



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

**AUDIENCIA NÚMERO 189**

Juzgamiento

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA NÚMERO 190**

**Acta de Decisión N° 044**

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° 34 del 22 de febrero del 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **LINDA CRISTINA TUMBAJOY SALGADO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, bajo la radicación N° 76001-31-05-008-2020-00434-01.

**ANTECEDENTES**

Las pretensiones incoadas por la actora consisten en que, se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD administrado previamente por CAJANAL al RAIS regentado por **COLFONDOS S.A.**; se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez aceptar sus aportes, rendimientos y se condene a las accionadas al pago de costas procesales.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, la actora nació el 11/11/1961; que efectuó cotizaciones a la CAJA DE SEGURIDAD DEL MUNICIPIO DE SIBATE, desde el 01/01/1988 y desde el 01/02/1989, 01/11/1990 a CAJANAL ambas hoy **COLPENSIONES**.



Que se trasladó de CAJANAL al RAIS con **COLFONDOS S.A.** el 18/10/1996 atendiendo las recomendaciones del ejecutivo comercial del fondo privado sin mediar asesoría de las implicaciones del traslado de régimen entre otros aspectos relevantes; que el 09/11/1999 se trasladó a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** en similares circunstancias a las expuestas en precedencia; refiere que antes de cumplir sus 47 años no recibió asesoría profesional por parte de **PORVENIR S.A.** respecto de la posibilidad de retornar al RPMPD; que en la actualidad cuenta con 1.617 semanas cotizadas al sistema.

Que el 12/08/2020, elevó solicitud de afiliación e ineficacia de traslado de régimen pensional ante **COLPENSIONES**, empero, la entidad se negó a las solicitudes el 13/08/2020; que el 12/08/2020, radicó ante **COLFONDOS S.A.** solicitud de información acerca del soporte de la asesoría brindada al efectuarse el traslado primigenio, sin embargo, la entidad no genera respuesta de fondo.

Que solicitó el 12/08/2020 ante **PORVENIR S.A.** similar documentación expuesta en acápite anterior y la proyección de su mesada; el 01/09/2020 **PORVENIR S.A.** aduce que, la actora no solicitó asesoría antes de su cumplir los 47 años, que no cuentan con registro de documentos y que solo tendría derecho a la garantía de pensión mínima a sus 58 años; refiere que, de haber permanecido en el RPMPD su mesada sería ostensiblemente más alta.

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda se surtió el traslado de rigor procediendo a contestar el libelo.

**COLPENSIONES** manifiesta que, son ciertos los hechos enumerados del 1° al 6° y del 12° al 15°; que el 25° se trata de una apreciación subjetiva de la demandante y respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *Inexistencia de la obligación, Buena fe de la entidad demandada, Prescripción, Legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y la Innominada o Genérica.*

**COLFONDOS S.A.** señala que, son ciertos los hechos 1°, 2°, 16° y 17°; que no son ciertos el 6°, 7°, 23°, 26°, 27° y 28°; en cuanto a los

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

demás refiere que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito: *Inexistencia de la obligación, Falta de legitimación en la causa por pasiva, Buena fe, Innominada o Genérica, Ausencia de vicios del consentimiento, Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, Ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, Compensación y Pago.*

**PORVENIR S.A.** por su parte indica que, son ciertos los hechos 1°, 2°, 12°, 14°, 18°, 19° y 20°; que no le constan del 3° al 7°, 13°, 15°, 16°, 17°, 23° y 28°; respecto de los demás expresa que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró la excepción previa: **EXCEPCIÓN PREVIA DE FALTA DE COMPETENCIA**, y las de mérito: *Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e Inexistencia de las obligaciones demandadas y Buena fe.*

El A quo antes de proferir el fallo resolvió el medio exceptivo de naturaleza previa impetrado por **PORVENIR S.A.** mediante Auto Interlocutorio No. 250 decidió: “1. Declarar **NO PROBADA** la excepción previa propuesta por la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.**, y que denomino “**FALTA DE COMPETENCIA**”. 2. Continúese el proceso.”; sin manifestación alguna respecto de la interesada estando conforme.

**INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Procuradora 8 Judicial I, mediante escrito se limitó a expresar que en virtud de la línea jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde al fondo privado del RAIS Colfondos, probar en el proceso que cumplió con el deber de información con transparencia máxima, de forma completa y comprensible conforme a los requisitos legales; adicionalmente esgrime y solicita que Colpensiones no sea condenada en costas procesales, toda vez que, la entidad no intervino en el acto de traslado de régimen.

**DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 34 del 22 de febrero del 2021, resolvió:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

*“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.*

*SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la demandante LINDA CRISTINA TUMBAJOY SALGADO, identificada con la Cédula de Ciudadanía 51.656.164, hizo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y en consecuencia la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., deberá devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES E.I.C.E., todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación de la actora, como cotizaciones íntegras que incluye rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, estos últimos con cargo a su propio patrimonio. COLFONDOS S.A., deberá devolver debidamente indexados los gastos de administración durante el tiempo que la accionante estuvo afiliada a esta AFP, con cargo a su propio patrimonio. La demandante se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES E.I.C.E.*

*TERCERO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A. y de PORVENIR S.A. por haber sido vencidas en el juicio. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000 a cargo de COLFONDOS S.A. y \$1.000.000 a cargo de PORVENIR S.A., a favor de la parte demandante.*

*CUARTO: CONSULTAR la presente providencia conforme el artículo 69 del C.P.T. Y S.S.; oficiar al Ministerio de Salud y Protección Social y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al Superior.”*

### RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con el fallo de primera instancia, la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación esgrimiendo para ello lo siguiente:

Solicita se revoque en su integridad la sentencia, toda vez que, no existen razones para que se considere que la entidad incumplió su deber de información cuando se efectuó el traslado horizontal, pues para la época se le suministró información completa, clara y suficiente sobre las características del RAIS, verificándose que la información se dio de manera verbal y conforme al formulario de vinculación el cual contiene leyendas que vinculan a la demandante que fue completamente capaz ratificando su decisión de afiliarse de manera voluntaria y que ha recibido la información del tema en cuestión; que no puede desconocerse la validez del formulario y la leyenda por ser preimpresos puesto que son vinculantes, aceptando la demandante que la decisión fue libre e informad.

La actora como consumidora financiera no cumplió con su deber de información como se dejó probado, la conveniencia de un régimen u otro no es estática y depende de varios factores que imposibilitan una proyección el momento del traslado; que Asofondos comunicó en diarios de amplia circulación la posibilidad de los afiliados al RAIS de retornar si querían al RPMPD, pero la demandante

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

manifestó que a su juicio estaba mejor en el RAIS, lo cual no es responsabilidad del fondo; las reglas son de público conocimiento por encontrarse en la ley, máxime que, la actora cuenta con unas calidades académicas y laborales que le permitían una facilidad de acceso a esta información, no se puede hablar de una persona leiga en la materia, si bien, la demandante no es abogada especialista en temas de seguridad social por sus cargos en derecho de familia posibilita su acceso a temas relacionados y entender el alcance de sus decisiones, no se ve que haya solicitado asesoría o reasesoría.

Que las condenas derivadas de la ineficacia es entender que la actora nunca estuvo afiliada al RAIS, lo que significa que sus aportes no fueron a una cuenta de ahorro individual y no se generaron unos rendimientos; como se está condenando a devolver aportes y rendimientos es cuestionable el retorno de los gastos de administración los cuales fueron descontados para gestionar la infraestructura financiera que le permitiría a Porvenir generar las inversiones de capital denotadas en los rendimientos, la orden de devolver los gastos de administración debidamente indexados discrepa por cuanto con los rendimientos se cubre la posible depreciación adquisitiva de los aportes; que de conformidad al art. 271 solo se sanciona la conducta positiva de impedir afiliación al sistema pero nada dice de los deberes de información ni de una conducta omisiva, tratándose de una hermenéutica equivocada; en caso de confirmarse el fallo solicita se revoque la indexación de los gastos de administración.

