



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

**AUDIENCIA NÚMERO 453**

Juzgamiento

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

**SENTENCIA NÚMERO 465**

**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° 104 del 13 de agosto del 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **GERARDO CASTAÑEDA FLOREZ** en contra 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.**, proceso identificado bajo la radicación N° 76001-31-05-017-2020-00207-01.

**ANTECEDENTES**

Las pretensiones incoadas por el actor en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la nulidad del traslado efectuado al RAIS con **PORVENIR S.A.**; como consecuencia de lo anterior se ordene su regreso automático al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**; se ordene a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos 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 29/05/1958; que cotizó 836 semanas al RPMPD desde septiembre de 1981 hasta noviembre de 1999; que se trasladó al RAIS el 03/11/1999 a través de **PORVENIR S.A.**; aduce que, los funcionarios de **PORVENIR S.A.** solo le ofrecieron una serie de beneficios para lograr su traslado de régimen, entre los cuales se encuentran mejores condiciones económicas, pensión anticipada, generación de dividendos y mesada más alta, además enfatizaron en la quiebra del ISS y una eventual pérdida de cotizaciones.

Refiere que, solicitó simulación pensional el 20/02/2020 ante su actual fondo **PROTECCIÓN S.A.**, la cual arrojó una mesada de \$1.610.502 con 1.800 semanas cotizadas y un IBC superior a 8 SMLMV; por lo anterior, elevó solicitud de traslado de régimen el 17/03/2020 ante **COLPENSIONES**, no obstante, la entidad se negó; por último, alega que, su mesada en el RPMPD es considerablemente superior en comparación a la que recibiría en el RAIS.

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** manifiesta frente a los hechos que, son ciertos el 1°, 2°, 8° y 9°; respecto del resto indica que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA; PRESCRIPCIÓN; LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS POR LA ENTIDAD Y BUENA FE DEL DEMANDADO Y LA INNOMINADA O GENERICA.

**PROTECCIÓN S.A.** indica que, no le consta los hechos enumerados del 1° al 4°, 8° y 9°; en cuanto a los demás señala que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de mérito: VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR A PROTECCIÓN S.A.; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS; PRESCRIPCIÓN; COMPENSACIÓN; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA; BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

**PORVENIR S.A.** por su parte no contestó la demanda.



## INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Aurora Martínez Arango, Procuradora 28 Judicial II en calidad de agente del citado Ministerio, mediante escrito se limitó a expresar que en virtud de la carga dinámica de la prueba le correspondía a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** probar que en el proceso de traslado de fondo de pensiones realizado al demandante, le brindaron una información clara, objetiva, comparada y transparente sobre las características de ambos sistemas, permitiendo valorar las consecuencias de su traslado dando cumplimiento a los requisitos legales impuestos a las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, desde su creación; finalmente formuló la excepción de prescripción.

## DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali a través de la Sentencia N° 104 del 13 de agosto del 2021, resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES & PROTECCION S.A., conforme se explicó en precedencia.*

*SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el señor GERARDO CASTAÑEDA FLOREZ, de condiciones civiles conocidas en este trámite, con PORVENIR S.A. en el año 1999 y posterior traslado horizontal con SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, como se explicó anteriormente.*

*TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del señor GERARDO CASTAÑEDA FLOREZ, de condiciones civiles conocidas en este proceso, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, este último rubro con cargo a su propio patrimonio de PROTECCIÓN S.A. y por todo el tiempo que permaneció afiliado el demandante con esta entidad y con las entidades cuyas obligaciones que asumió ese fondo de pensiones. Así mismo, se ordenará que PORVENIR S.A., traslade la totalidad de los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, que se generaron de la vinculación del demandante con esa entidad, y con las entidades cuyos remanentes corresponde asumir, ello con cargo a su propio presupuesto, como ya se explicó con antelación.*

*CUARTO: ORDENAR que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida del señor GERARDO CASTAÑEDA FLOREZ de condiciones civiles conocidas en el plenario, la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual.*



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

*QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., por haber sido vencidas en juicio, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente al momento del pago, a cargo de las demandadas y a favor del demandante.*

*SEXTO: ORDENAR la remisión de este expediente en CONSULTA ante el Superior Jerárquico Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Sala de Decisión Laboral- al haberse impuesto condena en contra de COLPENSIONES.*

*SÉPTIMO: REMITIR oficio ante el MINISTERIO DEL TRABAJO y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO informando sobre la remisión de este expediente en Consulta ante el Superior.”*

**RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con lo resuelto en primera instancia, los apoderados judiciales del extremo pasivo de la litis impetraron recurso esgrimiendo para tal fin cada uno que:

**Colpensiones** aduce que, no se encuentra probado que la entidad tuviera injerencia en el traslado de régimen, pues fue una decisión libre, voluntaria y sin presiones que tomó el actor, sin vicio alguno que anulara la afiliación suscrita, razón por la cual al día de hoy y estando por fuera del término para retornar al RPMPD, lo que provocaría el detrimento patrimonial de Colpensiones y la estabilidad financiera del sistema pensional, pues sería Colpensiones quien asumiría la carga prestacional sin haber recibido los aportes durante todos estos años; resalta que para la época del traslado no existía normatividad que le exigiera a los fondos de pensiones una doble asesoría; por ultimo requiere que no sean condenados en costas en ambas instancias pues la entidad obro conforme al mandato legal.

**Porvenir** manifiesta que, se cumplió a cabalidad con la normatividad vigente para la época de la afiliación, es decir, que al actor se le brindó la información necesaria y suficiente para comprender las consecuencias del traslado; el ordenamiento jurídico previo no exigía documentar la asesoría y solo bastaba con la suscripción del formulario de afiliación, por ende, lo que se requiere es un imposible al fondo para cumplir un deber de información con lineamientos que surgieron con posterioridad al acto de afiliación que no tienen carácter de retroactivos; que el deber de información no es unilateral y los afiliados también tienen la obligación de informarse y mas cuando gozan de plenas capacidades pues la libertad de elección de régimen esta en cabeza de estos mismos; que no existe posición



desigual entre las partes, pues no es una relación típica contractual sino relación regida por el ordenamiento legal.

Discrepa de la devolución de las sumas en especial los gastos de administración, toda vez que, la consecuencia de la ineficacia es retrotraer todo y en ese sentido no tendría porque la entidad verse avocada a regresar dichos rubros como los rendimientos y gastos de administración, estos últimos no están llamados a financiar la prestación, pues la ley autoriza su descuento como contraprestación a la gestión del fondo en la administración de los aportes del afiliado, porcentaje que opera también en Colpensiones, entonces regresar estos recursos implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y a cargo de Porvenir; solicita la absolución de la condena en costas reiterando que la entidad actuó de buena fe y con rectitud.

**Protección** solicita la revocatoria del fallo, toda vez que, la información brindada por la entidad fue veraz y suficiente; los traslados se dieron de forma verbal y no existía la obligación de dejar documentada la asesoría que se brindaba a los potenciales afiliados, exceptuando el formulario de afiliación suscrito y que discrepa respecto de que no se considera prueba suficiente; la entidad cumplió con todas sus obligaciones de índole legal; que si la consecuencia de la ineficacia es entender que nunca hubo obligación y por ello Protección no administró los recursos que generaron los rendimientos, no habría a lugar a devolver estos últimos; finalmente solicita que se revoque la devolución de los gastos de administración y demás condenas accesorias por cuanto la entidad no ha faltado a su deber legal, más que los gastos están causados, devolver dichos emolumento generaría un enriquecimiento sin justa causa y retornar dichos rubros de manera indexada implicaría un doble cobro.

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***



Esta sentencia se conoce de igual forma en 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 el señor **GERARDO CASTAÑEDA FLOREZ** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y el subsiguiente traslado dentro del RAIS realizado con SANTANDER-ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** y como secuela de lo anterior se ordene su reintegro al RPMPD regido por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros rubros, indexación, estudio de la prescripción y costas procesales.

## **3. Caso Concreto**

El eje central de discusión estriba en determinar si **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** le suministraron al señor **CASTAÑEDA FLOREZ** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados, que le permitiera conocer adecuadamente y oportunamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones, de esta forma, 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 el 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 se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña**.”*

Respecto a los múltiples traslados de AFP:

*“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, **no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen** que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.*

En Sentencia SL1452-2019 del 3 de abril del año 2019, Radicación N° 68852 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiterada en la Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, Radicación N° 68838 de la misma ponente; providencias en la



cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estudió la figura de la ineficacia del traslado e indicó como puntos de análisis los siguientes:

*“Con el fin de ofrecer una mirada completa a los problemas jurídicos que plantea la recurrente, la Corte analizará (1) la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.”*

Para finalmente concluir que:

*“De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal cometió todos los errores imputados, Tercero, al sustraerse de su deber de verificar si la AFP brindó al afiliado información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado; segundo, al plantear que la suscripción del formulario de afiliación era suficiente para materializar el traslado; tercero, al invertir la carga de la prueba en desfavor de la demandante y, cuarto, al supeditar su ineficacia a que el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse.”*

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

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

Respecto de los conceptos de nulidad e ineficacia, es necesario puntualizar que la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria en materia 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 y posteriores 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 y por ende los posteriores.

