



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

AUDIENCIA NÚMERO 357

Juzgamiento

Santiago de Cali, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 367

Acta de Decisión N° 089

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° 144 del 02 de septiembre del 2021, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **SANDRA JULIANA ENCISO GRANADOS** 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 bajo la radicación N° 76001-31-05-011-2020-00295-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por la actora en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado efectuado en julio de 1999 desde el RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** hacia el RAIS regentado por **PROTECCIÓN S.A.** y posterior traslado realizado dentro del RAIS con **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior sea admitida nuevamente en el RPMPD administrado en la actualidad por **COLPENSIONES**; se ordene a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** retornar a **COLPENSIONES** sus cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

rendimientos, frutos, intereses y 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, la actora nació el 06/08/1967; que empezó a cotizar al RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** desde el 12/02/1992; que se trasladó al RAIS regentado por **PROTECCIÓN S.A.** en julio de 1999 y posteriormente se trasladó a **PORVENIR S.A.** en julio del 2003; aduce que, los traslados se efectuaron sin mediar información necesaria, clara y por escrito sobre las causas y efectos del traslado de régimen, así como su permanencia en el RAIS; que **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** omitieron mencionarle acerca de su derecho de retracto de forma clara y por escrito.

Refiere que, elevó solicitud de ineficacia de traslado ante **COLPENSIONES**, **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** en agosto del 2020, esgrimiendo similares argumentos a los planteados en la demanda, no obstante, **PORVENIR S.A.** no ha emitido respuesta alguna y las demás entidades se negaron.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES frente a los hechos manifiesta que, son ciertos los enumerados como 1°, 2°, 11° y 12°; que no es cierto el 4° 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. señala que, son ciertos los hechos 3° y 9°; que es parcialmente cierto el 1°; que no es cierto el 5°, 6° y 10°; en cuanto a los demás refiere que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró como excepciones de fondo: PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y BUENA FE.

PROTECCIÓN S.A. por su parte aduce que, son ciertos los hechos 7° y 8°; que no es cierto el 2°, 3°, 5° y 6°; respecto del resto expresa que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito: VALIDEZ DEL TRASLADO DE LA ACTORA AL RAIS, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO Y FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD Y

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS;
PRESCRIPCIÓN; COMPENSACIÓN; PAGO; 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 Once Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 144 del 02 de septiembre del 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora SANDRA JULIANA ENCISO GRANADOS, desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y, en consecuencia, generar el regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES, de conformidad con lo considerado en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado de la señora SANDRA JULIANA ENCISO GRANADOS.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todas las comisiones y gastos de administración que recibió con ocasión del traslado de la señora SANDRA JULIANA ENCISO GRANADOS, por el tiempo que estahaya estado afiliada a cada una de las AFP del RAIS.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba las sumas provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para mantener su estabilidad financiera y para financiar laprestación económica que como Administradora del Régimen de Prima Media debe asumir en favor de la demandante, cuando haya lugar a ella.

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas. Por secretaría inclúyase en la liquidación de costas como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV, a cargo de cada una de las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES.

SEXTO: Si no es apelada esta providencia, CONSÚLTESE con el Superior.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia las apoderadas judiciales de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** impetraron su respectivo recurso esgrimiendo para tal fin cada una que:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

PORVENIR S.A. solicita que, se declaren las excepciones de fondo propuestas en la contestación y se revoquen todas las condenas impuestas a la entidad, toda vez que, la entidad obró de buena fe en el traslado que se dio de forma libre y voluntaria como quedo expresado en el formulario de afiliación que se encuentra ajustado a la normatividad, se le dio la información de forma verbal y para la época de la afiliación no existía la obligación de dejar documentada la asesoría, pues el único documento exigible era el formulario de afiliación, por lo que no resulta plausible que no sea suficiente dicho documento como prueba, imponiéndose cargas adicionales al fondo; refiere que la necesidad de la actora de retornar al RPMPD no obedece a una falta en el deber de información sino al no cumplimiento de expectativas pensionales de carácter económico pues la pensión en el RAIS varía dependiendo diversos factores; que la acción para solicitar la nulidad de la afiliación se encuentra prescrita pues no se debate un derecho pensional sino una afiliación al sistema la cual es susceptible de dicho fenómeno.

