



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

Santiago de Cali, quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA NÚMERO 227**

**Acta de Decisión N° 69**

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° 124 del 21 de junio del 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **JOAQUIN ELIAS GAMBOA MESA** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, proceso identificado bajo la radicación N° 76001-31-05-001-2022-00210-01.

**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 11/06/1959; que en la actualidad está afiliado a **PROTECCIÓN S.A.**; que efectuó cotizaciones al ISS hoy **COLPENSIONES** desde enero de 1984 alcanzado 530,29 semanas; que posteriormente suscribió formulario de traslado de régimen con **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** el 08/07/1994, sin mediar

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

información verbal o por escrito de las ventajas y desventajas del traslado, el capital necesario para una pensión digna y acorde con sus ingresos, comparativo de liquidación de mesada en ambos regímenes, plan de pensiones entre otros aspectos relevantes; que luego suscribió formulario de traslado con **PROTECCIÓN S.A.** el 01/03/2002.

Refiere que, **PROTECCIÓN S.A.** le entrega proyección pensional el 21/01/2022, mediante la cual le informan que su mesada a los 62 años ascendería a \$1.781.266 y por otro lado, la mesada que podría haber recibido en el RPMPD ascendería a \$2.730.599 a sus 63 años; que cuenta con 1.846,15 semanas cotizadas al sistema; que solicitó su traslado hacia **COLPENSIONES** ante **PROTECCIÓN S.A.** el 18/06/2019, sin embargo, la entidad se negó; que solicitó afiliación y la ineficacia del traslado de régimen primigenio ante **COLPENSIONES** el 10/03/2022 y 23/03/2022 respectivamente, no obstante, la AFP se negó en ambas solicitudes.

**CONTESTACIONES**

**COLPENSIONES** frente a los hechos manifiesta que, son ciertos del 1° al 5°, 13°, 20°, 21°, 22° y 24°; que es parcialmente cierto el 23° sobre la negativa de afiliación y no cierto sobre el argumento para negarla; respecto del resto arguye que no le constan. 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; BUENA FE Y LA INNOMINADA.

**PORVENIR S.A.** señala que, son ciertos los hechos 1° y 5°; que no es cierto del 6° al 12°, 14° y 16°; que el 24° no es una manifestación que deba ir en el acápite de hechos; en cuanto a los demás aduce 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.

**PROTECCIÓN S.A.** por su parte indica que, son ciertos los hechos 2°, 4°, 13°, 15°, 17°, 18° y 19°; que son apreciaciones subjetivas de la contraparte lo relatado en el hecho el 14° y 16°; que sobre el 24° le corresponde al juzgador pronunciarse sobre



ello y respecto del resto expresa que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones denominadas como: PRESCRIPCIÓN; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO Y FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA; VALIDEZ DE LA AFILIACION DE LA PARTE ACTORA AL RAIS; BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

### DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 124 del 21 de junio del 2022, resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.*

*SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., realizado por el señor JOAQUIN ELIAS GAMBOA MESA. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

*TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hayan causado; como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio previsto en el artículo 13, literal q). y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones del demandante, valores que deberá devolver debidamente indexados.*

*CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver al sistema el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio previsto en el artículo 13, literal q). y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones del demandante, valores que deberá devolver debidamente indexados.*

*QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a que admita nuevamente al señor JOAQUIN ELIAS GAMBOA MESA, en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la misma sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales.*

*SEXTO: CONDENAR a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES en costas, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a cargo de cada una y en favor del demandante.*

*SÉPTIMO: CONSÚLTSE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el presente proveído, en caso de no ser apelado y en favor de COLPENSIONES.”*



## **APELACIONES**

**PORVENIR S.A.** a través de su apoderada presentó y sustentó su recurso esgrimiendo que, se opone a la declaratoria de ineficacia y la devolución de los rubros a trasladar, toda vez que, se desconoce el criterio de las restituciones mutuas, porque Porvenir efectuó la administración de los recursos de buena fe y bajo el principio de confianza legítima, además que el legislador establece que los gastos de administración tienen una destinación específica para la administración que deviene en los rendimientos generados, entonces al ya haberse causado dichos rubros no puede retrotraerse las gestiones de administración, generándose un detrimento de Porvenir.

Manifiesta que de entenderse que el acto de afiliación no nació a la vida, no se habrían generado rendimientos solo operan en el RAIS, por otro lado, los gastos operan en ambos regímenes y trasladarse a Colpensiones sin efectuar gestión alguna de los recursos, constituiría un enriquecimiento sin justa causa; que la indexación de las sumas a retornar no es procedente e implicaría un doble cobro, porque los recursos están en permanente inversión en bolsa y el valor adquisitivo de los aportes del afiliado no se pierde; por lo expuesto solicita se revoque la sentencia en su integridad, además de que la cuenta del actor esta clausurada por traslado a otro fondo.

**PROTECCIÓN S.A.** mediante mandataria presentó y sustentó su recurso solicitando que se revoque los gastos de administración indexados y con cargo al patrimonio, toda vez que, no es procedente su devolución porque son comisiones debidamente autorizadas por la Ley 100/93 y que operan en ambos regímenes; que en los casos de ineficacia solo resulta procedente la devolución de aportes y rendimiento que reposan en la cuenta de ahorro individual, excluyendo los gastos de administración porque se tratan de comisiones ya causadas; 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 de la cuenta de ahorro individual por ello debería entenderse que no se generaron rendimientos ni gastos de administración, empero, bajo las restituciones mutuas no se puede desconocer que el bien administrado



produjo unos frutos o mejoras los cuales son los rendimientos para el afiliado y los gastos para el fondo que debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado, de hacerlo se constituiría en un enriquecimiento sin justa causa y un cobro de lo no debido; que de confirmarse la decisión solicita se estudie la prescripción en los gastos de administración.

