



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

Santiago de Cali, treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA NÚMERO 104
Acta de Decisión N° 029**

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, en asocio de los Magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** integrantes de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL**, proceden a dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Consulta y Apelación de la Sentencia N° 351 del 13 de octubre del 2021, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **MARCO SERGIO VERA BAEZYNSKA** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, proceso identificado con la radicación N° 76001-31-05-014-2020-00123-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones del libelo están encaminadas a que, se declare por vía judicial la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado desde el RPMPD hacia el RAIS y como secuela de lo anterior se ordene su reincorporación al RPMPD administrado hoy por **COLPENSIONES** junto con la transferencia de recursos pensionales, comisiones, gastos, costos entre otros emolumentos producto de la afiliación al RAIS y costas procesales.

Por otro lado, informan los hechos que atañen al proceso respecto del demandante: que nació el 27/02/1957; que cotizó 451 semanas inicialmente al RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** entre el diciembre de 1983 a junio de 1992; que luego suscribió formulario de vinculación con **PORVENIR S.A.** el 22/05/1997.



Refiere que, radicó petición el 20/01/2020 ante las demandadas con el fin de obtener su retorno al RPMPD; que **PORVENIR S.A.** resuelve la petición el 25/02/2020, negándose al traslado por la proximidad al cumplimiento de sus 62 años; que **COLPENSIONES** se niega a la petición el 24/01/2020; finamente aduce que, su pensión sería más alta en el RPMPD en comparación con la ofertada por el RAIS, situación que no se le comunicó en debida forma, así como el derecho de retracto y proyección pensional.

CONTESTACIONES

COLPENSIONES frente a los hechos manifiesta que, no le consta el 7° y 8°; respecto del resto alude que son ciertos. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO; NADIE ESTA OBLIGADO A LO IMPOSIBLE - PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO; PRESCRIPCIÓN; LA INNOMINADA Y BUENA FE.

PORVENIR S.A. por su parte indica que, no le consta los hechos 2° y 6°; en cuanto a los demás aduce que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró como excepciones de mérito: PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACIÓN Y EXCEPCIÓN GENÉRICA.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 351 del 13 de octubre del 2021, resolvió:

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

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA de la afiliación del señor MARCO SERGIO VERA BAEZYNSKA con C.C. 16.635.266 al régimen de ahorro individual administrado por AFP PORVENIR S.A. Realizado en el mes de mayo de 1997, su actual fondo, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad 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. ORDENAR a COLPENSIONES aceptar el traslado del señor Marco Sergio Vera Baezynska al régimen de prima media con prestación definida administrado por dicha entidad.

CUARTO: COSTAS a cargo de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. y como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000 que cada demandada debe pagar a favor de la parte demandante.”



APELACIONES

COLPENSIONES a través de su apoderado judicial presentó y sustentó recurso contra la decisión esgrimiendo que, la entidad no es la que ejecutó acciones que llevaran al demandante acudir a la justicia ordinaria, por lo que no se le puede condenar a costas procesales al obrar conforme a derecho, afectando la sostenibilidad financiera de Colpensiones; que el demandante tenía la opción de informarse y no pudo alegar desconocimiento del acto que suscribió; solicita se modifique la providencia en el sentido de que se ordene al fondo privado retornar los gastos de administración y el saldo de cuenta de rezago para financiar la futura prestación del actor.

PORVENIR S.A. por medio del apoderado judicial impetró y sustentó recurso en contra del fallo manifestando que, si bien es cierto que la parte demandante alegó vicios del consentimiento, solo quedó en afirmaciones sin sustento legal, por ende, debieron ser despachadas desfavorablemente las pretensiones, pues los alegados vicios error, fuerza y dolo no fueron demostrados con material probatorio, pues la entidad no incurrió en las conductas que falazmente se le endilgan, como se demuestra con la documental aportada en la contestación, entre ellos la solicitud de afiliación con Porvenir que evidencia que se dio toda la información necesaria para que decidiera trasladarse voluntariamente.

Indica que, no se hizo uso del derecho de retracto en su oportunidad ni tampoco manifestó su deseo de retornar al RPMPD, oportunidad que se le informó a la parte activa; que para la época del traslado no se les imponía a los fondos la obligación de suministrar información respecto de la favorabilidad del monto de su pensión, pues solo se dio a partir del 2014 y 2015. Solicita la aplicación de la prescripción, pues lo pretendido no versa sobre el derecho pensional, sino que está encaminado a la declaratoria de ineficacia de su afiliación en uno de los regímenes con el propósito de obtener un mejor derecho pensional respecto de la mesada en el otro régimen, aunado a lo anterior solicita se revoque la condena en costas por todo lo expuesto.



CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. *Cuestión Preliminar*

Se advierte que la providencia en estudio asimismo se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta por ser adversa a **COLPENSIONES**, respecto de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

Las partes presentaron alegatos de conclusión los cuales se circunscribe a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la providencia se da respuesta a los mismos.

2. *Objeto de la Consulta y Apelación*

Se circunscribe el problema jurídico para resolver en determinar la eficacia de afiliación efectuada por el señor **MARCO SERGIO VERA BAEZYNSKAZ** con **PORVENIR S.A.** regente del RAIS y como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene su afiliación al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** junto con sus recursos pensionales, comisiones, gastos, primas, costos entre otros emolumentos, prescripción y costas procesales.

3. *Caso Concreto*

Respecto de la afiliación inicial al Sistema General en Pensiones del demandante se encuentra que esta se efectuó con **PORVENIR S.A.** con fecha de efectividad del 01/05/1996 conforme a reporte de Asofondos que milita en el expediente, por lo que su vinculación al Sistema se dio a través del RAIS y aduce que no cumplieron con informarle del derecho de retracto, proyección pensional y reglamento de funcionamiento.

Debe precisar la Sala que, la línea jurisprudencial esgrimida por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral y que se citara más adelante corresponde a ineficacias de traslado respecto a personas que estuvieron afiliadas al RPMPD ya sea con el ISS hoy **COLPENSIONES** o Cajas de Previsión Social y se trasladaron al RAIS, lo que no obsta que, se extrapolen las mismas consideraciones al caso que nos ocupa, cuya primera y única vinculación del actor ha sido ante el RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, pues el deber de información de las AFP en la



selección del régimen pensional no está ceñido o depende de una vinculación previa a otro régimen, sino al deber de dar a conocer integralmente los beneficios y los perjuicios de un régimen u otro, todo ello con la finalidad de que el trabajador pueda tomar una decisión informada, libre y voluntaria que se ajuste a sus intereses, tal como lo señala el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 literal b).

Al respecto, nuestra normatividad consagró en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor a una multa determinada en la norma y **la afiliación respectiva quedará sin efecto** es decir ineficaz, entonces tenemos que dicho precepto utiliza los verbos atentar o impedir y según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el primero significa emprender o ejecutar algo ilegal o ilícito, y el segundo estorbar o imposibilitar la ejecución de algo.

Siguiendo el significado antes visto, en verdad la acción de no asesorar, ni brindar información en la forma prevista en la normatividad antes citada conlleva a la ejecución de algo contrario a la ley, es por lo que, en estricto gramatical la conducta descrita en esta sentencia encuadra en la descripción verbal del artículo 271.

Aún más, los anteriores verbos son cualificados por la expresión en “cualquier forma”, lo que conlleva a que no solo es el dolo la forma de infringir el precepto, sino la negligencia, la impericia, la imprudencia, y en general la omisión, componente este último que se entreve con preponderancia en el caso objeto de estudio.

Por otro lado, la protección de los derechos fundamentales que describe el artículo 272 en armonía con el citado 271 de la Ley 100 de 1993, no debe analizarse desde un ámbito meramente lingüístico, sino desde una perspectiva constitucional en aras de proteger un valor, un principio y un derecho como es la dignidad humana ligada a la seguridad social subyacente en la ineficacia del traslado y respecto a la cual se busca evitar que el hombre sea tratado con un medio, y no como un fin en sí mismo.



3.1. El Deber de Información en la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia e Ineficacia de Traslado

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia Radicación N° 33083 del 22 de noviembre del año 2011, MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón, rememora las Sentencias del 9 de septiembre del año 2008, Radicaciones N° 31989 y N° 31314, las cuales manifestaron que:

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.”

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.”

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica”.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

La Alta Corporación en Sentencia SL1688-2019 realizó una reseña histórica de la normatividad concerniente al deber de información y su evolución, resaltando que desde el nacimiento del Sistema General de Pensiones las AFP'S tienen el deber de informar con transparencia a sus afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo acerca de los aspectos relevantes e inherentes de los regímenes pensionales existentes, veamos:



Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
1- Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) 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
2- Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, 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
3- Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

De lo anterior se colige que, la selección inicial del régimen se enmarca en la primera etapa, toda vez que, data del 01/05/1996, entonces sobre las accionadas recaía la obligación de dar a conocer al señor **VERA BAEZYNSKA**: *“(…) 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”*

Por otra parte, frente a los conceptos de nulidad e ineficacia, es necesario puntualizar que la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su Sala de Casación Laboral ha indicado que:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.



(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

De lo esbozado se tiene que, resulta errado analizar el presente asunto desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando solo sus consecuencias prácticas¹, por ende, el presente asunto gravita en determinar la eficacia del traslado de régimen pensional primigenio o en este caso la selección inicial, razón por la cual lo que se busca en este tipo de asuntos no es la comprobación de error, fuerza o dolo, sino desentrañar que información y alcance de la misma proporcionó el fondo pensional acusado para determinar la eficacia del acto cuestionado bajo los parámetros preexistentes.

