



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

**AUDIENCIA NÚMERO 287**

Juzgamiento

Santiago de Cali, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA NÚMERO 297**

**Acta de Decisión N° 066**

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° 074 del 07 de abril del 2021, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **JUAN CARLOS GÓMEZ GARCÍA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** -, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, proceso identificado con la radicación N° 76001-31-05-015-2020-00108-01.

**ANTECEDENTES**

Las pretensiones incoadas por el actor en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado de régimen efectuado del RPMPD al RAIS con **PROTECCIÓN S.A.** y el posterior traslado dentro del RAIS ejecutado con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior tener como una afiliación válida y sin solución de continuidad la realizada en el RPMPD administrado por **COLPENSIONES**; se condene a **PORVENIR S.A.** regresar al sistema con destino a **COLPENSIONES** sus cotizaciones, bono pensiona, rendimientos, gastos de administración y se condene a las accionadas al pago de costas procesales.



Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor nació el 27/06/1961; que estuvo afiliado al RPMPD administrado en la actualidad por **COLPENSIONES**; que se trasladó al RAIS con **PROTECCIÓN S.A.** en el año 1996 y posteriormente se trasladó en el año 2000 a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**; que los argumentos esgrimidos por los fondos privados consistían en, una pensión de monto mayor y que el ISS quebraría; aduce que, las AFP no le proporcionaron información acerca de las características de cada régimen, proyección pensional, las condiciones para pensionarse y las consecuencias del traslado; finalmente señala que, elevó peticiones ante las accionadas con el fin de que le fuera autorizado el traslado de régimen.

### 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 del 1° al 5°, 7°, 14°, 15°, 18°, 19° y 21°; respecto del resto afirma que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION; LA INNOMINADA; BUENA FE Y PRESCRIPCIÓN.

**PORVENIR S.A.** indica que, son ciertos los hechos 1°, 2°, 4°, 7°, 13°, 15° y 16°; que no son ciertos el 8° al 12°, 14°, 17° y 20°; respecto del resto manifiesta que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró como excepciones de mérito: PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y BUENA FE.

**PROTECCIÓN S.A.** por su parte señala que, son ciertos los hechos 5° y 7°; que no es cierto el 6°, 10°, 11°, 17° y 20°; en cuanto a los demás expresa que no le constan. Se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito denominadas: VALIDEZ DEL TRASLADO DE EL ACTOR AL RAIS; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE EL ACTOR AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO Y FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA; PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD;



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

PAGO; COMPENSACIÓN; BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA  
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN  
S.A. Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

### DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 074 del 07 de abril del 2021, resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LOS DEMANDADOS.*

*SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO QUE EL DEMANDANTE REALIZARA EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA ADMINISTRADO POR COLPENSIONES AL DE AHORRO INDIVIDUAL ADMINISTRADO POR PROTECCION EL 23 MAYO DE 1995 Y A HORIZONTES S.A. EL 9 DE MARZO DE 2000.*

*TERCERO: ORDENAR A PORVENIR S.A. A DEVOLVER A COLPENSIONES LOS DINEROS QUE HALLAN EN LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL DEL DEMANDANTE JUNTOS CON LOS RENDIMIENTOS Y BONOS PENSIONALES SI LOS HUBIERE, IGUALMENTE LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN DURANTE EL PERIODO QUE ADMINISTRÓ LOS RECURSOS DEL ACTOR, CON CARGO A SU PROPIO PATRIMONIO. SE ORDENARÁ A PROTECCIÓN A LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN DURANTE EL PERIODO QUE ADMINISTRÓ LOS RECURSOS DEL ACTOR, CON CARGO A SU PROPIO PATRIMONIO Y CON DESTINO A COLPENSIONES.*

*CUARTO: ORDENAR A COLPENSIONES A VINCULAR VÁLIDAMENTE AL DEMANDANTE EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA*

*QUINTO: CONDENAMOS EN COSTAS PROCESALES A LOS DEMANDADOS, 100.000 A CARGO DE COLPENSIONES Y 500.000 A CARGO DE PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A.*

*SEXTO: EN EL EVENTO DE NO SER APELADA, REMÍTASE AL TRIBUNAL DE CALI SALA LABORAL PARA QUE SURTA EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA COMO QUIERA QUE FUE ADVERSA A LOS INTERESES DEL FONDO PUBLICO.”*

### RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, los apoderados judiciales del extremo pasivo presentaron recurso de apelación esgrimiendo para tal fin que:

- **COLPENSIONES** manifiesta que, el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez, además que dicha potestad únicamente esta en cabeza del afiliado y que se encuentra inmerso en la prohibición legal para trasladarse por la proximidad al cumplimiento del requisito de edad para pensionarse; no se demostró que el demandante haya sido engañado o perjudicado, mas aun que ha estado vinculado al RAIS durante muchos años sin manifestar alguna

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

inconformidad al respecto, afianzando su decisión de permanecer en dicho régimen, por ende, solicita se absuelva a la entidad de todos los cargos.

- **PORVENIR S.A.** aduce que, si se cumplió con el deber de información como le era exigible para el momento de la afiliación, es decir, se le indicaron al demandante las condiciones, beneficios, características y limitaciones del RAIS, no se probó el engaño aludido; no se le pudo exigir a Porvenir el cumplimiento de parámetros que se han desarrollado en la actualidad en materia informativa, entonces no existía la obligación de dejar constancia escrita de la asesoría, solo bastaba con el formulario de afiliación suscrito, no existía el deber de realizar proyecciones pensionales; no se tuvo en cuenta que el deber de información es de doble vía entonces no exime al actor de concurrir suficientemente informado al acto de afiliación.

Refiere que, la afiliación tiene plena validez pues se surtieron todos los requerimientos exigido por ley; señala que, en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia se opone a la devolución de los rendimientos, pues si se retrotrae todo al estado anterior técnicamente estos no nacieron a la vida jurídica, en igual sentido no proceden los gastos de administración pues sobre la base de las restituciones mutuas no puede imponérsele a Porvenir devolver un bien y al mismo tiempo las sumas de dinero que se usaron para mantener los recursos e incrementarlos, gastos que tienen una destinación específica y son la contraprestación a la gestión efectuada por la AFP; no se tuvo en cuenta que el actor efectuó traslados horizontales dentro del RAIS, debiéndose entender como actos de relacionamiento que permite colegir la intención de permanencia en el RAIS; por lo expuesto indica que no es procedente la devolución de los recursos a cargo del patrimonio de Porvenir, si la entidad no incurrió en mala fe o en desconocimiento de un deber legal, por lo anterior solicita se revoque el fallo.

- **PROTECCIÓN S.A.** se opone a la devolución de gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, toda vez que, las actuaciones del fondo se ciñeron a la Constitución y a la ley, además que dichos emolumentos son de consagración legal, estando legalmente facultadas las AFP cobrar dichas comisiones para la gestión de los recursos de sus afiliados; en ese orden de

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

ideas, si la consecuencia de la ineficacia es entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende Protección no debió administrar los recursos del demandante, por eso no se causaron rendimientos ni se debió descontar los gastos, pues devolver estos últimos constituiría un enriquecimiento sin justa causa en favor del afiliado sin reconocer o pagar por la gestión de sus recursos, realizándose una interpretación no acorde con la ley en detrimento del patrimonio de Protección y vulnerándosele el derecho a la igualdad privilegiando a una de las dos partes del contrato que fue declarado nulo y suscrito de buena fe, además que no se tuvo en cuenta que ya todos los valores fueron trasladados a Porvenir.

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).

**Objeto de la Apelación y Consulta**

Se circunscribe el problema jurídico a resolver en determinar si es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **JUAN CARLOS GOMEZ GARCIA** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PROTECCIÓN S.A.** y el posterior traslado realizado con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**; 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.

**Caso Concreto**

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

**GOMEZ GARCIA** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados, situación 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 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**”.*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

*“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:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

*“(...) 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 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 del 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 para determinar la eficacia del acto cuestionado.

Para ello, podemos traer a colación 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

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.

De los formularios de afiliación suscritos entre el 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 consiguiente, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe por su parte una comprensión integral del acto de trasladarse de régimen y dado que la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión, razón por la cual, 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 la totalidad de 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*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

*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)*

Al respecto, 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 como 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 el acto primigenio de traslado de régimen y posterior, 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 **PROTECCIÓN S.A.** y **HORIZONTE** hoy **PORVENIR 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.

