber de información conforme el mandato establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993, que no se encuentra cumplido, o al menos no hay prueba de ello, ni siquiera con la suscripción del formulario de afiliación al fondo.

En cuanto a la elección libre y voluntaria presuntamente efectuada por la actora que argumentó el fondo público, 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.

Respecto al argumento de que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, debe recordarse que el eje central en este tipo de situaciones, es determinar si al momento del traslado de régimen la persona contaba con la información completa, clara y concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación y a falta de esta deviene la ineficacia del traslado, la cual le resta efectos jurídicos al paso del demandante al RAIS desde el RPM y por ello las cosas vuelven a su estado anterior.

Otro punto de inconformidad de Colpensiones, se centra en la permanencia de la actora en el RAIS, lo que se traduce en una manifestación de su voluntad de querer pertenecer al régimen mencionado, cumple traer a colación lo doctrinado por la Sala de Casación Laboral Permanente frente a los actos de relacionamiento; sobre ellos el máximo tribunal en materia laboral ha reiterado que no operan en los casos de ineficacia de traslado de régimen, pues en estos asuntos lo que se debe determinar es si la persona recibió información integral para tomar la decisión de cambiar de régimen y no sobre sus motivaciones para cambiarse de AFP, bien sea porque una AFP le ofrecía mejores rendimientos o le cobraba una menor comisión. Así se expuso en sentencia CSJ SL1055-2022: *“conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”*

Frente a lo señalado por Colfondos S.A. en relación con la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima se reitera que con la declaración de ineficacia deviene el retrotraer todo al estado inicial de la afiliación del actor, por lo que es obligación de la demandada transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, pues serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho el demandante, los cuales debe asumir la AFP privada que no cumplió con su deber de asesoría, acompañamiento, buen consejo, siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, no prospera su recurso de apelación en este sentido.

Colfondos S.A. solicitó en su recurso, se estudie la viabilidad de condenar a las compañías aseguradoras vinculadas al presente asunto, para que asuman la devolución de las primas de seguro previsionales de invalidez y sobrevivencia, considera esta Corporación que dicho porcentaje debe ser reintegrado con cargo al propio patrimonio de la AFP privada, pues las consecuencias de la falta de información, no pueden ser asumidas por las entidades aseguradoras, las cuales corresponden a terceros de buena fe dentro del conflicto suscitado.

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 4.º del proveído recurrido para ordenar a Colfondos S.A. que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a devuelva los bonos pensionales y las cuentas de rezago, si las hay. De la misma manera se adicionará la orden de devolución de comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, para que Colfondos S.A. los reintegre debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de esa AFP y por el tiempo en que la actora estuvo afiliada

a la misma. todos los valores a reintegrar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

Ahora, en cuanto a Protección S.A. se adicionará el numeral 5º de la sentencia en mención para que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, reintegre debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de dicha AFP y por el tiempo de afiliación a la misma, los valores correspondientes a comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, frente a los cuales el *a quo* ordenó su devolución. Todos los valores a reintegrar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

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

Ahora bien, con respecto a la condena en costas en instancia a cargo Colpensiones por el grado jurisdiccional de consulta, es oportuno precisar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el numeral 1.º del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

Colpensiones en la contestación de la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, por lo que fue vencida en juicio y tal como lo establece la norma

aplicable ya reseñada, debe asumir la condena en costas, pues tal disposición no establece ninguna excepción; en consecuencia, al cumplirse los presupuestos de la norma, mal haría esta Sala desconocerlos, más aún cuanto estas forman parte integral de la sentencia, pues su imposición nace del ejercicio propio del derecho.

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

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Colfondos S.A. y Colpensiones, apelantes infructuosos, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una la suma de Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE (\$1.500.000).

