



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

AUDIENCIA NÚMERO 445

Juzgamiento

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

SENTENCIA NÚMERO 457

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° 162 del 30 de julio del 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **NORA CECILIA RIVERA GARCÍA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, proceso identificado con la radicación N° 76001-31-05-002-2018-00555-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por la actora en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la nulidad del traslado efectuado con **COLFONDOS S.A.** y el posterior realizado a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**; se declare que está vinculada al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**; se ordene trasladar con destino a **COLPENSIONES** sus aportes pensionales, bono pensional, rendimientos, gastos de administración y los recursos destinados al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y se condene a las accionadas al pago de costas procesales.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, la actora nació el 29/09/1966; que se vinculó el 26/04/1985 al RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES**; que suscribió formulario de traslado con **COLFONDOS S.A.** el 23/01/1995; que posteriormente se trasladó a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** en octubre del 2008; aduce que, en los traslados realizados no medio información clara, veraz y suficiente respecto de las implicaciones que conllevaba dichos actos en materia pensionaria; finalmente indica que, elevó solicitud de traslado ante **COLPENSIONES**, no obstante, la entidad se negó.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES manifiesta frente a los hechos que, son ciertos el 1°, 2°, 3°, 5° y 24°; que no es cierto el 6°, 7°, 8°, 20°, 25°, 26° y 27°; respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: LA INNOMINADA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO; BUENA FE Y PRESCRIPCIÓN.

PORVENIR S.A. señala que, no son ciertos los hechos 4°, 6°, 10°, 11°, del 14° al 18°, del 20° al 23° y del 25° al 28°; en cuanto a los demás expresa que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró como excepciones de mérito: PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACIÓN Y EXCEPCIÓN GENÉRICA.

COLFONDOS S.A. por su parte indica que, es cierto el hecho 4°; que es parcialmente cierto el 3°; que son ciertos del 6° al 8°, 10°, del 15° al 18°, del 21° al 23°, 25° y 26°; del resto de hechos alude que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones denominadas: VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN A COLFONDOS S.A.; BUENA FE; INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO; PRESCRIPCIÓN; INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGÍTIMA; NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS; COMPENSACIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 162 del 30 de julio del 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las entidades demandadas.



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL**

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de NORA CECILIA RIVERA GARCIA con la administradora de fondos de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A. y la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

TERCERO: ORDENAR a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, que admita el regreso de NORA CECILIA RIVERA GARCIA al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: ORDENAR a los fondos demandados COLFONDOS S.A. y concretamente a PORVENIR S.A. fondo al cual se encuentra vinculada actualmente la demandante, realice una vez ejecutoriada esta providencia el traslado de todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual de NORA CECILIA RIVERA GARCIA a COLPENSIONES.

QUINTO: CONDENAR en costas a las partes vencidas en juicio.

SEXTO: SE ORDENA el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia los apoderados judiciales de **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** impetraron recurso de apelación esgrimiendo para tal fin cada uno que:

Colfondos solicita se revoque el numeral 4°, toda vez que, la entidad no está llamada a trasladar cualquier suma por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y demás porque están amparadas en la ley; que debe tenerse de presente la buena fe de la AFP frente a las costas procesales.

Porvenir se opone a las condenas impuestas a la entidad, puesto que, los lineamientos de la corte tienen un defecto sustantivo, pues exigen el cumplimiento de normas que no estaban vigentes al momento del traslado; que la voluntad de la demandante se materializó al suscribir el formulario de afiliación con ambos fondos lo que denota que la misma conocía de las características del RAIS y estaba conforme con ellas; que su inconformidad radica con la diferencia aritmética de su mesada en un régimen u otro.

