



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

Santiago de Cali, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA NÚMERO 390

Acta de Decisión N° 120

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° 150 del 27 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MARTHA LUZ ORTEGA CANTILLO** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, proceso identificado bajo la radicación N° 76001-31-05-020-2021-00407-01.

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, con sus aportes, bonos pensionales, rendimientos, entre otros emolumentos producto de la afiliación al RAIS y costas procesales.

Por otro lado, informan los hechos que atañen al proceso respecto de la demandante: que nació el 4 de noviembre de 1969; su afiliación al sistema general de pensiones, la realizó desde el 1° de febrero de 1990, a través del ISS hoy Colpensiones, cotizando en forma continua hasta el año 1994, con un total de 251.57, semanas aproximadamente; que persuadida de manera engañosa por un funcionario de Porvenir S.A. y ante la falta de información clara, real y suficiente, el 9/04/1994, suscribió afiliación al citado fondo de pensiones; que posteriormente



realizó diversos traslados de AFP, porque le prometían mejores condiciones, trasladándose así, de Porvenir S.A. a Horizonte, ello el 24/02/1997, de Horizonte a ING hoy Protección S.A., a partir del 7/07/1999.

Refiere que, al momento de la afiliación al RAIS, Porvenir S.A., no le suministró una información clara, explícita y completa sobre las consecuencias del traslado, situación que tampoco realizó ING hoy Protección S.A.; aduce que, por un asesor externo de su empleador, se dio cuenta que a pesar de tener más de 1400 semanas cotizadas no le alcanzaría para obtener pensión, sino debía optar por la garantía de pensión mínima.

CONTESTACIONES

COLPENSIONES, frente a los hechos manifiesta que, son ciertos el 1°, 2°, 3°, 12, 18, 19, 20 y 21; parcialmente cierto el 13, 14; no cierto el 15 y 16, y respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y CARENCIA DEL DERECHO, COBRO DE LO NO DEBIDO, PRESCRIPCIÓN, INNOMINADA, AUSENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR, BUENA FE, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA, entre otras.

PORVENIR S.A., manifestó que, no son ciertos los hechos 4°, 5°, 6°, del 7° al 7.7, 15 y 16; como ciertos el 13 y 21; respecto de lo narrado en el hecho 12, indicó que no es cierto que Porvenir S.A., no hubiera informado a la demandante sobre las consecuencias de su afiliación, al habersele brindado esa información de manera verbal, que es cierto la radicación de la petición a la entidad, pero no le consta los demás; frente a los demás hechos adujo que no le constan. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de fondo: PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y BUENA FE.

El **MINISTERIO PÚBLICO**, expuso que, teniendo en cuenta las particularidades del caso, corresponde a Protección S.A. y Porvenir S.A., dando aplicación a la figura denominada por la doctrina “carga dinámica de la prueba”, consagrada en el artículo 167 del C.G.P., probar que en el proceso de traslado de fondo de pensiones realizado, a la demandante le brindaron una información clara, objetiva,



comparada y transparente sobre las características de ambos sistemas, permitiéndole valor las consecuencias de su traslado, dando cumplimiento a los requisitos legales impuestos por las AFP'S desde su creación.

PROTECCIÓN S.A., por su parte, señaló como ciertos los hechos 1°, 2°, 6°, 8.6, 9°, 12, 14, 18, 19, 20 y 21; parcialmente cierto el 3°; como no ciertos el 8°, 8.1, 8.2, 8.3, 8.4, 8.5, 8.7 y 17; que no son hechos el 10, 11 y 15; y que no le constan los demás. Se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones las de: VALIDEZ DE AFILIACIÓN A PROTECCIÓN S.A., BUENA FE, 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 DEL VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO, entre otras.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 150 del 27 de septiembre de 2022, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, por las razones expuestas anteriormente.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO de la señora MARTHA LUZ ORTEGA CANTILLO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad que tuvo como fecha el 01 de mayo de 1994, proveniente del extinto INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES (ISS) hoy la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS , ASI COMO su posterior traslado entre administradoras: Traslado a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A con fecha del mes de abril de 1997 por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante contenidos en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a admitir el traslado del régimen pensional de la demandante, MARTHA LUZ ORTEGA CANTILLO.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a aceptar todos los valores que reciba de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A en los términos anteriormente expuestos.

SEXTO: COSTAS a cargo de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, fíjese la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.500.000), a cargo de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A, fíjese la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

(\$1.500.000), y cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, fíjese igualmente la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.500.000).

SEPTIMO: La presente Sentencia, CONSÚLTESE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al tenor de lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 1994.