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

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

IX. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral 4.º de la sentencia de 30 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a Colfondos S.A. que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia devuelva los bonos pensionales y las cuentas de rezago, si las hay. De la misma manera Colfondos S.A. deberá devolver a Colpensiones comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de dicha AFP y por el tiempo en que la actora estuvo afiliada a la misma. Todos los valores a reintegrar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

SEGUNDO: ADICIONAR la anotada sentencia en su numeral 5º, en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** para que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de la misma, reintegre a Colpensiones lo concerniente a comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de dicha AFP y por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a la misma. Todos los valores a reintegrar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

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

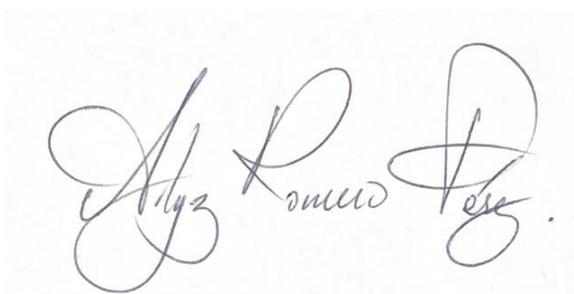
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colfondos S.A. y Colpensiones apelantes infructuosos y a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma Un Millón Quinientos Mil Pesos MCTE (\$1.500.000) a cargo de cada uno.

QUINTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Arlys Romero Pérez', is centered on the page. The signature is written in a cursive, flowing style.

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara el Voto



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Harold Barrera Vanegas
Accionado	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
Radicado	76001310501020200036401

Sentencia N°. 33

Aprobada mediante acta No.33

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado de consulta y de los recursos de apelación interpuestos por **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** contra la sentencia No.127 de 25 de julio de 2023 proferida por el Juzgado ordinario laboral de primera instancia promovido por **HAROLD BARRERA VANEGAS**, contra las apelantes y **PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare la ineficacia del traslado realizado del RPMPD al RAIS administrado por COLMENA, hoy Protección S.A. y, en consecuencia, se declare que continúa afiliado al RPMPD, se condene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones los saldos de su cuenta de ahorro individual entre ellos cotizaciones, bonos pensionales, con todos los

¹ La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC, 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

rendimientos, frutos e intereses que se hubieren causado, así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Por último, solicita se condene en costas y agencias en derecho de los demandados.

Refirió que nació el 29 de enero de 1962, por lo que al momento de la presentación de la demanda contaba con 58 años; que tiene 1554.28 semanas de cotización en total, 927.86 de las cuales fueron cotizados desde mayo de 1981 hasta abril del 2000 al ISS; que el 09 de julio del 2000 se afilió al RAIS, administrado por Protección S.A. por información sesgada e insuficiente que le suministraron y que en agosto del 2020 pidió a la AFP Protección S.A. y a Colpensiones volver al régimen de prima media, sin embargo, ambas solicitudes fueron negadas por estar a menos de 10 años o menos para llegar a edad pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Contestación de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES

Por un lado, Colpensiones adujo como ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del actor, las semanas cotizadas en el ISS, hoy Colpensiones, la solicitud elevada para que se efectuara el traslado y la respuesta negativa frente a esta. Señaló que no le constan los demás.

Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por no existir error o vicio del consentimiento, indicando además, que no es procedente ordenar el traslado del demandante del RAIS al RPMPD, por las reglas impuestas en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y el artículo 1 del Decreto 3800 de 2003.

En su defensa propuso como excepciones las siguientes: *el traslado del demandante*

obedeció a su decisión libre y voluntaria y por tanto está revestido de legalidad y eficacia; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; prescripción; la innominada, buena fe; compensación; imposibilidad de condena simultánea de indexación e intereses moratorios; 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 la seguridad social; proporcionalidad y ponderación; violación al principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; validez de la afiliación al RAIS; y, no declaratoria de nulidad.

Solicita, adicionalmente, integrar al proceso a la AFP Porvenir S.A., teniendo en cuenta que el actor estuvo vinculado inicialmente al RAIS administrado por esta entidad.

Contestación AFP Protección S.A.

Protección S.A. dio respuesta a los hechos de la demanda, indicando como ciertos los relacionados con la edad del accionante y las semanas cotizadas entre el RAIS y el RPMPD; que la afiliación al RAIS fue el 12 de julio de 2001, pero se hizo efectiva el 01 de septiembre de 2001 y que negó su petición de 2020 por haber superado el término permitido para ello. Frente a los demás hechos relató que no son ciertos, pues al momento de la afiliación del demandante le brindó la información suficiente y completa, por lo que dicho traslado obedeció a la libre voluntad del afiliado.

Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, teniendo en cuenta que no obra prueba siquiera sumaria en el proceso de las razones de hecho que sustentan la nulidad en el proceso de afiliación, encontrándose válido el traslado de régimen. Además, señala que no existió omisión por parte de la entidad en entregar o brindar al afiliado la información que se requería para tomar la decisión de cambio de régimen pensional y propuso las excepciones de *validez de la afiliación a Protección S.A.; buena fe; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación*

por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho; prescripción; inexistencia de engaño y de expectativa legítima; nadie puede ir contra sus propios actos; compensación; innominada o genérica.

Se advierte, que al celebrarse la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el día 26 de enero de 2023, se ordenó a través de auto No.105 la integración al proceso de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A.

Contestación de Porvenir S.A.

Frente a los hechos esgrimió que algunos no son ciertos y otros no le constan. Aclaró que el demandante no dirigió pretensiones en su contra, pero sí estuvo vinculado a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. en el mes de marzo del año 2000, como se desprende de la visualización del historial de vinculaciones, luego regresó a Colpensiones en mayo del 2000, donde estuvo hasta el mes de agosto del 2001, fecha en la cual se trasladó a Protección S.A. el 06 de agosto de 2001.

Se opuso a todo lo pretendido, pues al momento de la vinculación suministró la información pertinente y suficiente al actor y propuso las excepciones de *ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado; aceptación tácita de las condiciones del RAIS; enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de las restituciones mutuas; prescripción.*

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia No.127 del 25 de julio de 2023, ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR no probados exceptivos invocados por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR ineficacia y por lo tanto sin validez alguna el traslado del señor HAROLD BARRERA VANEGAS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado inicialmente por PORVENIR S.A e igualmente inválido y sin eficacia alguna los traslados horizontales posteriores ultimo hoy PROTECCIÓN S.A y tenerse y declararse como única afiliación valida sin solución de continuidad alguna la que traía el demandante con el régimen de prima media con prestación definida hoy administrada por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A una vez ejecutoriada esta sentencia proceda trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido y destinados en la cuenta de ahorro individual, los valores destinados para gastos de administración, valores destinados a las primas de seguros profesionales, los porcentajes al fondo de garantía de pensión mínima, los valores destinados o recibidos en caso de haberlos recibidos por concepto de bonos pensionales junto con todos sus rendimientos, frutos, intereses de sus propios recursos al fondo común de prima media con prestación definida por COLPENSIONES.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los recursos que se ha ordenado transferir a los fondos privados PORVENIR S.A y PROTECCION S.A reportarlos en las respectivas cuentas del régimen de prima media con prestación definida e igualmente en la respectiva historia laboral del demandante.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR S.A, PROTECCION S.A, COLPENSIONES debiéndose incluir por concepto de agencias en derecho la suma un \$1.500.000 a cargo de PORVENIR S.A, un \$1.500.000 a cargo de PROTECCIONS.A y la suma de \$500.000, a cargo de COLPENSIONES en favor de la parte demandante.

SEXTO: Si esta sentencia no fuere apelada, remítase en consulta ante el H.T.S.D.J. de Cali sala laboral La providencia anterior queda notificada en estrados a las partes”.

Lo anterior, tras resaltar que², la suscripción del formulario o documento de afiliación no tiene la capacidad de demostrar que sí se brindó información suficiente, toda vez que, son documentos pre impresos o pre elaborados que simplemente se refieren a actos generales y que el ciudadano o el trabajador solo suscribe el documento, sin que se le brinde información detallada, concreta y precisa de las consecuencias y contras del traslado.

Frente a la prescripción el *a quo* indica que al tratarse de derechos de la seguridad social, en este caso, el mejor derecho pensional, la acción judicial no tiene

² Archivo No.35, expediente digital, cuaderno Juzgado, grabación audio vídeo, sentencia: minuto 51:01 – 1:20:32

vocación de prescripción, por lo tanto, podrá ser promovida en cualquier momento.

