



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

AUDIENCIA NÚMERO 237

Juzgamiento

Santiago de Cali, dieciséis (16) de julio del año dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 241

Acta de Decisión N° 055

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 Apelación y Consulta de la Sentencia N° 027 del 12 de febrero del 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **ARTURO ORTEGA IDARRAGA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, proceso con radicado único nacional N° 76001-31-05-008-2020-00309-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por el actor en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado efectuado el 01/09/1994 del RPMPD al RAIS con **COLFONDOS S.A.** y el posterior con **PROTECCIÓN S.A.**; como secuela de lo anterior se revoque su pensión de vejez reconocida por **PROTECCIÓN S.A.**; se condene a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de su pensión de vejez, a partir del 15/10/2019 en cuantía inicial de \$2.812.320; se ordene a **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, sus aportes, rendimientos, cuotas de administración y bono pensional; se condene a las accionadas a lo que resulte probado conforme

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

a las facultades Ultra, Extra Petita y se condene a las accionadas al pago de costas procesales.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor cotizó al RPMPD regentado por el ISS hoy **COLPENSIONES** entre el 01/04/1976 al 01/02/1994; que se trasladó el 01/09/1994 al RAIS administrado por **COLFONDOS S.A.**; posteriormente se trasladó nuevamente el 01/06/1999 con **PROTECCIÓN S.A.**

Refiere que, **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** no le informaron de manera clara y objetiva acerca de sus derechos prestacionales, derecho de retracto, conveniencia del traslado entre otros.

Indica que, **PROTECCIÓN S.A.** le reconoció pensión de vejez anticipada desde el 01/09/2013 en cuantía inicial de \$1.290.264 y a la fecha su mesa asciende a \$1.703.884; que elevó solicitud de nulidad de traslado de régimen ante **COLPENSIONES** el 21/07/2020, empero, la entidad no ha emitido respuesta a la fecha y finalmente manifiesta que, le es mas favorable su pensión en el RPMPD.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES indica frente a los hechos que, los enumerados como 1° y 8° son parcialmente ciertos; respecto del resto afirma que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo:

PLENA VALIDEZ DEL CONTRATO DE AFILIACIÓN O TRASLADO DEL DEMANDANTE A COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.; EL TRASLADO DEL DEMANDANTE OBEDECIÓ A SU DECISIÓN LIBRE Y VOLUNTARIA Y POR TANTO ESTA REVESTIDO DE LEGALIDAD Y EFICACIA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO; BUENA FE DE LA DEMANDADA; LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS POR LA ENTIDAD; PRESCRIPCIÓN; COMPENSACIÓN Y LA GENÉRICA O INNOMINADA.



COLFONDOS S.A. respecto de los hechos aduce que, no son ciertos el 2°, 4°, 5° y 6°; en cuanto a los demás expresa que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las denominadas:

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 ACCION PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO; COMPENSACIÓN Y PAGO.

PROTECCIÓN S.A. manifiesta frente a los hechos que, no le constan el 1°, 2° y 8°; que el 3° es cierto; que el 9° es una apreciación subjetiva de la contraparte; respecto del resto señala que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de fondo:

VALIDEZ DEL TRASLADO DEL ACTOR AL RAIS; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO Y FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA; PRESCRIPCIÓN; PAGO; COMPENSACIÓN; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA; BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

Posteriormente a solicitud de **PROTECCIÓN S.A.** se integró como litisconsorte necesario a la **NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OFICINA DE BONOS PENSIONALES**, entidad que a continuación contesto el libelo indicando para ello que, no le consta ninguno de los hechos, se opuso a las pretensiones e impetrando las excepciones de mérito denominadas:

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*PÚBLICO; FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; PRESCRIPCIÓN;
DESCAPITALIZACIÓN DEL SISTEMA; EQUIVALENCIA DEL AHORRO;
CUMPLIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL ADOPTADO POR LA
CORTE CONSTITUCIONAL – TRASLADO DE PENSIONADOS; BONO
PENSIONAL EN FIRME; REINTEGRO DEL BONO PENSIONAL; BUENA FE Y
EXCEPCION GENERICA.*

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

PROTECCIÓN S.A. impetró demanda de reconvencción contra el señor **ARTURO ORTEGA IDARRAGA** con el fin de que le sean reconocidas las siguientes pretensiones:

- Se declare no procedente la pretensión de nulidad de traslado del RPMPD al RAIS.
- Reintegrarle las sumas de dinero que se han cancelado por concepto de mesadas pensionales y hasta la ejecutoria del proceso ordinario.
- Se indexen las sumas que resulten probadas.
- Se condene al demandado en costas y agencias en derecho.