Sin embargo y conforme a la declaratoria de ineficacia y sin que signifique ir en contra de los intereses de Porvenir expresa que, respecto de la devolución de los gastos de administración aduce que, la entidad no debería verse avocada y afectada en su patrimonio al regresar dichas sumas sino incurrió en ningún tipo de falta de derecho ni obro de mala fe, pues se generaría un detrimento patrimonial a Porvenir y un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones pues esta última no efectuó gestión alguna de los recursos, generándose unos rendimientos que sobre la base de retrotraer todo al estado anterior y entender que nunca estuvo afiliada con el fondo no habría lugar a devolver rendimientos y muchos menos las sumas adicionales de la aseguradora, porque no se ha materializado ninguno de los riesgos por invalidez y sobrevivencia, además que no opera en el RPMPD; de los bonos pensionales a trasladar manifiesta que este debe ser traslado en dado caso de existir al Ministerio de Hacienda y no a Colpensiones; finalmente y en caso de ser apelante único bajo el principio de la non reformatio in pejus solicita que no se le agrave más la situación al fondo.

PROTECCIÓN S.A. discrepa de lo resuelto en el numeral 3°, toda vez que, los gastos de administración se encuentran debidamente autorizados por la ley 100/93 que opera en ambos regímenes y como contraprestación a la gestión de los recursos de la actora, que solo sería procedente la devolución de aportes y rendimientos excluyendo la comisión de administración pues son comisiones ya

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

causadas y descontadas conforme a la ley; señala que, todos los aportes depositados en la cuenta de la actora junto con sus rendimientos ya fueron trasladados a Porvenir, de las restituciones mutuas trae a colación que cada parte será responsable de las pérdidas generadas y si la consecuencia de la ineficacia es que todo vuelva al estado anterior y de entenderse como nulo el contrato de afiliación, Protección no debió administrar los recursos de la demandante y por ello no se causaron rendimientos, entonces sobre la base de las restituciones mutuas debe entenderse que el fruto mejora del afiliado son los rendimientos y los gastos de administración son lo mismo para la AFP los cuales debe conservar si hizo rentar el patrimonio del afiliado como es el caso, por lo que se estaría frente a un cobro de lo no debido y enriquecimiento sin justa causa pues Colpensiones recibiría además de los rendimientos las comisiones de administración, por ende, solicita revocar dicha condena impuesta a la entidad.

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***1. Cuestión Preliminar***

Se advierte que la Sentencia en estudio también 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).

2. Objeto de la Consulta y Apelación

Se circunscribe el problema jurídico en establecer si, es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **SANDRA JULIANA ENCISO GRANADOS** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por COLMENA-ING ambas hoy **PROTECCIÓN S.A.** y el subsecuente traslado dentro del RAIS realizado con **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior en caso afirmativo la actora retorne al RPMPD regentado en la actualidad por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora entre otros rubros, estudio de la prescripción y costas procesales.



2.1. Caso Concreto

El eje central de discusión estriba en determinar si **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** le suministraron a la señora **ENCISO GRANADOS** 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 anterior, el deber de asesoría y buen consejo en cabeza de las mentadas AFP'S 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)

2.1.1. El Deber de Información en la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia e Ineficacia de Traslado

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia Radicación N° 33083 del 22 de noviembre del año 2011, MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón, rememora las Sentencias del 9 de septiembre del año 2008, Radicaciones N° 31989 y N° 31314, las cuales manifestaron que:

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.”

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.”

*“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, **la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer**”*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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:

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).”

Frente a los conceptos de nulidad e ineficacia, es necesario puntualizar que la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su Sala de Casación Laboral ha indicado que:

*“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, **el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas** (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

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

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

De lo esbozado se tiene que, resulta errado analizar el presente asunto desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando solo sus consecuencias prácticas, por ende, el presente asunto gravita en determinar si se configuró la ineficacia de un traslado de régimen pensional producto de la omisión de 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 y subsecuentes.

Para tal fin, el efecto consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 prescribe que, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

se hará acreedor a una multa determinada en la norma y **la afiliación respectiva quedará sin efecto** es decir ineficaz.

De los formularios de afiliación suscritos entre la demandante y las demandadas regentes 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, 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)

De la carga de la prueba en este tipo de asuntos se ha decantado que recae sobre las AFP'S como entidades financieras expertas en esta materia de alta complejidad y frente al afiliado lego dar a conocer los rasgos positivos y negativos de cada régimen, todo ello, para desvirtuar la acusación de desinformación que alega el 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)*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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

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

Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y deberes de los afiliados y de las administradoras, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece el derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse.

De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d); percatándose este colegiado la ausencia total del cumplimiento de dichas disposiciones por parte de **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** previo a surtirse los traslados, obligaciones que surgieron desde su creación con la Ley 100 de 1993.

A manera de colofón es importante señalar que, las tesis antes esgrimidas en esta providencia, se encuentran ampliamente respaldadas por el máximo órgano de nuestra jurisdicción, toda vez que, en reciente Sentencia SL2946-2021 del 16 de junio del 2021 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró la posición mayoritaria de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional, extrayendo los siguientes puntos neurálgicos:

1- Deber de Información:

“Sobre el particular, de tiempo atrás, esta Corporación fijó un sólido precedente, consistente en que, desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL373-2021).

