



**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