



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

**AUDIENCIA NÚMERO 242**

Juzgamiento

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

**SENTENCIA NÚMERO 246**

**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 Consulta y Apelación de la Sentencia N° 153 del 18 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **YESMID TOCORA DOMÍNGUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** -, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, bajo la radicación N° 76001-31-05-012-2020-00152-01.

**ANTECEDENTES**

Las pretensiones incoadas por la accionante en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la nulidad absoluta del traslado efectuado del RPMPD hacia el RAIS administrado por **COLFONDOS S.A.** y el posterior traslado realizado **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene su retorno al RPMPD regentado por **COLPENSIONES**; se ordene a **COLFONDOS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** sus aportes, rendimientos y asumir las diferencias que haya lugar derivadas del cálculo de equivalencias entre regímenes; se declare, obligue y se condene todo lo que resulte demostrado ultra, extra petita y costas procesales.



Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, la actora nació el 22/10/1964 y cotizó al ISS hoy **COLPENSIONES** un total de 368,86 semanas y 1,078 semanas con **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** hasta el 21/02/2019.

Refiere que, la mesada ofrecida por **COLPENSIONES** es ostensiblemente superior, situación que no fue dada a conocer por **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**, toda vez que, no se le brindó tal asesoría; indica que, dentro del proceso de afiliación fue abordada por un el funcionario de **COLFONDOS S.A.** que le ofreció varias ventajas para que se trasladara de régimen entre las cuales se encontraban, rendimientos superiores, préstamos a tasas preferenciales para compra de vehículo y vivienda, además de la premisa esgrimida basada en la insostenibilidad y posible quiebra del fondo gubernamental; aduce que, **PORVENIR S.A.** posteriormente obró de la misma manera que **COLFONDOS S.A.**

Relata que, en el proceso de afiliación no se le explicó las condiciones del traslado, las diferentes modalidades de pensión en el RAIS, diferencias entre regímenes, no se le realizó proyección pensional, además de que, se omitió informarle acerca de su derecho de retracto y la posibilidad de retornar al RPMPD; señala que, al solicitar su traslado de régimen este no se pudo llevar a término por estar a 10 años para pensionarse; relata que, elevó reclamación ante **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** solicitando la nulidad de su traslado, no obstante, **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.** se negaron y **PORVENIR S.A.** no ha emitido respuesta.

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

**COLPENSIONES** manifiesta frente a los hechos que, son ciertos el 1°, 2°, 13° 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 COBRO DE LO NO DEBIDO; LA INNOMINADA; BUENA FE Y PRESCRIPCIÓN.

**PORVENIR S.A.** por su parte expresa que, son ciertos los hechos 1°, 3°, 12° y 15°; que es parcialmente cierto el 2° en lo que respecta a Porvenir y no le consta lo referido a Colfondos; que no le consta el 7°, 13° y 14°; en

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

cuanto a los demás hechos alude que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de mérito denominadas: PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y BUENA FE.

Cabe destacar que, inicialmente el A quo había proferido fallo el 19/03/2021 sin la debida representación y defensa de **COLFONDOS S.A.**, por ende, la citada demandada propuso incidente de nulidad por indebida notificación del auto admisorio de la demanda; irregularidad que fue subsanada por la Juez mediante auto interlocutorio No. 1695 del 30/04/2021, que resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado respecto de la demandada COLFONDOS SA, a partir del auto que tuvo por no contestada la demanda.*

*SEGUNDO: TENER POR NOTIFICADA POR CONDUCTA CONCLUYENTE a la AFP COLFONDOS SA.*

*TERCERO: TENER POR CONTESTADA la demanda por parte de COLFONDOS SA.*

*CUARTO: TENER POR NO REFORMADA LA DEMANDA.*

*QUINTO: FIJAR el día DIECIOCHO (18) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS 2PM, para que se lleve a cabo en forma virtual la audiencia establecida en el artículo 77 del CPTSS conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento del proceso, fijación del litigio y decreto de pruebas TERMINADA la misma el despacho se constituirá en audiencia de trámite y juzgamiento en los términos del artículo 80 del CPTSS.”*

**COLFONDOS S.A.** al contestar la demanda indicó que, son ciertos los hechos 9°, 10° y 14°; que no es cierto el 7° y 11°; respecto de los demás refiere que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como 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 DEL ACTOR AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A.; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO; COMPENSACIÓN Y PAGO.

**DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 153 del 18 de mayo del 2021, resolvió:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

*“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS.*

*SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora YESMID TOCORA DOMINGUEZ y de todas las afiliaciones que ésta haya tenido a administradoras del último régimen, conservándose en consecuencia, en el régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, sin solución de continuidad.*

*TERCERO: CONDENAR a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral sin inconsistencia de semanas, y los aportes voluntarios, si los hubiere, se entregarán a la demandante si fuere el caso.*

*CUARTO: CONDENAR a PORVENIR y COLFONDOS a devolver los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el periodo en que administraron las cotizaciones de la demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio con los rendimientos que se hubieran producido de no haberse generado el traslado.*

*QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR, COLFONDOS y COLPENSIONES, a favor de la accionante. Tásense por secretaría del despacho fijando como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de este proveído a cargo de cada una de ellas.*

