



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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada Ponente

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Luis Alberto Jaramillo Gómez
Accionado	Colpensiones, Protección S.A y Porvenir S.A.
Radicado	76001310500420220010601

Sentencia N°. 74

Santiago de Cali, veintiocho (28) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ en grado jurisdiccional de consulta y de los recursos de apelación que interpuso **LUIS ALBERTO JARAMILLO GÓMEZ**, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** contra la sentencia que el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cali profirió el 6 de junio de 2023, en el trámite del proceso ordinario laboral que el primero de los recurrentes instauró contra los demás recurrentes.

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

I. ANTECEDENTES

El citado demandante pretendió se declare la “ineficacia” del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A y su posterior traslado a Protección S.A. En consecuencia, solicitó se condene a las convocadas a juicio a devolver los aportes, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones a Colpensiones y, a esta última, actualizar la historia laboral. Finalmente requirió se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 9 de noviembre de 1954, que cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de julio de 1985 hasta **enero de 1996**, última data en la que se trasladó a Porvenir S.A. y que posteriormente se trasladó a Protección S.A. en **noviembre de 1999**.

Manifestó que ni Porvenir S.A. ni Protección S.A. al momento de traslado le informaron sobre las ventajas, desventajas y características de los regímenes pensionales, como tampoco le explicaron las consecuencias e implicaciones del traslado, ni le realizaron proyección de la mesada pensional y mucho menos le informaron sobre el derecho de retracto.

Finalmente, adujo que elevó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la nulidad del traslado el 21 de febrero de 2022, petición que fue negada (expediente digital, archivo 02, pdf 2 a 21).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**. Se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas. En cuanto a los hechos, aceptó el

relacionado con la fecha de nacimiento del demandante, la fecha de vinculación al Instituto de Seguros Sociales, la fecha de traslado a Porvenir S.A. y Protección S.A., la reclamación administrativa presentada ante su entidad y la respuesta a la misma. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban

En su defensa propuso como excepciones de mérito las de *“falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación, ausencia de vicios en el consentimiento, buena fe de la entidad demandada, prescripción trienal y prescripción de la acción”* (expediente digital, archivo 06, pdf 2 a 20).

Porvenir S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aclaró que la afiliación al RAIS efectuada el 1.º de julio de 1995 fue una vinculación inicial y no un traslado entre regímenes pensionales, que siempre brindó información clara, precisa, veraz y suficiente sobre las características, funcionamiento y requisitos de acceso a las prestaciones económicas en el RAIS por lo que la afiliación al fondo fue libre, espontánea e informada.

Aunado a lo anterior, manifestó que para la fecha de afiliación al RAIS no existía la obligación de entregar cálculos o proyecciones de la mesada pensional, pues esta obligación nace a partir de la Ley 1748 de 2014. Frente a los demás hechos, manifestó que no eran ciertos o no le constaban.

En su defensa propuso como excepciones de mérito las de *“prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica”* (expediente digital, archivo 08, pdf 2 a 27)

Protección S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el relativo a la fecha de traslado al fondo y aclaró que al momento del traslado de fondo de pensiones le brindó al demandante toda la información sobre las características, bondades y beneficios propios de cada régimen pensional, además de la posibilidad de retractarse de la afiliación. Agregó que

de acuerdo con el concepto de la superintendencia, la obligación de realizar la proyección de las mesadas pensionales nace a partir de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015. Frente a los demás hechos, manifestó que no eran ciertos o no le constaban.

En su defensa propuso como excepciones de mérito las de *“prescripción; prescripción de la acción de nulidad; 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, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez del traslado del actor al RAIS, compensación, buena fe de la entidad demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A. e innominada o genérica”* (expediente digital, archivo 11, pdf 2 a 22).

El **Ministerio Público** hizo énfasis a la jurisprudencia que la Sala de Casación Laboral ha consolidado sobre el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones y las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación referente a la ineficacia del acto jurídico de traslado. Todo lo anterior, para concluir que son los fondos de pensiones quienes tienen la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información, de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales sobre el asunto (expediente digital, archivo 15).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 6 de junio de 2023, en la que decidió (expediente digital, archivo 07):

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las partes demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor realizada en los fondos PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. que traslade a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado por el demandante en su cuenta de ahorro individual junto con su rendimiento y bonos pensionales si los hay, así como los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima este último emolumento a cargo de su propio patrimonio.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima este último emolumento a cargo de su propio patrimonio del periodo que estuvo afiliado el señor LUIS ALBERTO JARAMILLO GÓMEZ en dicha administradora.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES que afilie al demandante señor y reciba de PROTECCIÓN S.A. la totalidad de lo ahorrado por el demandante en su cuenta de ahorro individual junto con su rendimiento y bonos pensionales si los hay, así como los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima este último emolumento a cargo de su propio patrimonio.

SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba de PORVENIR S.A. los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima estos ultimo emolumento a cargo de su propio patrimonio del periodo que estuvo afiliado el señor LUIS ALBERTO JARAMILLO GÓMEZ en dicha administradora.

SÉPTIMO: ORDENAR a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. que den cumplimiento a lo ordenado en los numerales tercero y cuarto de la parte resolutive de esta providencia dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

[...]

Para respaldar su decisión, señaló que los problemas jurídicos consistían en determinar: (i) si es procedente declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a Porvenir S.A., en caso afirmativo, (ii) si es procedente ordenar el traslado de la totalidad de lo ahorrado por el demandante en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración, comisiones, primas previsionales y porcentaje destinado al fondo de pensiones de garantía de pensión mínima, con cargo a su propio patrimonio.

Para el efecto indicó que la ineficacia del traslado es procedente ante el incumplimiento del deber de información, que implica que se le brinde al afiliado una asesoría clara, suficiente, veraz y completa de las condiciones de

acceso a las prestaciones económicas, las ventajas, desventajas y características de los regímenes pensionales, obligación que se encuentra dispuesta en el artículo 97 del Estatuto Financiero.

Refiere que la ineficacia de la afiliación ante el incumplimiento del deber de información no solo procede en los casos de traslado entre regímenes pensionales sino también en las afiliaciones iniciales, lo cual en su criterio encuentra sustento en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, 13 de la Ley 100 de 1993 y 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

A su vez, indica que la carga de probar el cumplimiento del deber de información está a cargo de las administradoras de pensiones y que en el caso concreto las convocadas a juicio no probaron que cumplieron con este deber, pues la suscripción del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el cumplimiento de esta obligación en los términos indicados, pues a lo sumo es prueba de la voluntad de traslado más no de un consentimiento informado.

Por lo anterior ordenó devolver a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, prima de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el **demandante** solicita que la sentencia sea revocada de manera parcial, en cuando a la absolución de la condena en costas a Colpensiones, pues esta entidad se opuso a las pretensiones y formuló excepciones de fondo, por ende, conforme al artículo 365 del Código General del Proceso debe ser condenada en costas.

Protección S.A. solicita que la sentencia sea revocada en su totalidad. Para el

efecto, indicó que la vinculación inicial del demandante fue al RAIS, que fue libre y voluntaria, que le brindó información completa sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, asesoría que se dio de manera verbal, por lo que no cuenta con registro documental, pues para dicha época las normas no lo exigían. Finalmente, indicó que el demandante nunca manifestó su voluntad de trasladarse al régimen de prima media, sino después de encontrarse inmerso en la prohibición de traslado.

Porvenir S.A. solicita que la sentencia de instancia sea revocada de manera parcial. Para el efecto, solicitó que no ordene la devolución de gastos de administración, toda vez que, fueron debidamente autorizados por la ley y obedecen a la administración de la cuenta.

Con respecto a los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima señaló que estos fueron pagados a terceros por expresa disposición legal, por lo que no están en poder de la SAFP.

Finalmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** solicitó que la sentencia de instancia sea revocada ya que la afiliación al RAIS es válida, pues la escogencia del fondo es una facultad que le concierne directamente al afiliado.

Igualmente, indicó que el demandante se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad pensional lo que torna improcedente el traslado, de modo que, si se declara la ineficacia se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Este despacho judicial, a través de auto de 271 de 8 de febrero de 2024, admitió el recurso de apelación y asumió el grado jurisdiccional de consulta, ordenando

correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Estando dentro de la oportunidad procesal, Porvenir S.A. presentó alegatos de conclusión reiterando los términos de su recurso de apelación, con especial énfasis en que dio cumplimiento a las normas vigentes al momento del traslado, que no exigían dejar un registro documental de la asesoría brindada al afiliado.

Aunado a lo anterior, indicó que en caso de ordenarse el traslado, este debe realizarse en los términos del literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, esto es, solo debe trasladarse el saldo de la cuenta con los rendimientos financieros.

Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

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

VIII. CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) el

demandante nació el 9 de noviembre de 1954 (expediente digital, archivo 02, pdf24), (ii) que se vinculó a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A. el **1.º de julio de 1995** (expediente digital, archivo 08, pdf 74), y (iii) que suscribió formulario de afiliación ante Colmena Pensiones y Cesantías hoy Protección el 16 de noviembre de 1999 (expediente digital, archivo 11, pdf 23) el cual se hizo efectivo el cual se hizo efectivo el **1.º de noviembre de 2000** (expediente digital, archivo 11, pdf 89).

En ese contexto, corresponde a esta Sala de decisión determinar si efectivamente existió un traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, como consecuencia de ello, establecer si hay lugar a declarar la ineficacia del mismo.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) la selección inicial de régimen pensional, (ii) el deber de información por parte de las AFP y (iii) el caso concreto.

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.

i. Deber de información

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

informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

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

En dicha línea, al acto de 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 de tal obligación.

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

acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021). Tal y como se observa a continuación²:

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

ii. 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

² CSJ SL1452-2019.

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.

iii. Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

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

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

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

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

iv. 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 adocrinado 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.

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

Tal y como viene de reseñarse, de acuerdo con el literal b) artículo 13 de la Ley 100 de 1993 *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”*, por tanto, la decisión de pertenecer a uno u otro régimen de pensiones es un acto consensuado al cual debe anteceder la ilustración e información suficiente sobre la generalidades y el funcionamiento de los regímenes pensionales, dada la trascendencia, los tecnicismos y las obligaciones exigibles a las administradoras de fondos de pensiones, en su carácter de profesionales con experticia y conocimiento cualificado. Por tanto, el acto de afiliación, inicial o de traslado, será válido en la medida que esté exento de presiones, errores, fuerza o dolo y se efectúe voluntariamente, es decir, cuando conociendo los efectos, consecuencias y generalidades de los regímenes se accede a pertenecer a uno de ellos. Para esto es ineludible que el afiliado cuente con asesoría e ilustración de la administradora del régimen, quien como quedó visto, tiene el deber de proporcionar datos suficientes y transparentes al futuro afiliado.

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

a los regímenes pensionales, con independencia de si se trata de la primera vinculación al sistema de pensiones o del cambio de régimen pensional, pues en ambos escenarios el acto jurídico debe ser resultado de información suficiente, transparente y relevante.

En tal contexto, si no se logra acreditar por parte de la administradora de pensiones que el afiliado hizo su selección con suficientes elementos de juicio y de manera informada, se sigue es la ineficacia del acto ya sea de traslado o de afiliación inicial, con efectos *ex tunc*, como si el acto nunca hubiera existido, por lo que en tratándose de traslado se entiende vigente sin solución de continuidad la afiliación al régimen de prima media anterior, con preservación de los derechos y prerrogativas que de ella deriven y el consecuente traslado de cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, comisiones, porcentajes descontados por seguros previsionales y garantía de pensión mínima de forma indexada y demás rubros. Estos mismos efectos se predicen cuando lo ineficaz es el acto de afiliación inicial al RAIS, pues 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 no implica una exclusión del actor del sistema general de pensiones, sino que proyecta sus efectos en la elección del régimen pensional, lo que significa que el interesado se entienda afiliado retroactivamente y sin solución de continuidad al régimen de prima media como único régimen pensional alterno.

vi. Caso concreto

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, que la demandante se vinculó a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A. el **1.º de julio 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.

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.

Las pruebas aportadas con las cuales se pretende para acreditar el cumplimiento del deber de información son: (i) historia laboral de Protección S.A. actualizada a 18 de abril de 2022 (expediente digital, archivo 11, pdf 25 a 41), (ii) historia laboral de Colpensiones actualizada a 5 de abril de 2022 (expediente digital, archivo 7), (iii) historia laboral de Porvenir S.A. actualizada a 18 de abril de 2022 (expediente digital, archivo 08, pdf 80 a 87), (v) formulario de vinculación a Colmena Cesantías y Pensiones hoy Protección S.A. de 16 de enero de 1999 (expediente digital, archivo 11, pdf 23) y (vi) comunicado de prensa (expediente digital, archivo 08, pdf 88 a 90).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, pues de estos no es posible constatar que el fondo de pensiones cumpliera con su deber de información y los comunicados de prensa aportados por la AFP accionada son posteriores a la afiliación del accionante, no hacen parte de la asesoría recibida, ni 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 2° de la Ley 797 de 2003.

Igualmente, del interrogatorio de parte absuelto por la parte demandante tampoco se logra verificar si este recibió información completa, transparente, detallada y relevante previo a la suscripción del formulario de afiliación que permitiera concluir a esta instancia que la afiliación al RAIS fue consecuencia de una decisión reflexiva e ilustrada.