Que no acreditaron argumentos suficientes para declarar la ineficacia conforme al art. 271 de la Ley 100/93 porque no se probaron actuaciones dolosas respecto de la afiliación de la actora al RAIS, por lo que no resulta viable aplicar por vía de analogía supuestos de hecho que no se adecuen a la citada norma como es el caso, por ende, cualquier solicitud relativa a verificar la existencia de vicios de la voluntad como se alega en la demanda, deben entenderse como una nulidad relativa y en gracia de discusión no se acreditó error, fuerza o dolo, que se circunscribió el debate probatorio en demostrar si hubo nulidad y lo que se declaró fue la ineficacia. Que

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

no es procedente retornar los rendimientos si se declara la ineficacia, porque de entenderse que no hubo contrato de afiliación quiere decir que el fondo no efectuó gestión alguna y no se generaron rendimientos que hoy se ordenan trasladar; finalmente solicita se revoque la condena en costas pues la entidad actuó de buena fe en cumplimiento de su deber legal.

Colpensiones solicita se revoque la sentencia, pues el traslado al RAIS se efectuó conforme a derecho; que la carga dinámica de la prueba no se pudo aplicar de manera automática en el asunto, es decir, que debe tenerse en cuenta las particularidades del caso como el tiempo que duro afilada al RAIS, el traslado horizontal efectuado en el RAIS, situaciones que hacen inviable la ineficacia, pues debe exigírsele a la demandante probar que se le indujo a un error o hubo falta de información; subsidiariamente requiere que en caso de acceder a las pretensiones de la demanda, solicita que se ordene a los fondos de pensiones trasladar los dineros debidamente indexados.

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 de igual forma se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta por ser adversa a **COLPENSIONES**, respecto de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

2. Objeto de la Consulta y Apelación

Se circunscribe el problema jurídico a resolver en determinar si, es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **NORA CECILIA RIVERA GARCÍA** del RPMPD administrado previamente por el ISS hoy **COLPENSIONES RAIS** gestionado por **COLFONDOS S.A.** y el posterior traslado realizado con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene su retorno al RPMPD regido en la actualidad por **COLPENSIONES** junto con sus aportes en pensión, prescripción y costas procesales.

3. Caso Concreto



El eje central de discusión estriba en determinar si **COLFONDOS S.A.** y **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** le suministraron a la señora **RIVERA GARCÍA** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados, que le permitiera conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones, por lo cual, el deber de asesoría y buen consejo en cabeza de las mentadas AFP comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente; esta fase supone un acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más 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**”.*



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.**”*

*“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues **lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.**”*

Respecto a los múltiples traslados de AFP:

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

En Sentencia SL1452-2019 del 3 de abril del año 2019, Radicación N° 68852 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiterada en la Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, Radicación N° 68838 de la misma ponente; providencias en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estudió la figura de la ineficacia del traslado e indicó como puntos de análisis los siguientes:

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

Para finalmente concluir que:

“De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal cometió todos los errores imputados, Tercero, al sustraerse de su deber de verificar si la AFP brindó al afiliado información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado; segundo, al plantear que la suscripción del formulario de afiliación era suficiente para materializar el traslado; tercero, al invertir la carga de la prueba en 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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre)."

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

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

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

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

De lo esbozado se tiene que, resulta errado analizar el presente asunto desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando solo sus consecuencias prácticas, por ende, el presente asunto gravita en determinar la procedencia de la ineficacia de un traslado de régimen pensional producto de la omisión información de manera oportuna como antesala a la afiliación de la demandante, razón por la cual lo que se busca en este tipo de asuntos no es la comprobación de error, fuerza o dolo, sino desentrañar que información y alcance de la misma proporcionó el fondo pensional acusado previo a la autorización del traslado para determinar la eficacia del acto cuestionado.

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

que dicho precepto utiliza los verbos atentar o impedir y según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el primero significa emprender o ejecutar algo ilegal o ilícito, y el segundo estorbar o imposibilitar la ejecución de algo.