OCTAVO: ORDENAR a la demandada la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante contenidos en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados. SE INSISTE SI LOS HAY"

APELACIÓN

COLPENSIONES formuló recurso de apelación en contra de la sentencia, sustentando el mismo, en que es improcedente para la entidad aceptar a la demandante en calidad de afiliada, ya que la misma presenta su solicitud fuera del término legal establecido; de igual manera la demandante en el proceso no demostró vicio en el consentimiento, tampoco demostró falsedad en el formulario de afiliación a la administradora del fondo de pensiones a la cual se encuentra afiliada, además que valida su afiliación, permaneciendo por más de 15 años, en el RAIS, realizando traslados horizontales entre administradoras; que no se tuvo en cuenta en el presente proceso, que la carga de la prueba es dinámica, por lo cual, la demandante, tampoco presentó ningún tipo de documento, que demuestre cuales son los beneficios que perdió al trasladarse al RAIS.(...)

De otro lado que, en el momento que se trasladó de régimen, no existía un deber de asesoría o buen consejo por parte de las administradoras de pensiones, sino un deber de información, por lo que no se sabe realmente que información tenga la actora, aclarando además que es responsabilidad de la actora, informarse respecto de su futuro pensional y analizar la información recibida mensualmente del RAIS, al igual que al realizar el traslado horizontal entre Porvenir y Protección, debió haberse informado la conveniencia de permanecer en el RAIS, solicitando con ello se revoque la sentencia y en caso de que se confirme se ordene el reintegro inmediato a la entidad de todos los conceptos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y demás emolumentos.



PROTECCIÓN S.A. a través de su mandataria presentó y sustentó recurso contra la decisión, ello al considera que, la comisión de administración es aquella que cobra la AFP, para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, que de cada aporte que ha realizado la demandante, del 16%, la AFP, descuenta un 3% para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro provisional, descuento que se encuentra autorizado por la Ley 100 de 1993 y opera en el RPM y RAIS, no siendo procedente que se ordene la devolución de lo que la entidad descontó por comisión de administración, al tratarse de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual; que en ese orden, si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca Protección, debió Administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual.

PORVENIR S.A. a través de su apoderado judicial, formuló recurso de apelación en contra de la sentencia, ello al considerar que, frente al deber de información la entidad siempre actuó de buena fe, en relación al traslado de régimen pensional que realizó la demandante de forma libre, voluntaria y consiente, tal y como quedo expresado en el formulario de afiliación; además que la entidad cumplió con las obligaciones a su cargo de acuerdo con la normatividad vigente al momento del traslado, puesto que la obligación de explicar a los potenciales afiliados, las consecuencias del traslado del régimen pensional, surgió a partir del inciso 4° del artículo 3° del Decreto 2071 del 2015, siendo claro que para la fecha que se materializo el traslado, no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría.

Asimismo que, en lo referente al numeral octavo de la sentencia, expuso que la consecuencia de la ineficacia del traslado es que el vínculo nunca existió, es decir que la parte demandante nunca estuvo afiliada a Porvenir S.A., por lo tanto sus aportes nunca fueron a una cuenta de ahorro individual, no habiendo lugar a devolver los rendimientos por el tiempo que la demandante estuvo afiliada, además que los mismos ya fueron girados al actual fondo de pensiones en que se encuentra afiliada la demandante; siendo improcedente además devolver los demás elementos ordenados, al haberse girado al fondo correspondiente.



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 la señora **MARTHA LUZ ORTEGA CANTILLO** desde el RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** hacia el RAIS regentado por **PORVENIR S.A.**, el posterior traslado a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, seguidamente a **COLPENSIONES** y el traslado final a ING hoy **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.- HORIZONTE** e **ING** hoy **PROTECCIÓN S.A.** le suministraron a la señora **MARTHA LUZ ORTEGA CANTILLO**, 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 perjudicarle
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.

Conforme a lo anterior y dado que los actos de traslado se enmarcan en la primera etapa, como se observa a continuación:

Hora de la consulta : 11:55:35 AM

Afiliado: CC 57415586 MARTHA LUZ ORTEGA CANTILLO [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 57415586

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1994-04-09	2004/04/16	PORVENIR	COLPENSIONES		1994-05-01	1997-03-31
Traslado de AFP	1997-02-24	2004/04/16	HORIZONTE	PORVENIR		1997-04-01	1997-05-30
Traslado regimen	1997-05-28	2009/10/31	COLPENSIONES	HORIZONTE		1997-07-01	1999-08-31
Cesión por multifiliación	1999-07-07	2004/04/16	ING	COLPENSIONES		1999-09-01	2012-12-30
Cesión por fusión	2012-12-31	2012/12/29	PROTECCION	ING		2012-12-31	

