



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

AUDIENCIA NÚMERO 452

Juzgamiento

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

SENTENCIA NÚMERO 464

Acta de Decisión N° 114

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° 390 del 27 de octubre del 2021, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **CARLOS HUMBERTO ATEHORTUA AZCARATE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, proceso identificado bajo la radicación N° 76001-31-05-013-2020-00297-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por el actor en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia de la afiliación efectuada con **PORVENIR S.A.**; se declare que esta válidamente afiliado al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**; se condene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, rendimientos y gastos de administración; se condene a **COLPENSIONES** actualizar su historia laboral 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 22/05/1963; que cotizó al ISS hoy **COLPENSIONES** entre septiembre de 1986 y



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

junio de 1994; que posteriormente suscribió formulario afiliación con **PORVENIR S.A.** en junio de 1994, sin mediar información clara, completa y profesional sobre comparativo entre regímenes, proyección pensional, condiciones de acceso a las prestaciones, las desventajas y consecuencias del traslado de régimen. Finalmente refiere que, radicó solicitud de inejecución de afiliación ante **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** el 02/06/2020 y 10/08/2020 respectivamente, no obstante, las entidades se negaron.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES frente a los hechos manifiesta que, no le consta el 5°, del 9° al 16° y del 18° al 21°; respecto del resto aduce que son ciertos. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES – ART. 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ADICIONADO POR EL ARTÍCULO 1 DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005; INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEJECUCIÓN DE TRASLADO DE RÉGIMEN; RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO; AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O GENERICA.

PORVENIR S.A. por su parte señala que, no le consta los hechos 1°, 2°, 3°, 8°, 18°, 22°, 23° y 24°; en cuanto a los demás alude que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito: PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACIÓN Y EXCEPCIÓN GENÉRICA.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 390 del 27 de octubre del 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas todas las excepciones propuestas por las razones manifestadas en precedencia.

SEGUNDO: SE DECLARA la inejecución la afiliación del señor CARLOS HUMBERTO ATEHORTUA AZCARATE identificado con la cedula de ciudadanía número 14.885.087 al régimen de ahorro con solidaridad a través por PORVENIR SA en cualquier tiempo.

TERCERO: SE CONDENA a PORVENIR SA a transferir a COLPENSIONES todos los recursos de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante señor CARLOS HUMBERTO ATEHORTUA AZCARATE incluyendo rendimientos e intereses los que deberá recibir COLPENSIONES y contabilizarlos como semanas cotizadas sin solución de



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL**

continuidad desde la afiliación al RAIS, teniendo en cuenta la información sobre ingresos bases que le remita el fondo privado.

CUARTO: SE CONSULTA esta sentencia con el HTS Sala Laboral de Cali, pues resulta adversa a una entidad de seguridad social, la cual el estado colombiano es garante.

QUINTO: SE CONDENA en costas a quienes integran la pasiva se fijan en agencia en derecho a cargo de COLPENSIONES la suma equivalente a medio smlmv, a cargo de PORVENIR 1 smlmv para unas agencias en derecho a 1.5 smlmv.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia los apoderados judiciales del extremo pasivo impetraron recurso esgrimiendo para tal fin cada uno que:

Colpensiones indica que, la declaratoria de ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, toda vez que, en precedentes de la Corte Constitucional en materia de traslados indica que, nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos de los demás afiliados y aduce que se descapitalizaría el fondo común.

Indica que, el demandante no le asiste el derecho a trasladarse en cualquier tiempo y cuenta con menos de diez años para adquirir la edad requisito para pensionarse, por ende, solicita se revoque el fallo y se absuelva a la entidad de las pretensiones de la demanda; no obstante, en el evento de confirmarse la sentencia requiere que, se modifique la sentencia y se ordene la devolución de los gastos de administración y el dinero destinado al fondo de garantía de pensión mínima por el tiempo que estuvo afiliado al RAIS, dado que al respecto la jurisprudencia dicta que dichos rubros deben ser devueltos incluso con cargo a sus utilidades pues en un principio era Colpensiones quien debía recibirlos.