En segunda instancia, las partes presentaron alegatos de conclusión que se circunscribe a lo debatido en primera instancia, y en el contexto de la providencia se da respuesta a los mismos (artículo 15 del Decreto Legislativo No 806 de 2020).

**CONSIDERACIONES DE LA SALA****Cuestión Preliminar**

El presente asunto se conoce de igual forma en el Grado Jurisdiccional de Consulta por ser adversa a **COLPENSIONES**, respecto de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

**Caso Concreto**



Se circunscribe el problema jurídico a resolver en establecer si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **LINDA CRISTINA TUMBAJOY SALGADO** del RPMPD administrado previamente por CAJANAL hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **COLFONDOS S.A.** y el posterior traslado realizado con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene el retorno de la demandante al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración indexados entre otros rubros, estudio del fenómeno de la prescripción y costas procesales.

Respecto de la afiliación inicial al Sistema General en Pensiones de la demandante, cabe destacar que, milita en el expediente Certificaciones Formatos 1, 2 y 3B expedidos por el Municipio de Sibate-Cundinamarca, Rama Judicial Dirección Seccional de Administración Judicial - Ibagué, Dirección Ejecutiva Seccional de Administración judicial-Bogotá, en los cuales se reportan pagos de aportes en pensiones a la CAJA DE SEGURIDAD MUNICIPIO DE SIBATE (01/01/1988 al 31/12/1988) y a CAJANAL (01/02/1989 al 30/05/1989- 27/07/1989 al 30/12/1989 y del 01/11/1990 al 30/10/1996), entidades que para aquella época también fungían como administradoras del RPMPD antes de su liquidación, no obstante, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes eligieron el RPMPD bien fuera por liquidación o por la cesación previsional de la caja que tuviere a su cargo, quedarían vinculados automáticamente al ISS como administradora principal del RPMPD, así lo estableció la Sentencia SL 2817 del 2019, y el artículo 52 de la Ley 100 de 1993; entonces al ser **COLPENSIONES** la única administradora del RPMPD en la actualidad, es totalmente viable su retorno a este régimen en caso de declararse la ineficacia.

Ahora bien, el eje central de discusión estriba en determinar si **COLFONDOS S.A.** y HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, le suministraron a la señora **TUMBAJOY SALGADO** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados; información que le permitiera conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones, de esta forma, el deber de asesoría y buen consejo en cabeza de las citadas AFP comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

informe lo pertinente; esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

**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*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

*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”.*

En Sentencia SL1452-2019 del 3 de abril del año 2019, Radicación N° 68852 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiterada en la Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, Radicación N° 68838 de la misma ponente; providencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció como puntos de análisis los siguientes:

*“Con el fin de ofrecer una mirada completa a los problemas jurídicos que plantea la recurrente, la Corte analizará (1) la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.”*

Para finalmente concluir que:

*“De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal cometió todos los errores imputados, Tercero, al sustraerse de su deber de verificar si la AFP brindó al afiliado información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado; segundo, al plantear que la suscripción del formulario de afiliación era suficiente para materializar el traslado; tercero, al invertir la carga de la prueba en disfavor de la demandante y, cuarto, al supeditar su ineficacia a que el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse.”*

Por otro lado, en Sentencia SL3464-2019 del 14 de agosto del 2019 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló que:

*“(…) declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).”*

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,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

se hará acreedor a una multa determinada en la norma y **la afiliación respectiva quedará sin efecto**, entonces tenemos que dicho precepto utiliza los verbos atentar o impedir y según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el primero significa emprender o ejecutar algo ilegal o ilícito, y el segundo estorbar o imposibilitar la ejecución de algo. Siguiendo el significado antes visto, en verdad la acción de no asesorar, ni brindar información en la forma prevista en la normatividad antes citada conlleva a la ejecución de algo contrario a la ley, es por lo que, en estricto gramatical la conducta descrita en esta sentencia si encuadra en la descripción verbal del artículo 271.

