



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

AUDIENCIA NÚMERO 460

Juzgamiento

Santiago de Cali, uno (1) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 472

Acta de Decisión N° 115

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° 232 del 28 de septiembre del 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MARTHA LUCIA FORERO MENDIETA** 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° 76001-31-05-003-2021-00248-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por la actora en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado efectuado el 01/09/1996 del RPMPD administrado por **COLPENSIONES** al RAIS regentado por **PORVENIR S.A.**; se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de su ahorro junto con el bono pensional, cuotas de administración, rendimientos y todo lo que haga parte de su cuenta de ahorro individual 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 11/11/1968; que cotizó 119,71 semanas al RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES**, entre el 10/02/1993 al 31/03/1996; que se trasladó el 01/09/1996 al RAIS regentado por **COLFONDOS S.A.** y luego el 01/07/200 a **PORVENIR S.A.** ultimo fondo al cual cotiza en la actualidad.

Refiere que, las AFP'S del RAIS al momento de cada afiliación no se le dio información respecto de sus derechos prestacionales y derecho de retracto; que radicó derecho de petición el 03/03/2021 ante **COLPENSIONES** solicitando la ineficacia del traslado de régimen, no obstante, la entidad no ha dado respuesta a la petición; finalmente aduce que, le es más favorable la posible mesada en **COLPENSIONES** en comparación con la que llegaría a obtener en **PORVENIR S.A.**

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES manifiesta frente a los hechos que, son ciertos el 1° y 6°; que no es cierto el 7° y respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA; PRESCRIPCIÓN; LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS POR LA ENTIDAD Y LA INOMINADA O GENERICA.

PORVENIR S.A. señala que, no le constan los hechos 1°, 6° y 7°; en cuanto a los demás refiere que no son ciertos. 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, no le constan los hechos 1°, 6° y 7°; que es parcialmente cierto el 2° y respecto del resto expresa que no son ciertos. Se opuso parcialmente a las pretensiones y formuló las excepciones denominadas: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO Y FALTA DE CCAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; COMPENSACIÓN Y PAGO; PETICION ANTE DE TIEMPO; OBLIGACION A CARGO EXCLUSIVAMENTE DE UN TERCERO Y LA INNOMINADA O GENERICA.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Rosmira Guevara Arboleda en calidad de Procuradora 8 Judicial I, manifestó que, en virtud de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a Colfondos S.A. demostrar que en el proceso de traslado de régimen pensional se cumplió con el deber de información con transparencia máxima, de forma completa y comprensible conforme a los requisitos legales y bajo los parámetros señalados por la jurisprudencia; solicitó la exoneración del pago de costas procesales a Colpensiones, toda vez que, la entidad no intervino el proceso de traslado quien solo actuó en cumplimiento de un deber legal.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 232 del 28 de septiembre del 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado que hizo la señora MARTHA LUCIA FORERO MENDIETA al Régimen de Ahorro Individual Administrado por COLFONDOS y el posterior traslado a PORVENIR S.A., ultimo al que se encuentra afiliada.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior. SE ORDENA a PORVENIR S.A. trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de MARTHA LUCIA FORERO MENDIETA, al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, que proceda aceptar el traslado de la demandante del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida, junto con el dinero que tenga en su cuenta individual y sus rendimientos financieros.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte vencida en juicio. Se fija la suma equivalente a 1SMMLV como agencias en derecho a favor de la parte actora y a cargo de COLFONDOS, 1SMMLV como agencias en derecho a favor de la parte actora y a cargo de PORVENIR. SE ABSUELVE de este rubro a COLPENSIONES por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONSULTAR el presente proceso por resultar adverso a los intereses de COLPENSIONES.”

RECURSO DE APELACIÓN

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

LA PARTE DEMANDANTE solicita que Colpensiones y Colfondos sean condenadas en costas de primera instancia, toda vez que, las entidades al contestar la demanda se opusieron y excepcionaron.



COLPENSIONES manifiesta que, la demandante cuenta a la fecha con más de 47 años de edad y para la época del traslado registrado en Colpensiones, la actora estaba en pleno derecho de efectuar dicha afiliación, lo cual indica un procedimiento acorde a la ley, por ende, la afiliación en el RAIS tiene plena validez; respecto del traslado este no procede de conformidad al literal E del art. 13 de la Ley 100/93; entonces para la época del traslado la entidad estaba en la obligación de acceder al traslado solicitado y de haberse negado se hubiera incurrido en la violación a la libre elección de régimen de la actora, en razón de lo anterior solicita se revoque el fallo.

PORVENIR S.A. indica que, si bien es cierto que la parte actora alegó vicios del consentimiento, solo quedo en afirmaciones sin sustento legal, por ende, debieron ser despachadas desfavorablemente las pretensiones, pues los alegados vicios error, fuerza y dolo no fueron demostrados con material probatorio, pues la entidad no incurrió en las conductas que falazmente se le endilgan, como se demuestra con la documental aportada en la contestación, entre ellos la solicitud de afiliación con Porvenir que evidencia que se dio toda la información necesaria para que decidiera trasladarse; además no se hizo uso del derecho de retracto en su oportunidad ni tampoco manifestó su deseo de retornar al RPMPD, oportunidad que se le informó; que para la época del traslado no se le imponía a los fondos la obligación de suministrar información respecto de la favorabilidad del monto de su pensión, pues solo se dio a partir del 2014 y 2015.