Porvenir manifiesta que, si bien es cierto que la parte demandante alegó vicios del consentimiento, solo quedo en afirmaciones sin sustento legal, por ende, debieron ser despachadas desfavorablemente las pretensiones, pues los alegados vicios error, fuerza y dolo no fueron demostrados con material probatorio, pues la entidad no incurrió en las conductas que falazmente se le endilgan, como se demuestra con la documental aportada en la contestación, entre ellos la solicitud de afiliación con Porvenir que evidencia que se dio toda la información necesaria para que decidiera trasladarse; además no se hizo uso del derecho de retracto en su oportunidad ni tampoco manifestó su deseo de retornar al RPMPD, oportunidad que se le informó;

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

que para la época del traslado no se le imponía a los fondos la obligación de suministrar información respecto de la favorabilidad del monto de su pensión, pues solo se dio a partir del 2014 y 2015.

Solicita la aplicación de la prescripción, pues lo pretendido no versa sobre el derecho pensional, sino que está encaminado a obtener la ineficacia de su afiliación en uno de los regímenes con el propósito de obtener un mejor derecho pensional respecto de la mesada en el otro régimen y requiere que se revoque la condena en costas por lo expuesto.

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 determinar si, es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **CARLOS HUMBERTO ATEHORTUA AZCARATE** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y como secuela de lo anterior en caso afirmativo el actor retorne al RPMPD regentado en la actualidad por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, estudio de la prescripción y costas procesales.

3. Caso Concreto

El eje central de discusión estriba en determinar si **PORVENIR S.A.** le suministró al señor **ATEHORTUA AZCARATE** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado de régimen, 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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

de asesoría y buen consejo en cabeza de la mentada 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)

3.1. 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 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***



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.

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 disfavor de la demandante y, cuarto, al supeditar su ineficacia a que el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse.”

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

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 de antesala a la afiliación del demandante al RAIS, 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 para determinar la eficacia del acto cuestionado.

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

La información adquiere un estatus primordial en este tipo de actos, en los cuales las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado y sus implicaciones así se estableció en Sentencia del 3 de septiembre del año 2014, SL12136-2014, Radicación N° 46292, la Corte Suprema de Justicia:

*“Para este tipo de asuntos, se repite tales, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el **monto de la pensión que en cada uno se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación.** Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba siendo aplicable.”*

Del formulario de afiliación suscrito entre el demandante y la demandada regente del RAIS, la Corte Suprema estipula respecto del citado medio probatorio que:



*“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado**”. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Por tal motivo, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe una comprensión integral del acto del traslado, 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)*

Se practicó interrogatorio de parte a solicitud de **PORVENIR S.A.** del cual se extrae puntalmente que: no ha solicitado el reconocimiento y pago de pensión de vejez o invalidez ante Porvenir ni devenga pensión en la actualidad; que el traslado de régimen lo efectuó porque fueron unas personas de Porvenir que eran del mismo grupo de la empresa Banco de Occidente y le dijeron que el Seguro Social se iba acabar por lo que se corría el riesgo de que podría quedarse sin pensión, le indicaron que los fondos privados tenían unas ventajas como rentabilidades, que en



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

caso de fallecimiento se podía heredar lo de la pensión y que podría jubilarse anticipadamente; que no fue coaccionado para suscribir el formulario de afiliación, empero, aduce que no le informaron lo suficiente porque solo eran temas generales; que no presentó previo al proceso que cursa queja o reclamo por considerar que su consentimiento no estuvo informado al momento de suscribir el formulario de traslado.