Indican los hechos relevantes que, al señor **ORTEGA IDARRAGA** se trasladó de régimen con el lleno de requisitos legales; que el afiliado no hizo uso del derecho de retracto quedando válidamente afiliado; como ratificación de continuar en el RAIS, el demandado solicitó pensión de vejez anticipada; una vez autorizada la emisión del bono pensional se le informó al actor todas las modalidades pensionales y sus características; que el actor optó por pensionarse bajo la modalidad de retiro programado, prestación reconocida de manera retroactiva desde el 10/10/2013.

Descorrido el traslado de la demanda de reconvencción, la parte actora, la misma no dio contestación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 027 del 12 de febrero del 2021, resolvió:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES E.I.C.E., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, por los argumentos antes expuestos.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que el demandante ARTURO ORTEGA IDARRAGA identificado con Cédula de Ciudadanía 16.589.892 hizo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y luego a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. En consecuencia DECLARAR que para todos los efectos legales el actor 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 y por tanto el accionante deberá ser admitido nuevamente en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo, tal y como fue manifestado en la parte considerativa.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES E.I.C.E., todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones íntegras, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración, estos últimos con cargo a su propio patrimonio; debiendo asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, que se traducen en la reducción del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, que corresponde a las mesadas pensionales canceladas al demandante. COLFONDOS S.A. también deberá responder por la devolución de los gastos de administración, por los periodos en que el actor estuvo afiliado a esta AFP.

CUARTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a que reintegre a COLPENSIONES E.I.C.E., los valores reconocidos por concepto del Bono Pensional Tipo A, emitido y pagado en favor del actor, suma que deberá ser reintegrada debidamente actualizada con el IPC desde la fecha de pago hasta el momento en que se realice el respectivo reintegro, una vez efectuado lo anterior se procederá a su anulación.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES E.I.C.E., representada legalmente por el Dr. JUAN MIGUEL VILLA LORA o por quien haga sus veces, a reconocer al señor ARTURO ORTEGA IDARRAGA, previamente identificado, la pensión de vejez conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 desde 15 de octubre de 2019 en cuantía inicial de \$2.881.262, prestación que deberá reconocerse con 13 mesadas al año. La pensión para el año 2021 asciende a \$3.038.901.

SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES E.I.C.E. a reconocer y pagar al señor ARTURO ORTEGA IDARRAGA, ya identificado, las diferencias pensionales retroactivas generadas respecto a la pensión reconocida por PROTECCIÓN S.A., liquidadas entre el 15 de octubre de 2019 al 31 de enero de 2021 en la suma de \$23.510.065, más las que se continúen generando a partir del 1º de febrero de 2021 en adelante hasta que se reconozca la pensión mediante el acto administrativo respectivo, teniendo en cuenta para el efecto que la mesada pensional que debe recibir el demandante de COLPENSIONES en el año 2021 asciende a la suma de \$3.038.901.

SÉPTIMO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES E.I.C.E. a efectuar los correspondientes descuentos para la seguridad social sobre la diferencia de las mesadas ordinarias y las mesadas ordinarias que reconozca, conforme el artículo 143 de la ley 100 de 1993 y artículo 42 del Decreto 692 de 1994.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

OCTAVO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A., por haber sido vencida en el juicio. Como agencias en derecho, se fija la suma de \$4.000.000= a favor de la parte demandante.

NOVENO: ABSOLVER al demandante ARTURO ORTEGA IDÁRRAGA, ya identificado de las pretensiones elevadas en su contra por parte de la demandada PROTECCIÓN S.A., en su demanda de reconvencción.

DÉCIMO: ABSOLVER a COLPENSIONES E.I.C.E. de las demás pretensiones elevadas en su contra.