Solicita la aplicación de la prescripción, pues lo pretendido no versa sobre el derecho pensional sino que está encaminado a obtener la ineficacia de su afiliación en uno de los regímenes con el propósito de obtener un mejor derecho pensional respecto de la mesada en el otro régimen; solicita la aplicación de las excepciones, pues al declararse la ineficacia todo vuelve a su estado anterior, por ello los rendimientos generados deben compensarse con los gastos de administración, pues la entidad obró de buena fe, razón por la cual solicita se revoque la condena en costas por lo expuesto.

Las partes presentaron alegatos de conclusión que se circunscribe a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la providencia se da respuesta a los mismos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA



1. Cuestión Preliminar

Se advierte que la Sentencia en estudio 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 **MARTHA LUCIA FORERO MENDIETA** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **COLFONDOS S.A.** y el posterior traslado realizado a **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene su retorno al RPMPD regido por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros rubros, prescripción y costas procesales.

3. Caso Concreto

El eje central de discusión estriba en determinar si **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** le suministraron a la señora **FORERO MENDIETA** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados, situación que le permitiera conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones, por lo cual, el deber de asesoría y buen consejo en cabeza de las mentadas AFP comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente; esta fase supone un acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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

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

Para finalmente concluir que:

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

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

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

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*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.

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

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

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

Por 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)

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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)*

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,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

98.4 y 325c y d); percatándose este colegiado la ausencia total del cumplimiento de dichas disposiciones por parte de **COLFONDOS S.A.** y **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.

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL**

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 CSJ SL373-2021, 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 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).”



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** no le brindaron a la señora **MARTHA LUCIA FORERO MENDIETA** asesoría integral, adecuada y pertinente de las condiciones de cada traslado con la finalidad de que esta pudiera haber tomado su decisión informada, libre y voluntaria que se ajuste a sus intereses, tal como lo señala el artículo 13 de la ley 100 de 1993 literal b); 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.

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

Asofondos | Procedimientos de administración de fondos de pensiones y cesantías

USUARIO: PVRJURIDICA | ROBOT JURIDICA | 2 de Agosto de 2021 | Registrar servicio | Buscar en Wiki SIAPP

A través de la opción eventos especiales que se encuentra en la consulta de Vista Integral e Historial de Novedades, pueden visualizar las modificaciones que los afiliados han tenido

+ Afiliados + Personas + Aportantes + Pagos + Entrega HL al RPM + Documentación + Usuarios + Administrador de Tareas +

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta: 1:42:07 PM
Afiliado: CC 51915840 MARTHA LUCIA FORERO MENDIETA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 51915840							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de resciso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1996-07-25	2009/05/16	COLFONDOS COLPENSIONES			1996-09-01	2000-06-30
Traslado de AFP	2000-06-11	2009/05/16	PORVENIR	COLFONDOS		2000-07-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 51915840

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP. Instructiva
1996-02-01	1996-09-11	01	AFILIACION	COLFONDOS	
1996-07-25	1997-08-08	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	COLFONDOS	
2000-05-11	2000-06-09	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	COLFONDOS

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

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 **PORVENIR S.A.** en el sentido de que, no están obligados a retornar los gastos de administración, por cuanto, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado de régimen y subsecuentes, dado que el citado fondo tuvo en su poder los dineros los cuales usufructuaron, por ende, debe transferirlos en toda su integridad a **COLPENSIONES** sin lugar a compensación.

En razón de lo expuesto y la consulta surtida en favor del ente público se adicionará al numeral Segundo del fallo en estudio, en el sentido de ordenar a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** los rubros por concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden, 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 **PORVENIR S.A.**

En igual sentido se ordenará a **COLFONDOS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** los rubros por concepto de primas de seguros previsionales, gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden y 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 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

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.

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 dimanan 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

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

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 **PORVENIR S.A.** en este sentido esta conforme a derecho, respecto de **COLPENSIONES** resulta procedente imponer dicha condena como parte vencida en juicio, razón por la cual prospera la apelación de la parte demandante en ese aspecto, condena que será tasada por el A quo en su correspondiente oportunidad procesal, respecto de **COLFONDOS S.A.** se observa que resulta inocua la petición del apoderado de la parte demandante, toda vez que, el A quo si condenó en costas a la citada AFP del RAIS.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR al numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 232 del 28 de septiembre del 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** los rubros por concepto de pagos de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden, remitir al emisor cualquier bono pensional constituido a favor de la señora **MARTHA LUCIA FORERO MENDIETA** y retornar a esta las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.** Todas las sumas deben devolverse junto con sus rendimientos

Y CONDENAR a **COLFONDOS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** los rubros por concepto de pagos de primas de seguros previsionales, gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

ejecutados por comisión de todo orden y 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.,

CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 232 del 28 de septiembre del 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali y **CONDENAR a COLPENSIONES** al pago de costas y agencias en derecho de primera instancia conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, el A quo tasaré en su correspondiente oportunidad procesal dicho rubro, **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.**

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 232 del 28 de septiembre del 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.000.000 cada una y en favor de la demandante señora **MARTHA LUCIA FORERO MENDIETA.**

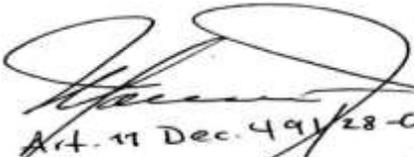
QUINTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de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

**NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO
VIRTUAL EFICAZ**

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ




Art. 11 Dec. 49128-03-2020
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO


LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Firmado Por:

Carlos Alberto Oliver Gale
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 005 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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

Código de verificación: **178debf4afa312e9b3603660b015dc74a6ed6ff9ff316c4b46283ebc22ad31a9**
Documento generado en 01/12/2021 12:34:08 PM

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