Frente al interrogatorio de parte como medio probatorio en los procesos que versan sobre ineficacia de traslado de régimen pensional la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia SL 3349 del 28/07/2021-radicación No. 88826-Magistrado Ponente LUIS BENEDICTO HERRERA DIAZ, ha indicado que:

“Resulta evidente la apreciación indebida del Tribunal en relación con lo depuesto en el interrogatorio de parte por el demandante en instancias, hoy impugnante en casación, pues donde el Colegiado ve una explicación del alcance de los dos regímenes, no hay más que el relato de unas explicaciones someras y ligeras, cuyo eje principal gravita en torno al desorden y al caos que reinaba en el ISS, que según lo narrado por el absolvente, le transmitieron los asesores de la AFP privada. Nótese que en ningún momento Rodríguez Cely acepta tener un conocimiento detallado, más allá de las promesas de una teórica rentabilidad superior, que nunca se concretó en determinarle cómo incidía en su masa de ahorro individual, para obtener una prestación pensional similar o superior a la del RPM.

(...)

La redacción del precepto no deja duda alguna respecto de la obligatoriedad del deber de entrega de información a los usuarios, lo cual es un imperativo, que se deduce nítidamente de la redacción dada por el legislador en la frase: «deben suministrar a los usuarios (subrayas de la Sala)», por lo que la aparente desidia del interesado en indagar por las condiciones y características señaladas en precedencia, no tiene por virtud relevir o excusar al fondo privado de los deberes que legalmente le correspondían, pues en tratándose de normas de orden público, como las aquí referidas, atinentes a la seguridad social que es un derecho de carácter constitucional irrenunciable, éstas no quedan al arbitrio o disposición de los intervinientes en el acto, porque precisamente, el fundamento de la ineficacia es su incumplimiento.

En breve, el desinterés del potencial afiliado no releva en manera alguna a la AFP del cumplimiento de brindar información con la calidad y oportunidad que se ha señalado en la ley y en la jurisprudencia

(...)

De esta suerte, en la vida laboral normal de una persona es perfectamente factible hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre administradoras, sin que evento signifique que la AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información a que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores.

(...)

La comprensión, entre otros, de los tópicos someramente enumerados, es lo que permite completar la triada de que ha venido hablando la jurisprudencia, en el sentido de se conjuquen la información objetiva, la circunstancia subjetiva de cada individuo y la asesoría externa, que conlleven a la toma de la mejor decisión en materia pensional, que a no dudarlo, no es un tema menor, en el ciclo vital-laboral de cada individuo.”

Entonces, del examen del citado medio probatorio y conforme a lo decantado por el Órgano de Cierre, se denota una clara ignorancia del actor en aspectos relevantes, tales como, las consecuencias negativas del traslado, modalidades pensionales en el RAIS, las variables que afectan el monto de su pensión, comparativos entre ambos regímenes entre otros. Es de recalcar que, no se le está exigiendo al fondo



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

privado una asesoría por escrito, sino que acredite qué información dio al afiliado y el alcance de la misma, es decir, una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

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 las anteriores disposiciones vigentes para la época del traslado por parte de **PORVENIR S.A.**, 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 disfavor 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, **PORVENIR S.A.** no le brindó al señor **CARLOS HUMBERTO ATEHORTUA AZCARATE** asesoría integral, adecuada y pertinente de su traslado de régimen e implicaciones del mismo, con la finalidad de que el trabajador 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); situación que no se presentó, por ende, al no acreditarse por parte del fondo privado el cumplimiento del deber legal de información y buen consejo implica que nunca lo acató configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen bajo la ficción jurídica de que, el actor nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

Se incorpora al fallo historial de vinculaciones de Asofondos que milita en el expediente, por medio del cual se observa el traslado efectuado por el actor signado de ineficaz, veamos:



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL



USUARIO: PVRJURIDICA ROBOT JURIDICA

16 de Febrero de 2021 Registrar servicio Buscar en Wiki SIAPP

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 Tareas

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 2:14:31 PM
Afiliado: CC 14885087 CARLOS HUMBERTO ATEHORTUA AZCARATE Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 14885087							
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	1994-06-30	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			1994-07-01	

Un item encontrado.

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 14885087

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1994-06-30	1996-06-13	01	AFILIACION	PORVENIR	

Un item encontrado.