*SEXTO: REMITIR el expediente ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.*

*SÉPTIMO: INFORMAR al MINISTERIO DEL TRABAJO y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO sobre la remisión del expediente al superior jerárquico.”*

**RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con el fallo de primera instancia, los apoderados judiciales **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** presentaron recurso de apelación esgrimiendo para ello que:

**COLFONDOS S.A.** discrepa de lo resuelto en el numeral 4°, toda vez que, respecto de los gastos de administración la norma establece que del aporte un 3% se destina a financiar los gastos de administración y la primas de seguros previsionales; descuento realizado conforme a la ley; durante todo el tiempo que estuvo afiliada la actora la entidad ha administrado los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, gestión realizada con la mayor diligencia y cuidado evidenciada en los buenos rendimientos obtenidos; no es procedente entonces la devolución de los gastos de administración debidamente autorizado por ley como contraprestación a la gestión efectuada además de que ya se encuentran causados; la demandante esta válidamente afiliada al RAIS actualmente con Porvenir, por ello, la cuenta de

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

ahorro de la actora con Colfondos se encuentra en cero, puesto que, los dineros más rendimientos fueron trasladados.

En cuanto a las primas de seguro de fogafin también se encuentran autorizadas por ley, pues dichos rubros están destinados a financiar a las administradoras; de las sumas adicionales de la aseguradora refiere que dichos montos fueron trasladados a las aseguradoras para el cubrimiento de las contingencias de IVM, en igual sentido las sumas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima.

**PORVENIR S.A.** solicita se declaren las excepciones de fondo propuestas en la contestación y se revoquen todas las condenas impuestas a la entidad, toda vez que, no se vulneró ningún derecho en cabeza de la demandante por no suministrar información como lo pretende el despacho, por lo que se está frente a una ausencia de análisis de la normatividad legal que existía para el momento de la afiliación con Porvenir, pues a la entrada en vigor de la Ley 100/93 no existía normatividad alguna en relación con la naturaleza de la información que debían otorgar las AFP o en sobre el traslado de régimen pensional; no obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado como norma aplicable el deber de información en relación con los servicios que preste el fondo para lograr la transparencia en las operaciones.

No pude pasarse al margen que la información se dio de forma verbal y solo hasta la entrada en vigencia del decreto 2555 del 2010, el decreto 2071 del 2015 y la ley 1748 del mismo año que, las AFP adquirieron la obligación de asesoría tanto con sus afiliados como el público en general, de hecho la obligación de indicar las consecuencias del traslado nace con el inciso 4° del art. 3 del decreto 2071 del 2015, es decir que, al momento de la afiliación con Porvenir en el 2001 no puede predicarse una falta del deber de información; en cuanto a la prescripción alude que no se debate un derecho pensional sino una afiliación al sistema la cual es susceptible de dicho fenómeno por ello la acción de nulidad se encuentra prescrita. Finalmente, de los gastos de administración aduce que, de entenderse que el vínculo no existió no es procedente su retorno puesto que fueron destinados para la gestión de los recursos administrados, de regresarlos generaría un detrimento en Porvenir pues siempre se obró de buena fe asegurando las contingencias IVM.



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 de igual forma 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).

### Caso Concreto

Se circunscribe el problema jurídico a resolver en determinar si es viable o no declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **YESMID TOCORA DOMINGUEZ** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **COLFONDOS S.A.** y el posterior traslado realizado con COLPATRIA-HORIZONTE ambas hoy **PORVENIR S.A.** y como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene su retorno al RPMPD regentado por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros rubros, estudio de la prescripción y costas procesales.

El eje central de discusión estriba en determinar si **COLFONDOS S.A.** y COLPATRIA-HORIZONTE ambas hoy **PORVENIR S.A.** le suministraron a la señora **TOCORA DOMINGUEZ** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados que le permitiera conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones, por lo cual, el deber de asesoría y buen consejo en cabeza de las mentadas 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 informe lo pertinente; esta fase supone un 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

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 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 en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estudió la figura de la ineficacia del traslado e indicó 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 desfavor 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).”*

Respecto de 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***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

***nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas*** (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, ***resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.***

(...) Es claro entonces que ***la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable***, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, ***la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.***”(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

De lo esbozado se tiene que, resulta errado analizar el presente asunto desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando solo sus consecuencias prácticas, 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, 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 previo a la autorización del traslado de régimen para determinar la eficacia del acto cuestionado.

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 la demandante y las demandadas regente del RAIS, se tiene estipulado por vía jurisprudencial 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 de la actora; 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'S como entidades financieras expertas en esta materia de alta complejidad frente al afiliado lego dar a conocer los rasgos positivos y negativos de cada régimen, para desvirtuar la acusación del afiliado:

*“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 al afiliado y el alcance de la misma.

Si bien milita en el expediente documental aportada por **COLFONDOS S.A.** consistente en publicaciones en diarios de amplia circulación nacional, dicho material probatorio no tiene la aptitud de subsanar la omisión del deber de informar al afiliado previo al suscribirse los actos, toda vez que, la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad.