Resalta como elemento importante que el demandante estuvo afiliado desde el año 1981 al ISS, y que, estando afiliado a este régimen alcanzó a reunir 927.86 semanas hasta el año 2000, año en el cual se surtió el traslado a la AFP Porvenir S.A., por lo que debió brindársele información clara y suficiente, sin que obre en el expediente prueba de ello, tan solo figura la suscripción del formulario de afiliación, sin que se contextualice el núcleo familiar del afiliado, ventajas y desventajas, características del régimen entre otros elementos que no pueden presumirse como probados por la sola firma del documento.

Del interrogatorio del actor, manifiesta el Juez de instancia que no se logró ninguna confesión por parte del actor; contrario a ello, informó que no se le brindó información, que solo les indicaron que debían afiliarse al fondo administrado por el RAIS, firmando el formulario, sin que se obtenga confesión sobre qué datos o explicaciones le informaron, quedando demostrado que la AFP no cumplió con este deber, y como consecuencia de ello, se vició su consentimiento en el acto de afiliación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión se presentó el recurso de alzada por parte de Colpensiones³, en el que solicitó que se revoque la condena en costas de instancia, y se revoque la decisión tomada por el Juez, en el sentido de que no participó en el acto que llevó a la nulidad o el acto de traslado por ser una actividad desplegada por un tercero ajeno a Colpensiones, por tanto, no debió ser condenado en costas.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A.⁴, interpone recurso de apelación contra la

³ Archivo No.35, expediente digital, cuaderno Juzgado, minuto 1:21:01 – 1:28:56

⁴ Archivo No.35, expediente digital, cuaderno Juzgado, minuto 1:23:45 - 1:27:40

sentencia de instancia, señalando que no hay lugar al pago de gastos de administración así como tampoco al pago de la indexación de tales rubros, teniendo en cuenta que estos valores no han perdido poder adquisitivo, contrario a ello, estos gastos lograron incrementar al momento en que el actor estuvo afiliado; además, los gastos de administración no se hubieron generado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y menos los rendimientos en favor del actor. Argumenta que de ser condenado en ese sentido se presenta un enriquecimiento sin causa más que del actor, de Colpensiones, puesto que no solo se condena a la indexación de todos los rubros contenidos en la condena, como si estos hubieron perdido poder adquisitivo.

Por último, indica respecto a la condena en costas que, los procesos de nulidad o ineficacia del traslado son procesos que Porvenir S.A. no puede evitar, pues no puede autorizar el traslado de afiliados que se encuentren a portar de adquirir su derecho pensional, y mucho menos proponer fórmula conciliatoria, pues Colpensiones debe estar de acuerdo con un acuerdo, por tanto, Porvenir debe comparecer a los procesos de forma obligatoria por la prohibición legal y la voluntad de Colpensiones, máxime cuando Porvenir no es el actual fondo al que se encuentra vinculado el accionante.

Protección S.A. no formuló recurso contra la sentencia.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 20 de noviembre de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado, **Porvenir S.A.** manifestó su inconformidad con la condena en costas porque es un proceso que no está regido por los principios de debido proceso, igualdad, eficacia y eficiencia pues es un proceso

que no se puede evitar y no es dable acceder a mecanismos alternativos de solución de conflictos.

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 CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtir obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) el demandante estuvo inicialmente afiliado al ISS. Hoy Colpensiones, desde el 24 de mayo de 1981, donde cotizó un total de 927.86 semanas (archivo No.04, pág.22-28); (ii) que el primer traslado del demandante ocurrió a la AFP Porvenir S.A., teniendo como fecha de solicitud el 01 de marzo del 2000, haciéndose efectiva su afiliación el 01 de mayo del 2000 (archivo No.22, pág.6 y 69); (iii) que la fecha última de afiliación a la AFP Porvenir S.A., data del 31 de agosto del 2001 (archivo No.22, pág.6 y 69); (iv) que el accionante solicitó proceso de traslado horizontalmente en el RAIS a la AFP Protección, el 09 de julio del 2001, haciéndose efectivo el traslado automático finalizando el mes de agosto del 2001 (archivo No.22, pág.6 y 69), en la que se encuentra afiliado actualmente.