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **PROTECCIÓN S.A.** y **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** no le brindaron al señor **JUAN CARLOS GOMEZ GARCIA** asesoría integral, adecuada y pertinente de las condiciones de cada traslado efectuado, con la finalidad de que el trabajador pudiera 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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

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 los posteriores bajo la ficción jurídica de que, el actor nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

Se anexa historial de vinculaciones de Asofondos que milita en el expediente, por medio del cual se observa los traslados efectuados por el actor signados de ineficaces, veamos:

**Asofondos** | Asociación Colombiana de Administradores de Fondos de Pensiones y Cesantías

USUARIO: PVRJURIDICA | ROBOT JURIDICA | 1 de Febrero de 2021 | [Reiniciar sesión](#) |

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
- Administrador de Tarifas

**Historial de vinculaciones**

Hora de la consulta : 5:30:24 PM  
Afiliado: CC 16355230 | JUAN CARLOS GOMEZ GARCIA | [Ver detalle](#)

**Afiliado presenta vinculaciones eliminadas**

Vinculaciones para : CC 16355230							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1995-05-23	2004/04/16	PROTECCION COLPENSIONES			1995-06-01	2000-03-31
Traslado de AFP	2000-02-01	2004/04/16	HORIZONTE	PROTECCION		2000-04-01	2013-12-31
Cesión por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.  
1

**Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 16355230**

Fecha de necesidad	Fecha de proceso	Código de necesidad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1995-05-23	1996-06-13	01	AFILIACION	PROTECCION	
2000-02-01	2000-03-09	79	TRASLADO AUTOMATICO	HORIZONTE	PROTECCION

2 registros encontrados, visualizando todos registros.  
1

**Devolución de Gastos de Administración y Otros**

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del 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 implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público a cargo de **COLPENSIONES**, cargas que serán impuestas a **PROTECCIÓN 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 **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** en el sentido de que, no están obligados a retornar los gastos de administración y demás rubros,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

por cuanto, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado de régimen y subsecuentes, dado que los citados fondos tuvieron en su poder los dineros los cuales usufructuaron, por ende, deben retornarlos al sistema en toda su integridad con destino a **COLPENSIONES**.

En razón de lo expuesto y la consulta surtida en favor del ente público se modificará el numeral Tercero del fallo, y en su lugar se ordenará a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** transferir a **COLPENSIONES** las cotizaciones efectuadas por el demandante junto con sus respectivos rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, regresar las cotizaciones voluntarias al demandante, si se hicieron, y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; se ordena a **PORVENIR S.A.** cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido en favor del actor, emolumentos a retornar con cargo a su propio patrimonio y conforme a los respectivos periodos de vinculación con **PROTECCIÓN 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, en especial la sentencia SL2946 de 16 de junio de 2021; todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del 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.*

*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 adoctrinado 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, lo resuelto por el A quo en este aspecto se encuentra conforme a derecho respecto de cada demandada.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**



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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 074 del 07 de abril del 2021, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el señor **JUAN CARLOS GOMEZ GARCIA** del RPMPD administrado previamente por el ISS hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** - al RAIS regentado por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y en igual sentido el traslado efectuado dentro del RAIS con HORIZONTE hoy **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 074 del 07 de abril del 2021, emanada del Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** transferir con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** - las cotizaciones efectuadas por el señor **JUAN CARLOS GOMEZ GARCIA** junto con sus respectivos rendimientos, gastos de administración, los pagos por concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, regresar las cotizaciones voluntarias al demandante, si se hicieron, y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; se ordena a **PORVENIR S.A.** cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido en favor del actor; los anteriores emolumentos a retornar con cargo a su propio patrimonio y conforme a los respectivos periodos de vinculación con **PROTECCIÓN S.A.** y HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 074 del 07 de abril del 2021, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.



**CUARTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** -, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.000.000 cada una y en favor del señor **JUAN CARLOS GOMEZ GARCIA**.

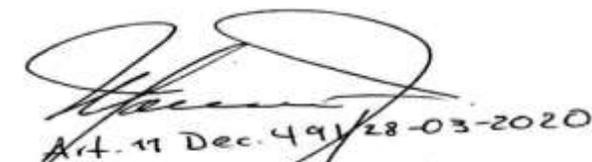
**QUINTO:** A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

**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  
Sala 005 Laboral  
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**3e87be6fecc07170e6450b1890fe8a05f514f011ef290a7d71711f6d2ade1e0d**

Documento generado en 13/08/2021 09:58:15 a. m.

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