(...)

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL**

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debe estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

2- Formulario de afiliación:

“Conforme al reiterado criterio de esta Sala, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021).

(...)

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017 reiterada en la CSJSL373-2021), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.”

3- Carga de la Prueba:

“En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL373-2021, la Corte sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. Precisamente, en esa oportunidad se señaló que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

Por lo anterior concluye sobre el particular que: “no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009).”

4- Aplicación del precedente:

“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4373-2020 y CSJ SL373-2021, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho no constituyen prerequisites sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen.

(...)

Finalmente, la circunstancia de que la accionante haya elevado su inconformidad solo hasta el 2018, tampoco incide en la obligación que tenía la AFP, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios de pertenecer al anterior régimen.”

5- Efectos de la ineficacia:

“En la medida que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, la Sala explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general),

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018)."

6- Excepciones.

"En cuanto a esta excepción que Colfondos S.A. propuso, corresponde reiterar lo dicho en precedencia, esto es, que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Finalmente, en lo que al medio exceptivo de prescripción planteado por las demandadas respecta, es de señalar que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019)."

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, COLMENA-ING ambas hoy **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** no le brindaron a la señora **SANDRA JULIANA ENCISO GRANADOS** asesoría integral, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen y posteriores, todo ello, con la finalidad de que esta pudiera haber tomado su decisión informada, libre y voluntaria que se ajustara a sus intereses, tal como lo señala el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 literal b); 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 y posteriores bajo la ficción jurídica de que, nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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

Asofondos Asociación Colombiana de Administradores de fondos de pensiones y cesantías

USUARIO: PVALJURIDICA ROBOT JURIDICA 1 de Febrero de 2021 Registrar servicio Buscar en Wiki SIAFP

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 : 6:06:50 PM
Afiliado: CC 51857136 SANDRA JULIANA ENCISO GRANADOS [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 51857136							
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	1999-06-28	2004/04/16	COLMENA	COLPENSIONES		1999-08-01	2000-03-31
Cesion por fusión	2000-04-01	2013/10/04	ING	COLMENA		2000-04-01	2003-06-30
Traslado de AFP	2003-05-31	2004/04/16	PORVENIR	ING	ING	2003-07-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 51857136						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Restricción	AFP	AFP involucrada	
1999-06-28	1999-11-30	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	COLMENA		
1999-07-02	1999-07-06	01	AFILIACION	COLMENA		
2000-04-01	2000-04-01	30	CESION	COLMENA	ING	
2003-05-31	2003-06-06	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	ING	

4 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

2.1.2. Devolución de Gastos de Administración y Otros Rubros

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 **SANDRA JULIANA ENCISO GRANADOS**, implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que recaen en **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** como sanción por la omisión del deber de información.

No es de recibo de 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 rendimientos, 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, el citado fondo tuvo en su poder los dineros, los

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

cuales usufructuó, por ende, deben devolverlos en toda su integridad con destino a **COLPENSIONES**.

De las sumas adicionales de la aseguradora que discrepa el apelante **PORVENIR S.A.** vale aclarar que, dichos emolumentos no se han causado al no evidenciarse reconocimiento alguno de prestación por invalidez o sobrevivencia, no obstante, en su lugar se ordenara la devolución de las primas de seguros previsionales.

En razón de lo anterior, la consulta y apelación, se adicionará al numeral Segundo del fallo la obligación en cabeza cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido a favor del actor. En igual sentido se adicionará al numeral Tercero la devolución de los rubros por concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a su propio patrimonio.

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 SL2946-2021¹; todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado de la demandante al fondo común.

2.1.3. 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.

¹ “Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).



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.

2.1.4. 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 razón por la cual se dejara indemne este aspecto de la decisión en estudio.

Costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** por la no prosperidad de los recursos.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR del numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 144 del 02 de septiembre del 2021, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, el concepto de sumas adicionales de la aseguradora en cabeza de **PORVENIR S.A.**

ADICIONAR al numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** remitir al emisor cualquier bono pensional constituido a favor de la señora **SANDRA JULIANA ENCISO GRANADOS**, CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 144 del 02 de septiembre del 2021, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, los rubros por concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a su propio patrimonio y conforme a los respectivos periodos de vinculación de la señora **SANDRA JULIANA ENCISO GRANADOS** con COLMENA-ING ambas hoy **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** Todas Las sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 144 del 02 de septiembre del 2021, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.000.000 cada una y en favor de la demandante señora **SANDRA JULIANA ENCISO GRANADOS**.

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,



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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**



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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:

**2bdc1e2f7236acac6b5c72c8a102d13d6a453ad070da7e9686ba2de3
9ff83e28**

Documento generado en 30/09/2021 10:46:29 AM

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