DÉCIMO PRIMERO: CONSULTAR la presente providencia, conforme a la previsión del artículo 69 del C.P.T.S.S. modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. Oficiése 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

Inconformes con el fallo de primera instancia, los apoderados judiciales del extremo pasivo de la litis interponen recurso de apelación contra el proveído, esgrimiendo para ello lo siguiente:

COLFONDOS S.A. discrepa de lo resuelto en el numeral 3° y 4°, es decir, los gastos de administración y las costas procesales, toda vez que, como la norma lo indica dichas comisiones están autorizadas por ley durante la administración de los recursos del actor para el financiamiento de las prestaciones, permitiéndole percibir unos rendimientos en el RAIS y en razón de la ineficacia también sería pertinente la devolución de los rendimientos de los cuales se benefició el demandante; los gastos de administración también cubrieron los riesgos IVM y de ordenarse su devolución junto con los rendimientos se le impone a Colfondos un doble pago; finalmente indica que la entidad ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones por lo que solicita la absolución de la condena en costas.

PROTECCIÓN S.A. se opone a los numerales 1°, 2°, 3°, 4° y 9° del fallo, toda vez que, el juzgador no tuvo en cuenta la presunción contemplada en dejar pasar tanto tiempo de sentirse engañado por los promotores del fondo, además de que no hizo uso de su derecho de retracto quedando válidamente afiliado; que se suministró al actor toda la información necesaria precisa y ajustada a las normas, acerca de las características y particularidades del RAIS, negocio valido y eficaz no existió vicios en el consentimiento y menos ocultamiento de información que determine su nulidad; que uno de los hechos relevantes es que el actor efectuó traslado de AFP por cuanto el traslado de régimen primigenio fue con otra entidad, por lo que se cae sobre su propio peso que el actor no conociera las ventajas y desventajas de dicho

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

régimen denotando actos de relacionamiento con el ánimo de permanecer en el RAIS; no se tuvo en cuenta que el actor solicitó en el 2011 mediante escrito información de cuanto ascendería su mesada anticipada de vejez, documento que no fue tachado, por lo que prueba de ello es que el actor disfruta pensión anticipada de vejez desde el 2013.

La ley establece que la libertad de escogencia solo opera para afiliados mas no para pensionados; la parte actora actúa de mala fe al solicitar la nulidad pues ya disfruta de una pensión anticipada permitiendo el doble pago de una prestación al solicitarla a cargo de Colpensiones; que deben tenerse en cuenta los tres actos jurídicos que cimentaron la relación, el formulario de traslado, la solicitud anticipada de pensión y la autorización expresa de la negociación anticipada del bono pensional; por lo anterior no resulta viable jurídicamente el traslado de régimen cuando se ostenta la calidad de pensionado; respecto a la prescripción indica que las causales de nulidad son saneables por ratificación de las partes, además de que ya los actos de afiliación están sujetos a prescripción.

En caso de confirmarse el fallo solicita que las condenas accesorias, como el bono pensional aduce que el actor debe retornar dicha suma al fondo para que este a su vez lo transfiera al Ministerio y no a Colpensiones, no hay merma en el capital pues se actuó conforme a la norma disfrutando el actor del dinero, por lo que no se entiende que no se ordenara que el actor devolviera al fondo los dineros debidamente indexados para que se transfieran a Colpensiones; de los gastos de administración aduce que son de consagración legal como contraprestación a la gestión de las administradoras de los recursos de sus afiliados, se tratan de comisiones ya causadas; que del efecto de la ineficacia se colige que el demandante debe retornar los rendimientos al fondo y este a su vez los gastos de administración, pues de no hacerlo se constituiría en un enriquecimiento sin justa causa; de la demanda de reconvención reitera que el actor debe devolver todos los dineros pagados por mesadas pensionales y el bono que financió su pensión anticipada.

COLPENSIONES se opone a la decisión, toda vez que, el actor a la fecha cuenta con 63 años de edad y por tanto ya cumplió con la edad requisito para pensionarse en el RPMPD, por ende, el falla va en contra vía de los dispuesto en la Ley 100/93 al prohibirse el traslado de régimen cuando a la persona le faltan 10 años o menos para adquirir la edad requisito para pensionarse; la afiliación al fondo privado se

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

efectuó en su libre ejercicio de escogencia no pudiendo predicarse un error o vicio en el consentimiento, no existiendo razones fácticas ni jurídicas para considerar afiliado al actor quien se encuentra válidamente afiliado al RAIS y pensionado con otro fondo anticipadamente desde los 56 años; que la parte actora no logró probar su dicho; que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo; por ende, debe darse aplicación el impedimento destinado en la ley para trasladarse al actor; Colpensiones no tuvo injerencia alguna en los traslados realizados, máxime que, el retorno al RPMPD afecta la sostenibilidad del sistema financiero, pues de le impone al fondo reconocer una prestación sin haber administrado los recursos mas aun que ya cuenta con una pensión reconocida.

NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO disiente respecto de la decisión adoptada respecto del bono pensional tipo A, puesto que, se ordenó su reintegro a Colpensiones, desconociendo la juez la naturaleza y destinación de los bonos pensionales pues son mecanismos de financiación, más específicamente los tipo A que se generan en el RPMPD cuando el afiliado se traslada al RAIS y no por el contrario, por ende, solicita que la devolución de las sumas por concepto de bono pensional a fecha de redención normal contenido en la resolución del Ministerio que ordenó la redención y pago, suma destinada al Ministerio como entidad emisora de dicho mecanismo y no a Colpensiones.

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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA**Cuestión Preliminar**

Se advierte que la Sentencia en estudio se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta por ser adversa a **COLPENSIONES** y a la **NACIÓN -MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, respecto de los cuales son garantes la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

Caso Concreto

Se circunscribe el problema jurídico en establecer si es viable o no declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

señor **ARTURO ORTEGA IDARRAGA** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **COLFONDOS S.A.** y el posterior realizado con ING hoy **PROTECCIÓN S.A.**, como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene el traslado de sus aportes, rendimientos, gastos de administración entre otros rubros al RPMPD; se ordene a **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago de la prestación por vejez, prescripción y costas procesales.

El eje de discusión estriba en determinar si **COLFONDOS S.A.** le suministró al señor **ORTEGA IDARRAGA** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado primigenio de régimen, así como ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** al efectuar el traslado entre AFP; información que le permitiera conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones, permitiéndole 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**”*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.**"*

Ahora bien, respecto a las figuras 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, 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 anteriormente 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

antesala a la afiliación del demandante y no un traslado de régimen en cualquier tiempo como lo infiere la apoderada de Colpensiones.

El efecto consagrado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, el cual prescribe que, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor a una multa determinada en la norma y **la afiliación respectiva quedará sin efecto** es decir ineficaz.

Del formulario de afiliación suscrito entre el demandante y las demandadas regente del RAIS, cabe destacar que, no se aportaron por las partes, empero, la jurisprudencia de 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 tal motivo, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe una comprensión integral del acto del traslado por parte del actor; 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)

Ahora bien, de la carga de la prueba en este tipo de asuntos recae sobre las AFP como entidades financieras expertas en materia de alta complejidad, dar a conocer las implicaciones de los traslados tanto en los espectros positivos y negativos para el afiliado, para erigir la validez de los citados actos, tal como lo expone 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)”

La regulación del derecho de información frente a 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.** e ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** al momento de surtirse los traslados, toda vez que, el deber de información le es exigible a los fondos desde la creación dual de los regímenes con la ley 100/93.

Si bien milita en el expediente documental aportada por **PROTECCIÓN S.A.** en los que se observa sendos documentos relacionados con la solicitud pensional en el RAIS, cabe destacar que, estos no tienen la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información al momento del traslado de régimen primigenio, puesto que, la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad.

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **COLFONDOS S.A.** e ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** no le proporcionaron al señor **ARTURO ORTEGA IDARRAGA** información integral, adecuada y pertinente acerca de los traslados efectuados el 01/07/1994 y 01/07/1999 conforme a reporte de

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Asofondos que milita en el expediente y dado que, los citados fondos no acreditaron el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con el demandante implica que nunca lo acataron, configurándose en un principio la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen efectuado por el actor, bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

Pese lo esgrimido hasta este punto es menester acotar que, el señor **ARTURO ORTEGA IDARRAGA** adquirió la calidad de pensionado anticipadamente con **PROTECCIÓN S.A.** desde el 10/10/2013 en la modalidad de retiro programado, por ende, el presente asunto con la citada particularidad debe ser objeto de análisis a la luz del nuevo precedente del órgano de cierre.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia **SL373 del 10 de febrero de 2021** señaló en similar asunto que:

*“... si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a **disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.** Basta con relieves algunas situaciones:*

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

*Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. **Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de revertir el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

(...)