## **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 **JOAQUIN ELIAS GAMBOA MESA** desde el RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** hacia el RAIS regentado por HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, así como el subsecuente traslado dentro del RAIS realizado con **PROTECCIÓN S.A.**, en consecuencia establecer si es procedente su retorno al RPMPD junto con sus recursos pensionales, comisiones, gastos, primas, costos entre otros emolumentos, indexación, prescripción y costas procesales.

### ***3. Caso Concreto***

El eje central de discusión estriba en determinar si **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** le suministraron al señor **GAMBOA MESA** 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”.*



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

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 01/08/1994 y 01/03/2002, entonces sobre **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** recaía la obligación de dar a conocer el sistema pensional al señor **GAMBOA MESA** en los términos de un deber de información primigenio.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

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,

---

<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).”



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:

*“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:



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

*“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 **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN 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 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 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, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** no ilustraron al señor **JOAQUIN ELIAS GAMBOA MESA** en los términos de un deber de información primigenio previó a surtirse el **traslado de régimen realizado el 01/08/1994 con Horizonte hoy Porvenir y el posterior traslado dentro del RAIS con Protección el 01/03/2002**, 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 acataron las accionadas del RAIS 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. En ese orden, el Acto Legislativo No 3 de 2011, parágrafo, prescribe que, al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. La pensión es un derecho fundamental según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo tanto, el argumento de la sostenibilidad no es pertinente para este asunto.

### **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 posterior*), que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales debido al 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 **GAMBOA MESA** 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.

En cuanto a los gastos de administración se reitera por la Sala que, la ineficacia busca borrar de plano el traslado de régimen, 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 las AFP en toda su integridad al sistema con destino a **COLPENSIONES**.

Respecto de la indexación la Sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar, por tal razón se REVOCA dicha condena a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, y en su lugar, se les CONDENAN a dichos entes a que devuelvan todas las sumas junto con sus rendimientos.

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 **PROTECCIÓN S.A.**, por ende, no hay lugar a imponer devolución alguna por concepto de suma adicional de aseguradora, por tal razón se REVOCA dicha condena y en su lugar, se CONDENAN a dicha AFP a que devuelvan las primas de seguros previsionales.

En razón de lo expuesto se adicionará al numeral Tercero y Cuarto del proveído en estudio en el sentido de condenar a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y toda comisión o gasto generado con cargo a su propio patrimonio por los periodos en que estuvo afiliado el señor **JOAQUIN ELIAS GAMBOA MESA**, retornar al accionante las cotizaciones voluntarias.



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 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.

---

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



De la aplicación del fenómeno prescriptivo en los conceptos ordenados a restituir al fondo público cabe destacar que, dichas sumas debieron ser descontadas y atribuidas a la administradora del RPMPD, siendo por conexidad imprescriptibles y de no ordenarse su restitución al fondo primigenio se generaría un detrimento patrimonial a **COLPENSIONES**, máxime que, a **PROTECCIÓN S.A.** se le impone dicha condena a título de sanción con cargo a su propio patrimonio por la omisión al deber de información conforme a los efectos de la ineficacia, por ende, no prospera la apelación en este sentido.

### **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 **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN 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: ADICIONAR** al numeral TERCERO de la Sentencia Consultada y Apelada N° 124 del 21 de junio del 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y toda comisión o gasto generado con cargo a su propio patrimonio por los periodos en que estuvo afiliado el señor **JOAQUIN ELIAS GAMBOA MESA** al RAIS y retornar al accionante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron;

- **REVOCAR** la condena impuesta a **PROTECCIÓN S.A.** de las sumas adicionales de la aseguradora y en su lugar, se le **CONDENA** a devolver las primas de seguros previsionales;



- **REVOCAR** la condena impuesta a **PROTECCIÓN S.A.** de la indexación y en su lugar, se le **CONDENA** a devolver todas las sumas junto con sus rendimientos, **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.**

**SEGUNDO: ADICIONAR** al numeral CUARTO de la Sentencia Consultada y Apelada N° 124 del 21 de junio del 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.-HORIZONTE** a trasladar a **COLPENSIONES** las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y toda comisión o gasto generado con cargo a su propio patrimonio por los periodos en que estuvo afiliado el señor **JOAQUIN ELIAS GAMBOA MESA** al RAIS y retornar al accionante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron;

- **REVOCAR** la condena impuesta a **PORVENIR S.A.** de la indexación y en su lugar, se le **CONDENA** a devolver todas las sumas junto con sus rendimientos, **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.**

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás sustancial la Sentencia Consultada y Apelada N° 124 del 21 de junio del 2022, emanada del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

**CUARTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.500.000 cada una y en favor del demandante **JOAQUIN ELIAS GAMBOA MESA.**

**QUINTO:** 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**



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

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

**CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**  
Magistrado Sala Laboral

Art. 11 Dec. 49128-03-2020

**MONICA 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: **c6a3c25716832640b3cb1d50404199958589200784d01a09521c9eba68e3629c**

Documento generado en 15/07/2022 08:07:43 AM

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

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