



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

Santiago de Cali, dieciocho (18) de abril de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA NÚMERO 113  
Acta de Decisión N° 33**

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° 176 del 02 de noviembre del 2021, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **LUIS CARLOS MONTES NUÑEZ** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, proceso identificado bajo la radicación N° 76001-31-05-010-2020-00459-01.

**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 09/03/1961; que efectuó cotizaciones inicialmente al RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** desde el 01/02/1978; que luego se trasladó al RAIS a través de **PROTECCIÓN S.A.** bajo la premisa de una pensión de valor superior, sin embargo, no se le explicó las condiciones del traslado, no se le



entregó proyección pensional, no se le informó de manera clara y por escrito de su derecho de retracto ni se le indicó la posibilidad de retornar al RPMPD; que posteriormente se trasladó a **PORVENIR S.A.** su actual fondo pensional, en similares circunstancias a las expuestas con **PROTECCIÓN S.A.**; que solicitó asesoría de su estado pensional ante **PORVENIR S.A.**, la cual arrojó que recibiría una mesada inferior a la que hubiera recibido con **COLPENSIONES**; finalmente relata que, elevó solicitud de nulidad traslado ante **COLPENSIONES** mediante apoderado, sin embargo, resultó infructuosa.

### CONTESTACIONES

**COLPENSIONES** frente a los hechos manifiesta que, son ciertos el 1° y 10°; respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: EL TRASLADO DEL DEMANDANTE OBEDECIO A SU DECISION LIBRE Y VOLUNTARIA Y POR TANTO ESTA REVESTIDO DE LEGALIDAD Y EFICACIA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO; PRESCRIPCIÓN; LA INOMINADA; EXCEPCIÓN DE BUENA FE; COMPENSACION; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA SIMULTÁNEA DE INDEXACION E INTERESES MORATORIOS; IMPOSIBILIDAD JURÍDICA PARA CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS; INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES; RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL; PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN; VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA Y VÁLIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL R.A.I.S.

**PROTECCIÓN S.A.** por su parte indica que, son ciertos los hechos 3° y 6°; que no es cierto el 4°, 5° y 8°; en cuanto a los demás arguye que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones denominadas como: VALIDEZ DE LA AFILIACION A PROTECCIÓN S.A.; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADAR LOS VALORES DE LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL DEL DEMANDANTE A COLPENSIONES AL HABER SIDO TRASLADADOS A PORVENIR S.A.; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE; INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO; PRESCRIPCIÓN; INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGITIMA; NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS; COMPENSACIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.



**PORVENIR S.A.** señala que, no es cierto el hecho 5° y 6°; respecto de los demás alude que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito: PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y BUENA FE.

### DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 176 del 02 de noviembre del 2021, resolvió:

- “1. Declarar no probados los medios exceptivos invocados por las demandadas.*
- 2. Declarar la ineficacia y por tanto sin validez la afiliación del señor LUIS CARLOS MONTES NUÑEZ al RAIS inicialmente al fondo Protección S.A. y posteriormente por traslado entre fondos privados a Porvenir S.A. y tener como única afiliación válida del demandante, la que traía con el RPMPD hoy administrado por Colpensiones.*
- 3. Condenar a la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., trasladen a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, valores de la cuenta individual, sus rendimientos, frutos e intereses, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses, igualmente los gastos de administración y los valores recibidos por concepto de pensión mínima, los valores por concepto de bonos pensionales en caso de haberlos percibido y trasladarlos al RPMPD administrado por Colpensiones.*
- 4. Ordenar a Colpensiones recibir los recursos señalados que deben trasladar Porvenir S.A. y Protección S.A., e imputarlos a la historia laboral del demandante y en la cuenta del fondo de prima media con prestación definida.*
- 5. Condenar en costas a las demandadas Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones, las que deberán liquidarse por secretaría en favor de la parte demandante, debiéndose incluir la suma de \$1'000.000 a cargo de Porvenir S.A., \$1'000.000 Protección S.A. y \$500.000 Colpensiones.*
- 6. Si esta sentencia no fuere apelada, remítase en consulta ante el H.T.S.D.J. DE CALI para su conocimiento, atendiendo lo dispuesto por el art. 69 del C.P.T. Y DE LA S.S.”*