Siguiendo el significado antes visto, en verdad la acción de no asesorar, ni brindar información en la forma prevista en la normatividad antes citada conlleva a la ejecución de algo contrario a la ley, es por lo que, en estricto gramatical la conducta descrita en esta sentencia si encuadra en la descripción verbal del artículo 271, contrario a lo esgrimido por la apelante del fondo privado.

Aún más, los anteriores verbos son cualificados por la expresión en “cualquier forma”, lo que conlleva a que no solo es el dolo la forma de infringir el precepto, sino la negligencia, la impericia, la imprudencia, y en general la omisión, componente este último que se entrevé con preponderancia en el caso objeto de estudio.

Por otro lado, la protección de los derechos fundamentales que describe el artículo 272 en armonía con el citado 271 de la Ley 100 de 1993, no debe analizarse desde un ámbito meramente lingüístico, sino desde una perspectiva constitucional en aras de proteger un valor, un principio y un derecho como es la dignidad humana ligada a la seguridad social subyacente en la ineficacia del traslado y respecto a la cual se busca evitar que el hombre sea tratado con un medio, y no como un fin en sí mismo.

Con relación a la afectación de la congruencia porque el demandante solicitó la nulidad y no la ineficacia del traslado, tenemos que, con fundamento en el principio ***iura novit curia***, le corresponde al juez determinar la norma aplicable al caso sujeto a su examen, amén de que, no es tan trascendente el nombre de la institución que se estudia, sino el contenido fáctico de la misma cuya calificación jurídica está en cabeza del juez conforme al citado principio.

Ahora bien, de los formularios de afiliación suscritos entre la demandante y las demandadas regentes del RAIS, se tiene estipulado por vía jurisprudencial que:

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Por consiguiente, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe por su parte una comprensión integral del acto de trasladarse de régimen y dado que la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión, razón por la cual, sin información suficiente no hay autodeterminación. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

Ahora bien, de la carga de la prueba en este tipo de asuntos recae sobre las AFP'S como entidades financieras expertas en esta materia de alta complejidad frente al afiliado lego, dar a conocer la totalidad de rasgos positivos y negativos de cada régimen para desvirtuar la acusación del afiliado:

“Si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En consecuencia, si el afiliado afirma que, al realizarse el traslado de régimen pensional, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento.

En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. En consecuencia, como el afiliado al sistema no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Al respecto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado 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 a solicitud de **PORVENIR S.A.** del cual se extrae puntalmente que: hubo presión para trasladarse porque el ISS se iba acabar y por ello perdería sus aportes por lo que manifiesta engaño, que en la empresa en la que labora hizo presencia los fondos y reunían a la gente para manifestarle que el ISS estaba quebrado y los aportes efectuados por las personas no tenían respaldo para poder pensionarse, que los fondos privados ofrecían seguridad y experticia en el manejo del dinero con inversiones, que iban a tener rentabilidades muy buenas, no obstante, manifiesta que con el pasar del tiempo se enteró que también sería participe de las pérdidas; que no fue informada de que lo ahorrado soportaría su pensión, que no se le hizo análisis ni propuesta comparativa de los beneficios de un régimen u otro; que eventualmente ha recibido extractos pero que no los entiende;



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

que anteriormente visitó a HORIZONTE para averiguar su situación pensional y le dijeron que no podía trasladarse porque ya tenía más de 47 años; que la motivación para trasladarse entre fondos fueron las preventas que ofrecían cada uno como por ejemplo tiquetes a Cartagena.

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-radicaion 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 relevar 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 conjuguen 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 de la actora 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 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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 **COLFONDOS S.A.** y **HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.** al momento de surtirse los traslados, toda vez que, el deber de información le es exigible a los fondos desde la creación dual de los regímenes con la Ley 100/93.

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

1- Deber de Información:

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

(...)

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL**

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

2- Formulario de afiliación:

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

(...)

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

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

3- Carga de la Prueba:

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

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

4- Aplicación del precedente:

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

(...)