3.2. **Devolución de Gastos de Administración y otros Rubros**

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del demandante (*traslado de régimen*), que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, debido a la proximidad del cumplimiento del requisito de edad para pensionarse del actor y para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P del señor **CARLOS HUMBERTO ATEHORTUA AZCARATE** implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que recaen en **PORVENIR S.A.** como sanción por la omisión del deber de información.

En razón de lo anterior, la apelación y 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.** trasladar a **COLPENSIONES** los rubros por concepto de cotizaciones, primas de seguros previsionales, gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden con cargo a su propio patrimonio; se impondrá la obligación a **PORVENIR S.A.** de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido a favor del actor y devolver las cotizaciones voluntarias este, si se hicieron, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

la Jurisprudencia Civil como la Laboral, en especial la sentencia SL2946-2021¹; entonces no está sujeta a ponderación o semejantes la falta de información frente a la sostenibilidad del sistema de pensiones, pues, la consecuencia del sistema frente a tales omisiones es la ineficacia, amén de los bienes en juego de conformidad con los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, entre ellos la dignidad y la libertad que ostentan más relevancia que la estabilidad financiera, respecto al cual, la armonización concreta debe buscarse en que, al sistema debe retornarse todas las sumas de dineros que se describen anteriormente, para tratar de paliar posibles afectaciones del sistema de pensiones en especial en el RPMPD.

3.3. 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.

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*

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).



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.

3.4. 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 los apelantes infructuosos **COLPENSIONES 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° 390 del 27 de octubre del 2021, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** los rubros por concepto de cotizaciones, pagos por concepto de primas de seguros previsionales, gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

todo orden con cargo a su propio patrimonio; **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** remitir al emisor cualquier bono pensional constituido a favor del señor **CARLOS HUMBERTO ATEHORTUA AZCARATE** y devolver las cotizaciones voluntarias a este, si se hicieron, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.** Todas las sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. CONFIRMAR EL CITADO NUMERAL EN LO DEMÁS.

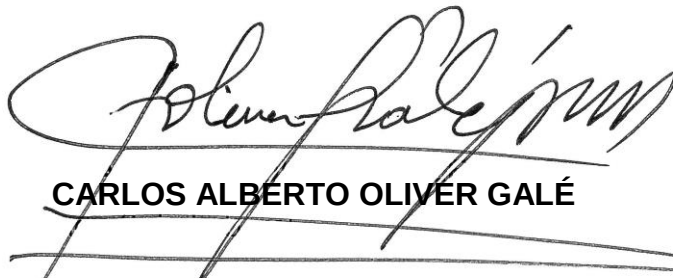
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 390 del 27 de octubre del 2021, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali.

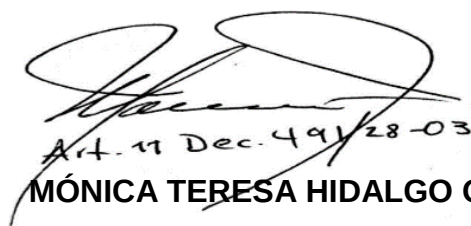
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.000.000 cada una y en favor del demandante señor **CARLOS HUMBERTO ATEHORTUA AZCARATE**.

CUARTO: 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

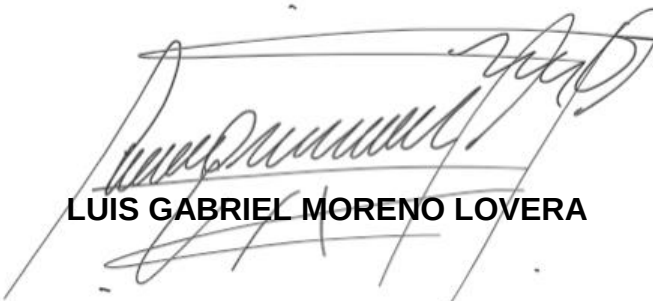

Art. 11 Dec. 491/28-03-2020
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

REF. ORD. CARLOS HUMBERTO ATEHORTUA AZCARATE
C/ COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RAD. 013-2020-00297-01


LUIS GABRIEL MORENO LOVERA