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

De lo anterior se colige que la adquisición del estatus de pensionado de los afiliados al sistema pensional que pretendan la ineficacia de su traslado del RPMPD al RAIS, da pie a una serie de situaciones que permite la participación de terceros de buena fe o disfuncionalidades que podría ocasionar una grave afectación al sistema pensional colombiano.

Se hace la acotación que, en el referido fallo la Corte Suprema de Justicia abre la posibilidad de que los pensionados en similares situaciones que se consideren lesionados en su prestación económica reconocida en el RAIS puedan reclamar su debida reparación, veamos:

“Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.”



Del estudio del memorial demanda se encuentra que las pretensiones incoadas consisten en que:

- “1. Declarar Nulidad o la ineficacia del traslado realizado por mi representado señor ARTURO ORTEGA IDARRAGA, del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a partir el del 01 de septiembre de 1994,*
- 2. Declarar la Nulidad o la ineficacia, del traslado realizado por representado señor ARTURO ORTEGA IDARRAGA, entre administradoras del régimen de ahorro individual de COLFONDOS S.A. hacia PORVENIR S.A.*
- 3. Como consecuencia de las nulidades anteriores REVOCAR, la pensión de vejez, reconocida a mi representado señor ARTURO ORTEGA IDARRAGA, por PROTECCION S.A.*
- 4. Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a reconocer y pagar a mi representado señor ARTURO ORTEGA IDARRAGA, la pensión de vejez a partir del 15 de octubre de 2019, en cuantía inicial de \$2.812.320.*
- 5. Ordenar a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantía COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A, Trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, el bono pensional, todos los aportes realizados realizado en el régimen de ahorro individual con sus respectivos rendimientos y cuotas de administración.*
- 6. Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., a reconocer y pagar a mi representado señor ARTURO ORTEGA IDARRAGA cualquier otro derecho que resulte debatido y probado dentro del presente proceso, conforme a las facultades Ultra y Extra Petita del señor Juez.*
- 7. Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a pagar las costas del proceso.”*

De lo anterior se colige que en el trasegar del proceso no se discutió tema alguno respecto de una eventual reparación de perjuicios o similar y cómo se encuentra debidamente acreditado que el señor **ARTURO ORTEGA IDARRAGA** ostenta el estatus de pensionado en el RAIS con **PROTECCIÓN S.A.**, se configura una situación jurídica consolidada que no es razonable revertir o retrotraer por los mayúsculos efectos que ocasionaría al Sistema General en Pensiones a voces del nuevo fallo de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, razón por la cual este colegiado acoge el citado fallo del órgano de cierre, por ende, se revocara el fallo de primera instancia por los motivos antes expuestos.

Es pertinente dejar constancia que, esta sentencia no tiene el efecto de revocar el reconocimiento pensional hecho al actor parte de **PROTECCIÓN S.A.**, pues, ese aspecto no fue objeto de debate.



Costas en ambas instancias a cargo del demandante conforme al artículo 365 numeral 1 del C.G.P., el A quo fijara las de primera instancia en su correspondiente oportunidad procesal. Agencias en derecho en segunda instancia \$100.000.00 en favor de cada de las demandadas.

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 la Sentencia Consultada y Apelada N° 027 del 12 de febrero del 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali y en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OFICINA DE BONOS PENSIONALES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor **ARTURO ORTEGA IDARRAGA** por las razones esgrimidas en esta providencia. Se deja constancia que, esta sentencia no tiene el efecto de revocar el reconocimiento pensional hecho al actor por parte de **PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: SIN COSTAS EN AMBAS INSTANCIAS.

TERCERO: insértese la presente providencia en la página web de la Rama Judicial, en el link de sentencias del Despacho.

NOTIFÍQUESE POR EDICTO VIRTUAL
(AL2550-2021 Corte Suprema de Justicia)

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

Con aclaración de voto

Art. 11 Dec. 49128-03-2020

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Con aclaración de voto

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:

0801d6d9ac63385cad74d5d877bdb8c7e6181404cb6ff1ab291f1a8586d3dcfa

Documento generado en 16/07/2021 06:15:31 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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