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordarán los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

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

En dicha línea, al acto de traslado debe antecederle una adecuada ilustración

sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, pues únicamente así se garantiza que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

De acuerdo con lo expuesto, por vía jurisprudencial se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales y se ha determinado que la simple expresión genérica de consentimiento que usualmente se 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 continuación⁵:

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	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

⁵ CSJ SL1452-2019.

	menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma

del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «realizo de forma libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

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

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

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

Por tanto, aun cuando obran los formularios de vinculación a Porvenir S.A., y Protección S.A. donde se leen salvedades sobre la debida orientación del afiliado, 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 AFP debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido este como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

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

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

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

todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen.

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

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

Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, que el demandante se trasladó a Horizonte, hoy Porvenir S.A., el 01 de marzo del 2000, haciéndose efectiva su vinculación el 01 de mayo del 2000, 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., veamos⁶:

⁶ Documento digital No.22, pág.6 y pág.69

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 12:37:09 PM
Afiliado: CC 16669326 HAROLD BARRERA VANEGAS

Vinculaciones para : CC 16669326							
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	2000-03-01	2004/04/16	HORIZONTE COLPENSIONES			2000-05-01	2001-08-31

Un ítem encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 16669326						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
2000-03-01	2000-04-11	01	AFILIACION	HORIZONTE		
2001-07-09	2001-08-06	79	TRASLADO AUTOMATICO	PROTECCION	HORIZONTE	

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

Por otra parte, si bien la demandante suscribió el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*», a través del cual pretendió hacer constar que estuvo debidamente 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, obran en el expediente: (i) historia laboral expedida por Porvenir S.A. (p.65 - 66, documento digital No.22); (ii) solicitud de vinculación (p.68, documento digital No.22); (iii) historial de vinculaciones del afiliado (p.6 y 69, documento digital No.22); (iv) certificado de fecha de ingreso y retiro de la AFP Porvenir S.A. (p.67, documento digital No.22).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado y los demás corresponden a situaciones posteriores al acto de cambio de régimen y con los cuales no es posible constatar que las AFP cumplieran con su deber de información.

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.

En cuanto a la elección libre y voluntaria efectuada por el actor que argumenta Colpensiones y Porvenir S.A. en la contestación de demanda, y en el sustento del recurso de apelación, 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.

Por su parte, sobre lo solicitado en el recurso de apelación por Porvenir S.A., en

relación con la devolución de gastos de administración, rendimientos, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima se reitera que con la declaración de ineficacia deviene el retrotraer todo al estado inicial de la afiliación del actor, por lo que es obligación de las demandadas transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, aportes obligatorios, cuentas de rezago y los rendimientos. Además, retornar a Colpensiones los gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados, pues serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho la demandante, los cuales deben asumir las AFP privada que no cumplieron con su deber de asesoría, acompañamiento, buen consejo, siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Finalmente, los aportes voluntarios, si existen, deben ser entregados al afiliado. Por lo anterior, prospera el recurso de alzada en ese sentido y deberá ser modificado el numeral 2° de la sentencia recurrida.

También respecto al argumento de Colpensiones en la contestación, acerca de que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen en cualquier tiempo, debe recordarse que el eje central en este tipo de situaciones, es determinar si al momento del traslado de régimen la persona contaba con la información completa, clara y concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación y a falta de esta deviene la ineficacia del traslado, la cual le resta efectos jurídicos al paso del demandante al RAIS desde el RPM y por ello las cosas vuelven a su estado anterior.