### APELACIONES

**PROTECCIÓN S.A.** por medio de su apoderado impetró y sustentó su recurso solicitando que, se revoque el fallo en su integridad en especial las condenas impuestas a la entidad, toda vez que, se oponen a la devolución del bono pensional, pues el fondo no es el emisor de dicho emolumento; de los gastos y sumas adicionales refiere que, se obró conforme a la ley en la administración de los recursos evidenciándose en los buenos rendimientos generados; que de mantenerse la orden de devolución solo sería procedente lo depositado en la cuenta de ahorro individual del afiliado más los rendimientos, excluyendo los gastos de administración que se encuentran ya causados como contraprestación a la gestión



realizada, entonces si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido debe entenderse que el contrato de afiliación no existió y por ello la AFP no debió administrar los recursos, por lo que no se causarían rendimientos ni se debió cobrar cuota de administración, empero, conforme a las restituciones mutuas así se declare la ineficacia, no puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos o mejoras que para el afiliado son los rendimientos y para la AFP son los gastos de administración que debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

Reitera que, de mantenerse la posición de devolución de todas las sumas ordenadas en el numeral Tercero, se constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor del actor, máxime que, los aportes y rendimientos ya fueron trasladados a Porvenir; frente al seguro previsional discrepa de su devolución porque dicho recurso fue destinado para cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia que nada tiene que ver con la pensión; de la garantía de pensión mínima indica que el fondo solo lo recauda pero no infiere en la prestación o cuenta; de los furtos e intereses aduce que se estaría haciendo un doble cobro si se regresan; por ultimo de las costas arguye que, la suma de \$1.000.000 resulta muy onerosa si la entidad obro de conformidad con la ley.

**COLPENSIONES** a través de su apoderada impetró y sustentó su recurso esgrimiendo que, la actuación de la parte demandante a portas de pensionarse y con el ánimo de incrementar su mesada aduciendo una falta al deber de información es cuestionable que solo ahora pretenda trasladarse de régimen cuando ya está inmerso en la prohibición para ello; que el mercado de valores es variable y por ello la mesada en el RAIS también; que no se pudo acceder a la solicitud de traslado por que no hubo vicio en el consentimiento por la supuesta debida información que Protección ni Porvenir le brindaron, empero, durante todo este tiempo no manifestó inconformidad alguna el actor, además de que era consciente de las condiciones del régimen ni se le obligó; que el traslado tan próximo a reunirse requisitos para la pensión afectaría la sostenibilidad financiera del sistema y va en contravía de la progresividad del sistema, porque Colpensiones deberá cubrir el excedente que haga falta para el reconocimiento de la pensión; se opone a la condena en costas porque la entidad obro de buena fe y en cabal cumplimiento de la norma, por todo lo anterior solicita se revoque el fallo.



**PORVENIR S.A.** por medio de su apoderada judicial presentó y sustentó su recurso arguyendo que, se cumplió con todas sus obligaciones del deber de información a cargo del fondo al momento del traslado, en cumplimiento de las normas vigentes para el año 2013, entonces no se puede aplicar de manera retroactiva el cumplimiento de un deber de información muy posterior a la fecha de afiliación; que no era obligatorio entregar proyección pensional ni indicarle cual sería el monto de la mesada ni dejar constancia escrita de la asesoría más allá del formulario de afiliación; que se le informó al actor previo al traslado a Horizonte hoy Porvenir las características del régimen y demás tomando su decisión libremente, no pudiendo restar validez al acto; que Protección fue la que efectuó el traslado de régimen siendo la principal obligada; que el actor se benefició del régimen durante todo este tiempo, no manifestó inconformidad denotando actos de relacionamiento y vocación de permanencia en el RAIS; que no se acreditaron causales de nulidad o ineficacia y el actor era plenamente capaz al momento del traslado para obligarse; que no se probaron vicios del consentimiento;