En reciente Sentencia SL2946-2021 del 16 de junio del 2021 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró la posición pacífica de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional, extrayendo los siguientes puntos neurálgicos que se pueden extrapolar al caso objeto de estudio, veamos:

“Sobre el particular, de tiempo atrás, esta Corporación fijó un sólido precedente, consistente en que, desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL373-2021).

(...)

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debe estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”

¹ CSJ - SL2946-2021 “En la medida que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, la Sala explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).”



El **deber de información** se instituyó en cabeza de las AFP'S desde la creación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, además el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», prescribió en el numeral 1.º del artículo 97 la obligación de las mismas de «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» y la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

La regulación del deber de información hacia los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones, está igualmente tipificada en las siguientes normas rectoras:

“Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y deberes de los afiliados y de las administradoras, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece los derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse. De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d)”

Por lo anterior y conforme a lo recaudado se encuentra que no hay prueba documental sumaria que acredite satisfecho el deber de información por parte de **PORVENIR S.A.** en los términos antes previstos.

Respecto del **formulario de afiliación** se ha decantada por la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral, que:

“Conforme al reiterado criterio de esta Sala, 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», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021).

(...)

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.



Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017 reiterada en la CSJSL373-2021), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.”

Como lo dicta el precedente, el formato de afiliación y/o traslado no se puede equiparar a un consentimiento informado por parte del actor cuando medie ausencia de información o conocimiento del acto que se lleva a cabo y sus consecuencias tanto positivas como negativas, dado que, la libertad de un individuo presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión, por ende, sin información suficiente no hay autodeterminación del mismo.

De la **carga de la prueba** se ha construido que:

“En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL373-2021, la Corte sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. Precisamente, en esa oportunidad se señaló que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

Por lo anterior concluye sobre el particular que: “no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009).”

La Sala considera proporcionada la inversión de la carga probatoria, puesto que, las AFP'S como entidades financieras expertas ostentan una posición dominante en materia informativa frente al afiliado lego en asuntos financieros y pensionales tan complejos, configurándose una asimetría que solo se puede contrarrestar por ejemplo al proveer al afiliado o potencial afiliado conocimiento integral de los rasgos positivos y negativos de cada régimen, situación que no se pudo constatar ante la ausencia de material probatorio que de certeza de la información que alude la accionada **PORVENIR S.A.** que si proporcionó.

La **aplicación del precedente** vertical del máximo órgano no se limita solo en los casos que se tenga una suerte de derecho transicional y/o proximidad a la adquisición de un derecho, toda vez que, el objeto central de dichos asuntos radica en determinar la eficacia o no del traslado de régimen pensional o como es el caso



objeto de estudio la afiliación inicial al Sistema General en Pensiones de cara al cumplimiento del deber de información por parte de las administradoras pensionales, así lo estableció la misma Corporación de Cierre:

“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4373-2020 y CSJ SL373-2021, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho no constituyen prerequisites sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen.

(...)

Finalmente, la circunstancia de que la accionante haya elevado su inconformidad solo hasta el 2018, tampoco incide en la obligación que tenía la AFP, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios de pertenecer al anterior régimen.”

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **PORVENIR S.A.** no le brindó al señor **MARCO SERGIO VERA BAEZYNSKAZ** asesoría integral e información acerca de las aristas de cada régimen, alternativas, conveniencias e inconvenientes con la finalidad de que el trabajador pudiera haber tomado su decisión informada, libre y voluntaria que se ajuste a sus intereses, tal como lo señala el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 literal b), por ende, al no acreditar el citado fondo el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con el demandante implica que nunca lo acató, configurándose la ineficacia deprecada cuyo efecto es privar de todo efecto práctico la afiliación inicial al RAIS, en consecuencia se ordenara a **COLPENSIONES** que afilie al RPMPD al demandante tal como se deduce de la pretensión 1° de la demanda, por ende, habrá de modificarse en ese sentido la decisión de primera instancia.

3.2. Devolución de Recursos Pensionales y otros Rubros

La ineficacia trae como consecuencia que el accionante conforme a su pretensión principal sea afiliado al RPMPD, no obstante, la imposición de afiliar al señor **MARCO SERGIO VERA BAEZYNSKAZ** al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** implica cargas que irían en menoscabo del fondo público, las cuales recaen en **PORVENIR S.A.** por la omisión del deber de información



obligándosele a retornar todos los recursos, comisiones, gastos y demás emolumentos.