Los anteriores elementos corroboran el hecho que el acto jurídico de afiliación al RAIS deviene ineficaz, dado el incumplimiento al deber de información por parte del fondo, tal como se desprende de todo el análisis realizado por la Sala.

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

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

Bajo este horizonte, la consecuencia de lo anterior es que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual y los bonos pensionales existentes, incluidos los rendimientos económicos de los mismos, sino también al restitución de los aportes voluntarios al afiliado y las cuentas de rezago, de ser aplicables, y lo correspondiente a las primas de seguros previsionales, reaseguros, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha

establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia CSJ SL1467-2021, en la que expresó:

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

Lo anterior, debido a que dichos recursos serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho el demandante, los cuales deben asumir los fondos de pensiones que incumplieron con su deber de asesoría. 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 adicionarán los numerales 3.º y 4.º del proveído recurrido para

ordenar a Porvenir S.A. y a Protección S.A. a devolver al afiliado los aportes voluntarios si los hay, transferir a Colpensiones las cuentas de rezago con sus rendimientos, y devolver las primas de seguros previsionales, reaseguros, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021).

Ahora bien, frente al alegato de Colpensiones, relativo a 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 de la afiliación o cambio 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 de dicho acto jurídico, la cual le resta efectos jurídicos a la afiliación inicial de la demandante al RAIS y permite su vinculación al RPMPD.

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). Contrario lo afirmado en el recurso de apelación propuesto por Colpensiones.

vii. Costas

Ahora bien, con respecto a la apelación del demandante, se debe advertir que le asiste razón en su reparo, dado 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 instancia, por lo que fue vencida en juicio, tal como lo establece la norma aplicable ya reseñada, de modo que, debe ser condenada en costas.

viii. Prescripción

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, aunado a que estos actos están ineludiblemente ligados a la configuración de derechos pensionales que, como ya se sabe, son imprescriptibles. 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).

Los anteriores razonamientos son suficientes para adicionar la sentencia apelada y consultada.

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Porvenir S.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 de pesos (\$1.000.000 m/cte).

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 **TERCERO** de la sentencia de primera instancia para **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** devolver al demandante los aportes voluntarios, en caso de existir, y trasladar a Colpensiones las cuentas de rezago, así como las primas cobradas por seguros previsionales, reaseguros, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la sentencia de primera instancia, para **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** devolver al demandante los aportes voluntarios, en caso de existir, y trasladar a Colpensiones las cuentas de rezago, así como las primas cobradas por seguros previsionales, reaseguros, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados

durante el tiempo que estuvo vinculado el actor. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado.

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

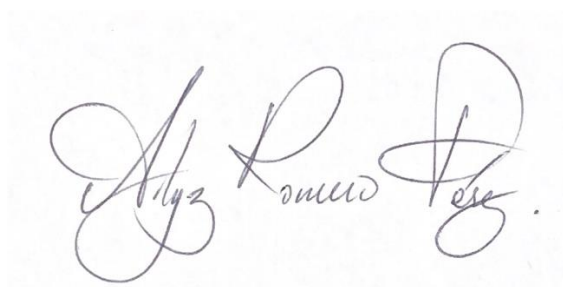
CUARTO: CONDENAR en costas a Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones. Líquidese como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000 m/cte) a cargo de cada una.

QUINTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** la presente providencia por estado electrónico en el link de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, dispuesto en la página web de la Rama Judicial para tal fin, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.º de la Ley 2213 de 2022.

SEXTO: Una vez en firme esta decisión, **DEVOLVER** por Secretaría el expediente al Juzgado de Origen.

Notifíquese y Cúmplase,

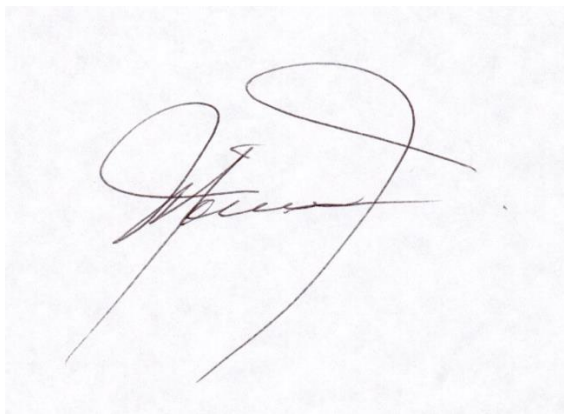
Los Magistrados,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Arlys Alana Romero Pérez', is centered on the page. The signature is fluid and cursive.

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada

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

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
Magistrado

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

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada
Salvamento parcial de voto