Señala que, el deber de información es de doble vía y sobre el actor también recae la obligación de informarse estando en sus plenas capacidades, que por demás la elección de régimen está solo en cabeza del afiliado. Que se opone a la devolución de rendimientos pues bajo los efectos de la ineficacia habría de entenderse que no hubo contrato ni administración de los recursos, entonces no nacieron a la vida los rendimientos que hoy se ordenan resultando técnicamente inexistentes; que en igual sentido se opone al retorno de los gastos de administración porque son la contraprestación de la gestión del fondo y tienen una destinación específica en razón de ejecutar la administración y mantenimiento de los recursos, por lo que no se encuentran en poder del fondo, además no tienen la vocación de financiar la prestación ni forman parte del patrimonio del afiliado, entonces constituiría un enriquecimiento sin justa causa su devolución si el fondo no obro de mala fe y en estricto cumplimiento de la ley, por tal motivo solicita se absuelva al fondo de todas las condenas impuestas.



## 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*

El problema jurídico para resolver se circunscribe en determinar la eficacia del traslado efectuado por el señor **LUIS CARLOS MONTES NUÑEZ** desde el RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** hacia el RAIS regentado **PROTECCIÓN S.A.**, en igual forma el posterior traslado dentro del RAIS realizado con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y en consecuencia establecer si es procedente su retorno al RPMPD junto con sus recursos pensionales, comisiones, gastos, primas, costos entre otros emolumentos, prescripción y costas procesales.

### 3. *Caso Concreto*

El eje central de discusión estriba en determinar si **PROTECCIÓN S.A.** y **POORVENIR S.A.** le suministraron al señor **MONTES NUÑEZ** información cierta, completa, clara y oportuna previo autorizar su traslado de régimen y posteriores, que le permitiera conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones, beneficios, riesgos y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones.

#### 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.”*

#### Respecto a los múltiples traslados de AFP:

*“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.*

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 concluye que, los actos de traslado se enmarcan de la primera etapa, toda vez que, estos datan del 01/09/2000 y 01/04/2013, entonces sobre **PROTECCIÓN S.A.** recaía la obligación de dar a conocer al señor **MONTES NUÑEZ** en los términos de un deber de información primigenio y sobre **PORVENIR S.A.** un deber de información, asesoría y buen consejo.

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 prácticas<sup>1</sup>, por ende, el presente asunto gravita en determinar la eficacia del traslado de régimen pensional primigenio, 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.

Cabe destacar que, el efecto consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el cual prescribe 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**, por ende, se observa que la ineficacia de traslado se encuentra regulada en la norma rectora del Sistema Pensional actual desde su creación.

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:

---

<sup>1</sup> 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).”



*“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.”*

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 que acredite satisfecho el deber de información por parte de la accionada **PROTECCIÓN S.A.** y **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 de la persona.

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 desfavor 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 verbo y gracia 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 **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** que si proporcionaron.

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 primigenio 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 en precedencia se concluye que, **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** no ilustraron al señor **LUIS CARLOS MONTES NUÑEZ** en los términos de un deber de información primigenio respecto de la primera AFP y un deber de información, asesoría y buen consejo frente a la segunda AFP, previó a surtirse el **traslado de régimen realizado el 01/09/2000 con Protección y el posterior traslado dentro del RAIS efectuado con Horizonte hoy Porvenir el 01/04/2013**, con la finalidad de que el actor pudiera haber tomado su decisión informada, libre y voluntaria que se ajustara a sus intereses, tal como lo señala el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 literal b), situación que no se presentó, por ende, al no acreditarse el cumplimiento del deber de información, asesoría y buen consejo, implica que nunca lo acató la accionada



**PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto se recuerda que consiste en privar de todo efecto práctico el traslado de régimen bajo la ficción jurídica de que, el accionante nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

Por último, la ineficacia es una anomalía en el acto de traslado por falta de consentimiento informado, en donde no se analiza la estabilidad financiera del sistema de pensiones, pues, tal aspecto no es el configurador de dicha ineficacia.