5 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 57415586

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1994-04-09	1996-06-13	01	AFILIACION	PORVENIR	
1996-11-01	1997-08-08	07	TRASLADO DE ENTRADA	HORIZONTE	PORVENIR
1997-02-24	1997-06-28	03	TRASLADO DE SALIDA	PORVENIR	HORIZONTE
1999-07-07	1999-08-10	79	TRASLADO AUTOMATICO	ING	HORIZONTE

(Pág. 54- 21ContestacionProteccion), entonces sobre **PORVENIR S.A.- HORIZONTE** e **ING** hoy **PROTECCIÓN S.A.**, recaía la obligación de dar a conocer a la señora **ORTEGA CANTILLO**, en los términos de un deber de información primigenio. “(...) 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, 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

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).”



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:

“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 las accionadas **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, en los términos antes previstos.

Respecto del **formulario de afiliación** se ha decantado 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 de la actora 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 dé certeza de la información que aluden **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN 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.- HORIZONTE** e **ING** hoy **PROTECCIÓN S.A.** no ilustraron la señora **MARTHA LUZ ORTEGA CANTILLO**, acerca 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, todo ello, previó a surtir el traslado de régimen realizado el 01/05/1994 con Porvenir S.A.; el 1/04/1997 a Horizonte hoy Porvenir S.A.; trasladándose nuevamente a Colpensiones el 1/07/1997; y finalmente el 01/09/1999 a ING hoy Protección S.A., con la finalidad de que la actora 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 implica que nunca lo acataron las accionadas **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN 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, la accionante nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

3.2. Devolución de Recursos Pensionales y otros Rubros

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



En cuanto a los gastos de administración y demás se reitera por esta Sala que, la ineficacia busca borrar de plano el traslado de régimen, volviendo las cosas al estado anterior y, por otro lado, el fondo del RAIS tuvo en su poder los recursos, los cuales usufructuaron, por ende, deben devolverlos en toda su integridad al sistema con destino a **COLPENSIONES**.

En razón de lo expuesto, se adicionará los numerales tercero y octavo del proveído en estudio en el sentido de condenar a **PROTECCIÓN S.A.-ING** y **PROVENIR S.A.-HORIZONTE**, a retornarle a la demandante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron.

En cuanto a 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 absolverá a **PROTECCIÓN S.A.** y a **PROVENIR S.A.** de dicha obligación.

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

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).



no tiene término de prescripción³, 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.

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 demandadas **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, por ser apelantes infructuosos. Agencias en derecho \$1.500.000.00.

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 a los numerales **TERCERO** y **OCTAVO** de la Sentencia Consultada y Apelada N° 150 del 27 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a

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 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)."



PROTECCIÓN S.A.-ING y PORVENIR S.A.-HORIZONTE, a retornarle a la señora **MARTHA LUZ ORTEGA CANTILLO**, las cotizaciones voluntarias, si se hicieron.

REVOCAR la condena impuesta a **PROTECCIÓN S.A.-ING y PORVENIR S.A.-HORIZONTE** por concepto de la indexación por las razones expuestas en esta providencia, y en su lugar, se les **CONDENA** a dichos entes a que devuelvan todas las sumas junto con sus rendimientos. **CONFIRMAR EN LO DEMÁS LOS CITADOS NUMERALES.**

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial la Sentencia Consultada y Apelada N° 150 del 27 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali.

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 de la demandante **MARTHA LUZ ORTEGA CANTILLO.**

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.

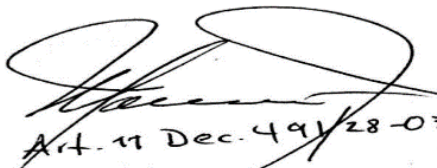
NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO VIRTUAL EFICAZ

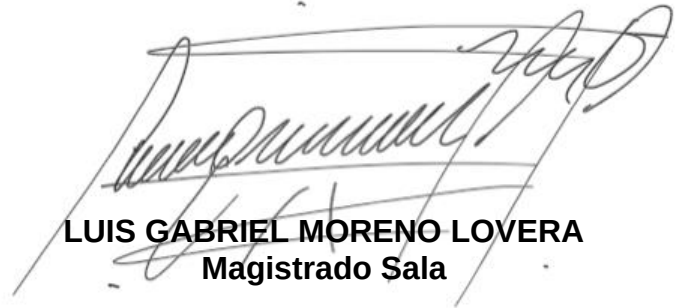
Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
Magistrado Ponente



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL


Art. 11 Dec. 49128-03-202
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada Sala


LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Magistrado Sala

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: **f67d3fe6d56980c2b9d1075407f3ccb31844c2b65bc1cd1fd1e49cc160e486fc**

Documento generado en 27/11/2022 05:21:41 PM

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

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