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 **COLPATRIA-HORIZONTE** ambas hoy **PORVENIR S.A.** al momento de surtirse los traslados, obligaciones que surgieron desde su creación con la ley 100 de 1993.

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **COLFONDOS S.A.** y **COLPATRIA-HORIZONTE** ambas hoy **PORVENIR S.A.** no le brindaron a la señora **YESMID TOCORA DOMINGUEZ** asesoría integral, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen y su posteriores traslado o permanencia en el RAIS, así como también los beneficios y los perjuicios de un régimen u otro, todo ello con la finalidad de que el trabajador pueda tomar una decisión informada, libre y voluntaria que se ajuste a sus intereses, tal como lo señala el artículo 13 de la ley 100 de 1993 literal b); por ende, al no acreditarse por parte de los fondos privados el cumplimiento del deber legal de información y buen consejo implica que nunca lo acataron configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen primigenio y por ende los posteriores bajo la ficción jurídica de que, la actora nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD.

Se anexa historial de vinculaciones de Asofondos que milita en la contestación de **PORVENIR S.A.**, por medio del cual se observa los traslados efectuados por la actora signados de ineficaces, veamos:



**Asofondos** Producto conjunto de administraciones de fondos de pensiones y cesantías

USUARIO: **PAURUDICA** ROBOT JURIDICA | 10 de Septiembre de 2020 **Reporte** **ANEXOS** |

A través de la opción eventos especiales que se encuentra en la consulta de Vista Integral e Historial de Novedades, pueden visualizar las modificaciones que los afiliados han tenido:

- Afiliados
- Personas
- Aportantes
- Pagos
- Entrega HL al RPM
- Documentación
- Usuarios
- Gestor de Tareas

**Historial de vinculaciones**

Hora de la consulta: 4:42:34 PM  
Afiliado: CC 63312469 YESMID TOCORA DOMINGUEZ [Ver detalle](#)

**Afiliado consulta vinculaciones e historial**

Vinculaciones para: CC 63312469							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de acceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado régimen	1995-08-22	2004/04/16	COLFONDOS	COLPENSIONES		1995-09-01	1999-06-30
Traslado de AFP	1999-05-05	2004/04/16	COLPATRIA	COLFONDOS		1999-07-01	2000-09-28
Cesión por fusión	2000-09-29	2013/10/04	HORIZONTE	COLPATRIA		2000-09-29	2001-03-31
Traslado de AFP	2001-02-22	2004/04/16	COLFONDOS	HORIZONTE	HORIZONTE	2001-04-01	2004-08-31
Traslado de AFP	2004-07-30	2004/08/13	HORIZONTE	COLFONDOS		2004-09-01	2013-12-31
Cesión por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

6 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 63312469						
Fecha de solicitud	Fecha de acceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP vinculada	
1995-08-22	1996-06-13	01	AFILIACION	COLFONDOS		
1999-05-05	1999-06-10	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLPATRIA	COLFONDOS	
2000-09-29	2000-09-29	30	CESION	COLPATRIA	HORIZONTE	
2001-02-22	2001-03-09	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLFONDOS	HORIZONTE	

4 registros encontrados, visualizando todos registros.

### 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 a la proximidad del 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 **YESMID TOCORA DOMINGUEZ** 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.

No es de recibo por este colegiado los argumentos esgrimidos en la apelación de **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** en el sentido de que, no están obligados a retornar los gastos de administración, primas de

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

seguros previsionales entre otros rubros, por cuanto, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado de régimen, volviendo las cosas al estado anterior y, por otro lado, los citados fondos tuvieron en su poder los dineros, los cuales usufructuaron, por ende, debe devolverlos en toda su integridad.

En razón de la consulta surtida en favor del ente público, se adicionará al numeral Tercero del fallo en estudio, en el sentido de ordenar a **PORVENIR S.A.** cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante.

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:

*“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.*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

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 respecto de las demandadas.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **COLFONDOS S.A. y 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: ADICIONAR** al numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 153 del 18 de mayo del 2021, proferida por el



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la señora **YESMID TOCORA DOMINGUEZ**. Confirmar dicho numeral en lo demás.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral cuarto de la parte resolutive, en el sentido de que, las sumas a devolver por PORVENIR S.A. comprenden los períodos cuando la actora estuvo afiliada a HORIZONTE y COLPATRIA, hoy PORVENIR. CONFIRMAR el citado numeral en lo demás.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 153 del 18 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

**CUARTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.000.000 cada una y en favor de la señora **YESMID TOCORA DOMINGUEZ**.

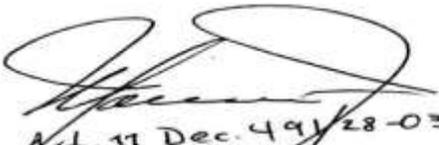
**QUINTO:** insértese la presente providencia en la página web de la Rama Judicial, en el link de sentencias del Despacho.

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

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

**CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**



  
Art. 11 Dec. 49128-03-2020  
**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:

**d6f25c45284e5be0f16db0490f5a0a19a78be56186eb9500f98115cb79e6bf53**

Documento generado en 16/07/2021 06:16:00 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**