### **3.2. Devolución de Recursos Pensionales y otros Rubros**

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del demandante (*traslado de régimen y posteriores*), que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales debido a la proximidad cumplimiento del requisito de edad para pensionarse del actor, entonces para que **COLPENSIONES** conserve incólume la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P. del señor **MONTES NUÑEZ** implicaría imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo regente del RPMPD, las cuales recaen en **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** por la omisión del deber de información obligándoseles a retornar todos los recursos, comisiones, gastos y demás emolumentos.

Por su parte las recurrentes del RAIS se oponen a la devolución de gastos de administración y demás emolumentos, no obstante, cabe recordar que la ineficacia busca borrar de plano el traslado de régimen y demás actos subsiguientes, volviendo las cosas al estado anterior y, por otro lado, los fondos del RAIS tuvieron en su poder los recursos, los cuales usufructuaron, por ende, deben devolverlos en toda su integridad al sistema con destino a **COLPENSIONES**.

De las sumas adicionales de la aseguradora se constata que, no hay reconocimiento alguno de prestación por invalidez o sobrevivencia por parte de la accionada **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, por ende, no hay lugar a imponer devolución alguna por el mentado concepto por lo que se revocará dicha condena y en su lugar, se dispone que dichos entes devuelvan los pagos por concepto de primas de seguros previsionales.



Respecto a la apelación sobre devolución de los bonos, no le asiste razón al recurrente PROTECCIÓN S.A., en la medida en que, lo ordenado por el juez de primera instancia consiste en devolver el bono en caso de haberlo recibido.

Se adicionará al numeral Tercero en el sentido de condenar a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** retornar al actor las cotizaciones voluntarias, si se hicieron.

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 SL2946-2021<sup>2</sup>, 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 prescripción<sup>3</sup>, toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite

---

<sup>2</sup> “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).

<sup>3</sup> 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 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



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 las accionadas.

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: REVOCAR** del numeral TERCERO de la Sentencia Consultada y Apelada N° 176 del 02 de noviembre del 2021, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, la condena impuesta a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** de las sumas adicionales de la aseguradora por las razones expuestas en esta providencia y en su lugar, **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** transferir con destino a **COLPENSIONES** los pagos por concepto de primas de seguros previsionales;

**Y ADICIONAR** dicho numeral en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** a retornar al señor **LUIS CARLOS MONTES NUÑEZ** las cotizaciones voluntarias, si se hicieron. Todas las sumas deben devolverse junto con sus rendimientos., **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.**

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás sustancial la Sentencia Consultada y Apelada N° 176 del 02 de noviembre del 2021, emanada del Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali.

---

*jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019)."*

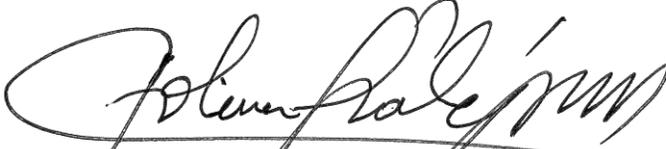


**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.500.000 cada una y en favor del demandante **LUIS CARLOS MONTES NUÑEZ**.

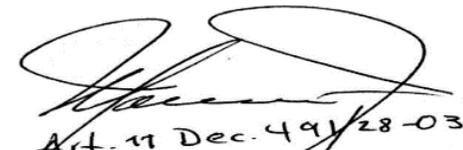
**CUARTO:** A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema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

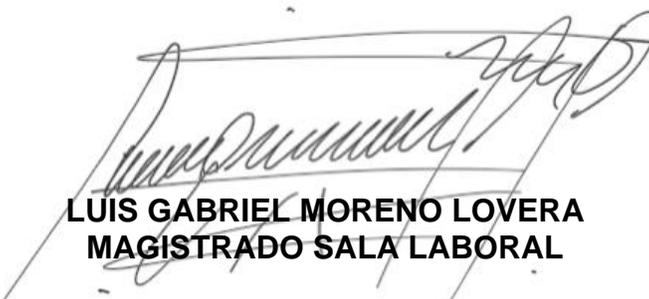
**Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:**



**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: **b850a4df194d6b20aaa851b09ccb29e5c04cbc50287d519f7f583aa4ceab0ae6**

Documento generado en 18/04/2022 11:54:05 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**