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

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

Ahora bien, respecto de los conceptos de nulidad e ineficacia, es necesario puntualizar que la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria 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,***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

**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 inexacto analizar el presente asunto desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando solo sus consecuencias prácticas, por ende, el presente asunto gravita en determinar la procedencia de la ineficacia de un traslado de régimen pensional producto de la omisión información de manera oportuna como antesala a la afiliación de la demandante.

De los formularios de afiliación suscritos entre la demandante y las demandadas regentes del RAIS, la Corte estipula frente a este medio probatorio que:

*“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, 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, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.**”*

*(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Por lo anterior, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe una comprensión integral del acto del traslado, dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

La carga de la prueba en este tipo de asuntos, recae sobre los fondos quienes deben acreditar el cumplimiento de las disposiciones de orden financiero y legal, tal como lo dictamina la Corte en su profuso análisis:

*“Si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En consecuencia, si el afiliado afirma que, al realizarse el traslado de régimen pensional, **la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento.**”*



*En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. En consecuencia, como el afiliado al sistema no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

*Al respecto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.” (C.S.J.-SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Es de recalcar que, no se le está exigiendo a los fondos una asesoría por escrito, sino que acrediten qué información dieron y el alcance de la misma.

La regulación del derecho de información de los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones, está tipificada en las siguientes normas aplicables al caso, veamos:

*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 el 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); percatándose este colegiado la ausencia total del cumplimiento de dichas disposiciones por parte de **COLFONDOS S.A.** y **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** al momento de surtirse los traslados o por lo menos la acreditación de su acatamiento, toda vez que, dichas obligaciones surgieron desde su creación con la ley 100 de 1993.

Se practicó interrogatorio de parte efectuado por la apoderada de **PORVENIR S.A.** a la señora **TUMBAJOY**, del cual no se extrae aspectos relevantes que lleven a determinar el cumplimiento de las disposiciones legales en materia informativa que en precedencia se citaron previo a ejecutarse el traslado de régimen primigenio con **COLFONDOS S.A.**, por ende, los posteriores quedan signados de ineficaces.



A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **COLFONDOS S.A.** y **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** no le brindaron a la señora **LINDA CRISTINA TUMBAJOY SALGADO** asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones, características e implicaciones de cada traslado y su permanencia en el RAIS, verbo y gracia, la forma de calcular la pensión en cada régimen, comparativos de ambos regímenes en lo que respecta a la forma de acceder a las prestaciones, las diferentes modalidades de pensión en el RAIS, destinación de sus aportes y descuentos realizados de los mismos entre muchos otros, por ende, los fondos privados no acreditaron el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo lo que implica que ante tal deficiencia que nunca lo acataron como lo exige la ley, configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico los traslados, bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD.

#### **Devolución de Gastos de Administración y Otros**

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos de la demandante (*traslado de régimen*) y posteriores, que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales debido al cumplimiento del requisito de edad para pensionarse y para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P de la señora **LINDA CRISTINA TUMBAJOY SALGADO**, implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que serán impuestas a **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** a título de sanción por la omisión del deber de información.

Es pertinente acotar que, no es de recibo por esta Sala los argumentos esgrimidos en la apelación en el sentido de que, **PORVENIR S.A.** no está obligado a restituir gastos de administración, toda vez que, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado primigenio al RAIS y posteriores, volviendo las cosas al estado inicial y, por otro lado, el citado fondo tuvo en su poder los dineros, los cuales usufructuó en el interregno de la afiliación, por ende, deben devolverlos en toda su integridad.