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

5- Efectos de la ineficacia:

“En la medida que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, la Sala explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL**

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 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, **COLFONDOS S.A.** y **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** no le brindaron a la señora **NORA CECILIA RIVERA GARCÍA** asesoría integral, adecuada y pertinente de las condiciones de del traslado de régimen -Colfondos 1/02/1995- y traslado entre AFP'S del RAIS -Horizonte hoy Porvenir 16/12/2008-, con la finalidad de la actora pudiera haber tomado su decisión informada, libre y voluntaria que más 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, la actora nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD.

3.2. Devolución de Gastos de Administración y Otros

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos de la demandante (*traslado de régimen y posteriores*), que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, debido a la proximidad del cumplimiento del requisito de edad para pensionarse de la actora, lo



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

que implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público a cargo de **COLPENSIONES**, cargas que recaen en **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** por la omisión del deber de información.

No es de recibo por este colegiado los argumentos esgrimidos en la apelación de **COLFONDOS S.A.** en el sentido de que, no están obligados a retornar los gastos de administración y seguros previsionales, en igual sentido **PORVENIR S.A.** se opone a la devolución de los rendimientos, por cuanto, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado de régimen y subsecuentes, dado que los citados fondos tuvieron en su poder los dineros los cuales usufructuaron, por ende, deben transferirlos en toda su integridad a **COLPENSIONES**.

En razón de lo expuesto y la consulta surtida en favor del ente público se modificará el numeral Cuarto del fallo en estudio y en su lugar se ordenara a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** los rubros por concepto de cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales, 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; también se impondrá la obligación de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido a favor de la actora y retornar a la misma las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, conforme a los respectivos periodos de vinculación en HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**

En igual sentido se ordenará a **COLFONDOS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** los rubros por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, 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; además retornar a la demandante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **COLFONDOS S.A.**

Se fundamenta lo previamente resuelto en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C., al no existir norma que regule la temática de ineficacia tanto en la Ley 100 de 1993 como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado artículo, posición que asume tanto la Jurisprudencia Civil como la Laboral, en especial la sentencia SL2946-2021¹; todo

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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

Respecto a la solicitud de indexación por parte del apoderado de **COLPENSIONES** de las sumas a retornar al RPMPD, encuentra la Sala que no es acertada su pedimento, toda vez que, con el traslado de los rendimientos ya ordenados en esta providencia se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado, por ende, no se accederá a la indexación.

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.*

(...)

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

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adocinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión».

En conclusión, el derecho a solicitar la Ineficacia del Traslado no tiene término de prescripción, toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite temporal a reivindicar temas relacionados con su afiliación, cotizaciones y en general todo componente de la pensión, máxime que, los hechos o estados jurídicos son imprescriptibles, así lo determinó la Corporación de cierre.

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 condena impuesta a las accionadas en este sentido esta conforme a derecho.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 162 del 30 de julio del 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali y en su lugar **ORDENAR a PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** los rubros por concepto de cotizaciones, gastos de administración, primas de seguros previsionales, 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; **ORDENAR a PORVENIR S.A.** remitir al emisor cualquier bono pensional constituido a favor de la señora **NORA CECILIA RIVERA GARCÍA** y



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL**

retornar a la misma las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, conforme a los respectivos periodos de vinculación en HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** Todas las sumas a devolver deben hacerse con sus rendimientos.

Y ORDENAR a COLFONDOS S.A. trasladar a **COLPENSIONES** los rubros por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, 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; además retornar a la demandante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **COLFONDOS S.A.** Todas las sumas deben devolverse junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 162 del 30 de julio del 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.** como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.000.000 cada una y en favor de la demandante señora **NORA CECILIA RIVERA GARCÍA.**

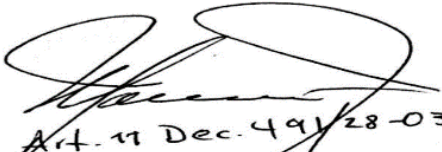
CUARTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de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