Otro punto de inconformidad de Colpensiones, se centra en la permanencia del actor en el RAIS y el traslado horizontal entre AFP, lo que según dicha entidad debe considerarse como una manifestación de su voluntad de querer pertenecer al régimen mencionado. Sobre esto, es pertinente traer a colación lo doctrinado por la Sala de Casación Laboral Permanente frente a los actos de

relacionamiento, autoridad que ha sostenido que no operan en los casos de ineficacia de traslado de régimen, pues en estos asuntos lo que se debe determinar es si la persona recibió información integral para tomar la decisión de cambiar de régimen y no sobre sus motivaciones para cambiarse de AFP, bien sea porque una AFP le ofrecía mejores rendimientos o le cobraba una menor comisión. Así se expuso en sentencia CSJ SL1055-2022: *“conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”*

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.

Por tanto, corresponde a las AFP accionadas ante la declaratoria de ineficacia, retornar al afiliado los aportes voluntarios, si se hicieron, así como lo cobrado por comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues no es factible que el afiliado o Colpensiones asuman los deterioros que tales recursos sufrieron por el paso del tiempo.

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

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

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

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se modificará el numeral 3º del proveído recurrido para ordenar a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones, lo cobrado por comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y las cuentas de rezago, si las hay, pues no es factible que el afiliado o Colpensiones asuman los deterioros que tales recursos sufrieron por el pasar del tiempo.

Lo anterior, por no ser procedente, como lo afirma el a quo, ordenar a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los rendimientos, frutos e intereses que la cuenta

de ahorro individual generó por la afiliación del demandante, por haberse enviado estos recursos cuando ocurrió el traslado horizontal entre las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A.

También se adicionará la sentencia, en el sentido de ordenar a Protección S.A. que, en los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, devuelva a Colpensiones las cuentas de rezago, y al afiliado los aportes voluntarios y sus rendimientos si los hay.

Se adicionará el numeral 3° de la sentencia, para ordenar a Porvenir S.A. y Protección S.A. que discriminen cada valor trasladado a Colpensiones con sus respectivos ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

Por otro lado, en aras de evitar posteriores trámites administrativos y judiciales se adicionará la sentencia en su numeral 4°, especificando la orden dada a Colpensiones, en el sentido de ordenar a Colpensiones que una vez reciba los recursos por parte de Porvenir S.A. y Protección 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 la afiliada al RAIS, más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del afiliado (CSJ AL606-2023).

Ahora bien, sobre cualquier discusión respecto a la condena en costas en instancia, es oportuno precisar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del

Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

Colpensiones en la contestación de la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en esta instancia, por lo que al resultar vencida en juicio, deberá ser condenada en costas, tal como lo establece la norma aplicable ya reseñada.

De la misma manera, Porvenir S.A. presentó su oposición a lo requerido por el demandante y presentó excepciones de mérito que no prosperaron. Por lo anterior, dichas entidades deben asumir la condena en costas, pues tal disposición no establece ninguna excepción; en consecuencia, al cumplirse los presupuestos de la norma, mal haría esta Sala desconocerlos, más aún cuanto estas forman parte integral de la sentencia, pues su imposición nace del ejercicio propio del derecho.

Frente a la configuración de la prescripción, basta reiterar lo expuesto en sentencia CSJ SL3156-2022 para advertir que las solicitudes de ineficacia de traslado no están sujetas al fenómeno extintivo de la prescripción, pues a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por este motivo, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, 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).

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: MODIFICAR el numeral 3º de la sentencia No.127 del 25 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar únicamente a **PORVENIR S.A.** devolver a **COLPENSIONES** lo cobrado por comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y las cuentas de rezago, si las hay, y los aportes voluntarios, si los hubo, estos últimos con sus rendimientos, por los periodos en que el demandante estuvo afiliado a esa AFP. Además, todos los valores a reintegrar por las AFP deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral 4º de la sentencia No.127 del 25 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, para **ORDENAR** a **COLPENSIONES** que una vez reciba los recursos por parte de Porvenir S.A. y Protección S.A. realice la validación, transcripción y actualización de la historia laboral del demandante en términos de semanas.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia No.127 del 25 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** que, en los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia,

devuelva a Colpensiones las cuentas de rezago, si las hay y al demandante los aportes voluntarios, si los hubo, junto con sus rendimientos.

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

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de esta sentencia (1 SMLMV) a cargo de cada una de las demandadas.

SEXTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

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

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara el Voto