En razón de lo expuesto y se impondrá a **PORVENIR S.A.** trasladar con destino a **COLPENSIONES** las cotizaciones integras efectuadas por el actor junto con sus rendimientos, gastos de administración, pago de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, saldo de cuenta de rezago y los pagos ejecutados por comisión de todo orden, así como la obligación de remitir los bonos pensionales si los hubiere y regresar las cotizaciones voluntarias al demandante, si se hicieron, emolumentos a retornar con cargo a su propio patrimonio. Todas las sumas deben devolverse junto con sus rendimientos.

Se fundamenta lo previamente resuelto en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C., al no existir norma que regule la temática de ineficacia tanto en la Ley 100 de 1993 como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado artículo, posición que asume tanto la Jurisprudencia Civil como la Laboral, en especial la sentencia SL2946-2021², todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común.

3.3. Prescripción

El traslado de régimen pensional se encuentra ligado al derecho irrenunciable e imprescriptible a la Seguridad Social de cada individuo entre los cuales esta, el derecho a la pensión de vejez que tiene la misma connotación, en consideración a que se constitucionalizó el derecho a la Seguridad Social en el artículo 48 de la Carta Política, por lo que la acción de ineficacia de traslado de régimen pensional no tiene término de prescripción³, toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite

² "Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).

³ CSJ - SL2946-2021 "En cuanto a esta excepción que Colfondos S.A. propuso, corresponde reiterar lo dicho en precedencia, esto es, que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC). Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier



temporal a reivindicar aspectos relacionados con su afiliación, cotizaciones y en general todo componente de la pensión, máxime que, los hechos o estados jurídicos son imprescriptibles, así lo determinó la Corporación de cierre.

3.4. Costas Procesales

El legislador establece que, dicha noción es una condena preceptiva que se impone a la parte que pierde el proceso y/o le resulta desfavorable el recurso de apelación de conformidad con el artículo 365 numeral 1 del C.G.P., sin consideraciones de orden subjetivo, por ende, la decisión del A quo en este apartado del fallo se encuentra conforme a derecho razón por la cual se dejara indemne.

Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 351 del 13 de octubre del 2021, emanada del Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali y en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación inicial efectuada por el señor **MARCO SERGIO VERA BAEZYNSKA** con **PORVENIR S.A.** el 01/05/1996 y **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** las cotizaciones integras efectuadas por el actor junto con gastos de administración, bonos pensionales, pago de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, saldo de cuenta de rezago, los pagos ejecutados por comisión de todo orden y regresar las cotizaciones

persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Finalmente, en lo que al medio exceptivo de prescripción planteado por las demandadas respecta, es de señalar que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).”



voluntarias al demandante, si se hicieron, emolumentos a retornar con cargo a su propio patrimonio. Todas las sumas deben devolverse junto con sus rendimientos.

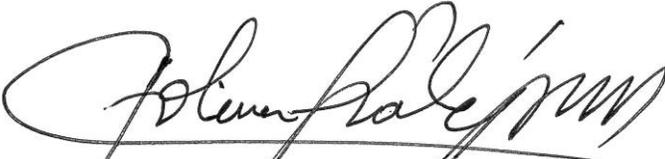
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la Sentencia Consultada y Apelada N° 351 del 13 de octubre del 2021, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.500.000 cada una y en favor del señor **MARCO SERGIO VERA BAEZYNSKAZ**.

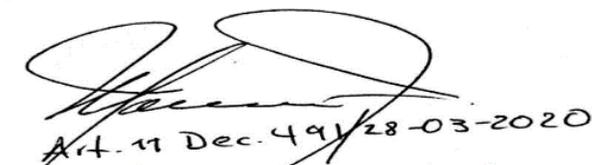
CUARTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar. **En caso de no interponerse recurso de casación por las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado de origen.**

NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO VIRTUAL EFICAZ

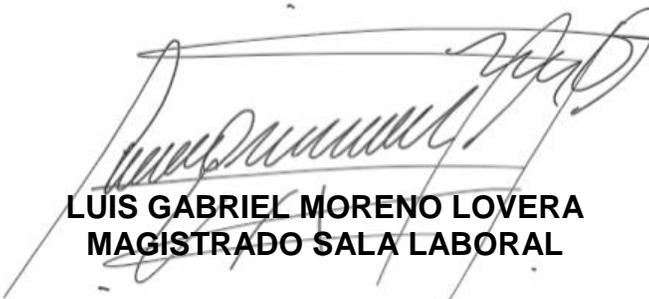
Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
MAGISTRADO SALA LABORAL



Art. 11 Dec. 49128-03-2020
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
MAGISTRADA SALA LABORAL



**LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
MAGISTRADO SALA LABORAL**

Firmado Por:

**Carlos Alberto Oliver Gale
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 005 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5feb8f324c23f1636150618d00e4840f6312bc6ce3e66aa2d6145150bda62f17**

Documento generado en 30/03/2022 03:44:45 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**