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

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.”*



De los formularios de afiliación suscritos entre el demandante y las demandadas regentes del RAIS, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral 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 ende, 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)

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)*

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, 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 dichas disposiciones por parte de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** al momento de 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 prerrequisitos 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), 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*



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

*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.** y **SANTANDER-ING** hoy **PROTECCIÓN S.A.** no le brindaron al señor **GERARDO CASTAÑEDA FLOREZ** asesoría integral, adecuada y pertinente respecto de las implicaciones de sus traslados 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 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 los traslados 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 actos signados de ineficaces, veamos:



Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 1:38:44 PM

Afiliado: CC 16471045 GERARDO CASTAÑEDA FLOREZ [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

| Vinculaciones para : CC 16471045              |                    |                  |              |              |                                    |                             |
|---|--------------------|------------------|--------------|--------------|------------------------------------|-----------------------------|
| Tipo de vinculación                           | Fecha de solicitud | Fecha de proceso | AFP destino  | AFP origen   | AFP origen antes de reconstrucción | Fecha inicio de efectividad |
| Vinculación por responsabilidad del empleador | 1997-12-09         | 2016/06/11       | COLPENSIONES |              |                                    | 1997-12-10                  |
| Traslado regimen                              | 1999-11-03         | 2004/04/16       | PORVENIR     | COLPENSIONES |                                    | 2000-01-01                  |
| Traslado de AFP                               | 2002-05-10         | 2004/04/16       | ING          | PORVENIR     |                                    | 2002-07-01                  |
| Cesion por fusión                             | 2012-12-31         | 2012/12/29       | PROTECCION   | ING          |                                    | 2012-12-31                  |

4 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

| Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 16471045 |                  |                   |                             |          |                 |
|--|------------------|-------------------|-----------------------------|----------|-----------------|
| Fecha de novedad                                     | Fecha de proceso | Código de novedad | Descripción                 | AFP      | AFP involucrada |
| 1999-11-03   | 1999-11-11       | 01                | AFILIACION                  | PORVENIR |                 |
| 2002-05-10   | 2002-11-15       | 46                | CORRECCION FECHA AFILIACION | ING      |                 |
| 2002-05-10   | 2002-06-07       | 79                | TRASLADO AUTOMATICO         | ING      | PORVENIR        |

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

### 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 y posteriores*), que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, debido al cumplimiento del requisito de edad para pensionarse y para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica de afiliación al S.G.S.S.P. del señor **GERARDO CASTAÑEDA FLOREZ** implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que recaen en **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** a título de sanción por la omisión del deber de información.

No es de recibo por este colegiado los argumentos esgrimidos por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** en el sentido de que no están obligados a retornar los gastos de administración y rendimientos, toda vez que, 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 cuales usufructuó, por ende, deben devolverlos en toda su integridad al sistema con destino a **COLPENSIONES**.



La apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** solicita que se le absuelva de la indexación, no obstante, el A quo no impuso esta obligación a la entidad, por lo cual no hay razón alguna para efectuar estudio en este sentido por sustracción de materia.

En razón de la consulta surtida en favor del ente público, se adicionará al numeral Tercero del fallo en estudio en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** transferir a **COLPENSIONES** los rubros por concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los descuentos ejecutados por comisión de todo orden, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido en favor del actor, además de retornar a este ultimo las cotizaciones voluntarias, si se hicieron.

Y ordenar a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los descuentos ejecutados por comisión de todo orden y retornar al demandante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron.

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 SL2946-2021<sup>1</sup>; 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

---

<sup>1</sup> "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).



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 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 aspecto se encuentra conforme a derecho, por ello, se dejara indemne esta condena impuesta a las demandadas.

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: ADICIONAR** el numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 104 del 13 de agosto del 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a SANTANDER-ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** a transferir a **COLPENSIONES** los rubros por concepto de pago de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los descuentos ejecutados por comisión de todo orden, remitir al emisor cualquier bono pensional constituido en favor del señor **GERARDO CASTAÑEDA FLOREZ** y retornar a este último las cotizaciones voluntarias, si se hicieron. Todas las sumas deben devolverse junto con sus rendimientos.

**Y CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** los pagos por **concepto de** primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los descuentos ejecutados por comisión de todo orden y retornar al demandante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron. Todas las sumas por devolver deben hacerse con sus respectivos rendimientos. CONFIRMAR EL CITADO NUMERAL EN LO DEMÁS.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 104 del 13 de agosto del 2021, emanada del Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** por la suma de \$1.000.000 cada una y en favor del demandante **GERARDO CASTAÑEDA FLOREZ.**

**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**

**LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**