Ahora bien, de la indexación de gastos de administración le asiste razón a la parte apelante Porvenir, debido a que con el traslado de los

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

rendimientos ya ordenados por el A quo se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado, por ende, se accederá a lo pedido en el sentido de excluir la indexación de las condenas impuestas frente a los gastos de administración.

En virtud de la consulta surtida a favor del ente público, se adicionará al numeral Segundo del fallo en estudio, los concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante, la devolución de las cotizaciones voluntarias a la actora, si se hicieron, sumas con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **COLFONDOS S.A.** y **HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.**

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; todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado de la demandante al fondo común.

### **Prescripción**

De la citada excepción cabe destacar que, el traslado de régimen pensional está ligado al derecho irrenunciable e imprescriptible a la Seguridad Social, y más concretamente al derecho a la pensión de vejez, el cual tiene la connotación de imprescriptible; situación que se le comunica un aspecto esencial como el consentimiento informado al momento de un traslado de régimen, ello en consideración a que se constitucionalizó el derecho a la Seguridad Social en el artículo 48 de la Carta Política.

Respecto al tema, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, planteó sobre la prescripción de la acción de ineficacia del traslado lo siguiente:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

*“Sobre el particular, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.*

*En efecto, de manera reiterada y pacífica, **la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles.** Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.*

*Dicho de otro modo: **no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración.** De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.*

(...)

*Conforme lo explicado, **los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.** Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adocinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión».*

En conclusión, el derecho a solicitar la Ineficacia del Traslado no tiene término de prescripción, toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite temporal a reivindicar temas 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.

### Costas

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, toda vez que, **PORVENIR S.A.** presentó oposición e inclusive usó medios exceptivos, razón por la cual se dejara indemne este aspecto de la decisión en estudio.

Costas en esta instancia a cargo del apelante infructuoso

**PORVENIR S.A.**



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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** del numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 34 del 22 de febrero del 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, la indexación de los gastos de administración respecto de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y en su lugar **ABSOLVER** a dicha demandada por concepto de este rubro, por las razones expuestas en precedencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** al numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 34 del 22 de febrero del 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** los concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la señora **LINDA CRISTINA TUMBAJOY SALGADO**, la devolución de las cotizaciones voluntarias a la actora, si se hicieron, sumas con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **COLFONDOS S.A.** y **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. **CONFIRMAR** en lo demás el citado numeral.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 34 del 22 de febrero del 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

**CUARTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

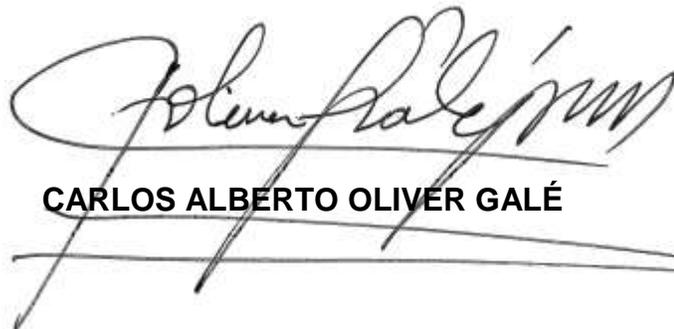
**PORVENIR S.A.** como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.000.000 en favor de la señora **LINDA CRISTINA TUMBAJOY SALGADO**.

**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.

**SEXTO:** Por secretaría remítase copia de esta providencia a los correos registrados por las partes y apoderados. Déjese constancia en el expediente digital de esta remisión.

**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**



Art. 11 Dec. 491/28-03-2020  
**MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**



**LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**



**Firmado Por:**

**CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

**Despacho 005 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali**

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:

**5cb28b13f437bc0c84297ae02242149d9d2a3802b01d6d91fae63f8ccf4d4579**

Documento generado en 31/05/2021 11:32:07 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

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