



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

Santiago de Cali, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA NÚMERO 220

Acta de Decisión N° 078

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, en asocio de las Magistradas **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ** integrantes de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL** proceden dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Consulta y Apelación de la Sentencia N° 155 del 25 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **FABIO GOMEZ CARDONA** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, asunto identificado bajo la radicación única nacional N° 760013105-008-2023-00104-01.

ANTECEDENTES DEMANDA

II PRETENSIONES

PRIMERO.- Que SE DECLARE que el acto de voluntad de **FABIO GOMEZ CARDONA** de trasladarse de régimen y afiliarse a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, e igualmente su posterior traslado a la **AFP PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER S.A.**, que fuera adquirida en diciembre de 2007 por **ING PENSIONES Y CESANTIAS**, que a su vez se fusionara con la **AFP PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION**, adquiriendo de pleno derecho la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones de las absorbidas, estuvo mediado de ausencia de información; y que por ello es INEFICAZ, al **NO** informarle de manera suficiente, transparente, cierta, oportuna, comprensible y clara sobre: *I) Modalidades de pensión en el RAIS, y las diferencias con las que obtendría en el RPM, tales como características, condiciones, acceso y servicios en cada uno de los regímenes; II) La posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación y de retornar al régimen de prima media, y III) Por no habersele hecho entrega física del plan de pensiones y reglamento de funcionamiento, tal como lo ordena el artículo 15 del Dto. 656 de 1994.*



SEGUNDO: Que SE DECLARE como consecuencia de lo anterior que la afiliación de **FABIO GOMEZ CARDONA** al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES **-COLPENSIONES-** AÚN SE ENCUENTRA VIGENTE,

TERCERO: Que se ORDENE a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** recibir los aportes efectuados por mi mandante incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere, con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: Que SE ORDENE a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y la **AFP PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S. A.**, que una vez ejecutoriada la sentencia, debe trasladar a la **ADMINISTRADORA DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -COLPENSIONES-** los valores de los aportes efectuados por mi mandante incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere, y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado.

QUINTO: Que SE CONDENE a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S. A.**, a asumir con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez del actor **FABIO GOMEZ CARDONA**, por los gastos de administración en que hubiere incurrido.

SEXTO: Que SE CONDENE a las sociedades demandadas al pago de las costas y agencias en derecho como consecuencia del trámite del presente proceso.

A. DE HECHO

1. El señor **FABIO GOMEZ CARDONA**, nació en septiembre 19 de 1959 de conformidad el registro civil de nacimiento y su cédula de ciudadanía, documentos que se aportan.
2. El señor **FABIO GOMEZ CARDONA** es docente de la Universidad del Valle.
3. Su vinculación al régimen de ahorro individual RAIS, se realizó en el mes de abril de 1999, vinculándose a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** hasta enero del año 2002, fecha en la que se trasladó a la **AFP PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER**, la que fuera adquirida para el año 2007 por la **AFP ING PENSIONES Y CESANTÍAS**, que posteriormente se fusionara con la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S. A.** con fecha 31 de diciembre de 2012, fusión por absorción, actuando como absorbente la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S. A.**, adquiriéndose de pleno derecho la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones de la absorbida.



4. La señora **MARIELA GRASS CHAPARRO** se encontraba afiliada al **REGIMEN DE PRIMA MEDIA**, desde julio de 1986 hasta abril de 1999, fecha de su traslado al Régimen de Ahorro Individual **RAIS**, habiendo cotizado un total de 595 semanas al **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA**.
5. La afiliación a la **AFPSANTANDER PENSIONES Y CESANTIAS**, por parte del señor **FABIO GOMEZ CARDONA**, se realizó cuando se encontraba vinculado a la **UNIVERSIDAD DEL VALLE**, quienes le manifestaron que debía vincularse a dicho fondo privado de pensiones, en razón a la desaparición del **INSTITUTO COLOMBIANO DEL SEGURO SOCIAL**, y posible pérdida de su ahorro para pensión, ante el continuo acoso por parte de los asesores del fondo privados de pensiones **SANTANDER** por el que fue abordado, sin ninguna otra explicación; formulario de vinculación que firmó para continuar con su ahorro pensional, materializándose el descuento para pensión en mayo de 1999, conforme se observa en la Historia Laboral Consolidada entregada por **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S. A.** a solicitud de mi mandante.
6. Posteriormente y para mayo de 2002, vinculado a la **UNIVERSIDAD DEL VALLE**, fue visitado por un asesor de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S. A.**, que fuera adquirida para el año 2007 por la **AFP ING PENSIONES Y CESANTÍAS**, fusionada posteriormente con la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.** adquiriéndose de pleno derecho la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones de la absorbida, le ofrecen un mejor rendimiento para su ahorro pensional, sin ninguna otra explicación sobre los beneficios o desventajas del cambio dentro del mismo régimen, que le permitiera elegir dentro de las distintas opciones posibles dentro del **RAIS**, o información sobre su posible regreso al **RPM**, o sobre el hecho que podía hacer uso de la figura del retractor dentro de los 5 días siguientes a la suscripción de su traslado, y así garantizar una afiliación libre y voluntaria.
7. El señor **FABIO GOMEZ CARDONA**, se encuentra afiliado fondo privado de pensiones, administrado por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, desde el mayo de 1999, trasladado en enero de 2002 y activo a la fecha, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S. A.**
8. Al momento del traslado del **REGIMEN DE PRIMA MEDIA**, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, del **REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL**, mi poderdante tenía 595 semanas cotizadas al **REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**, según información brindada por **PROTECCION S. A.** en historia laboral consolidada.



9. El asesor comercial de la AFP PORVENIR S.A. y posteriormente el asesor de la AFP SANTANDER que fuera adquirido por ING PENSIONES Y CESANTIAS, que a su vez se fusionó con la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A., OMITIÓ manifestarle a mi representado, conforme a su obligación exigible para el momento del traslado, la información suficiente, transparente, cierta y oportuna, necesaria, permitiendo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, de tal manera que mi representado pudiera elegir después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos del oferente de servicios, no dio a conocer la verdad objetiva desde el primer momento que le brindó asesoría desde su vinculación al RAIS y posterior traslado dentro del mismo régimen, razones más que suficientes para, desanimar a la interesada de tomar una opción que claramente le perjudicaba.
10. Los asesores comerciales de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, encargados de realizar la afiliación y traslado del actor, en el momento de la afiliación, omitieron información en un paso tan trascendental como lo es la PLANEACION FINANCIERA DE SU FUTURO PENSIONAL pues fue su obligación desde su creación, y dada su naturaleza jurídica de SOCIEDADES DE SERVICIOS FINANCIEROS, que cuentan con estructura especializada con enfoque en finanzas y respaldada con equipos para cálculos actuariales para conocer los detalles del servicio que ofrecen, ubicándolos en posición dominante; tal como se enuncia a continuación:
- a) Que el monto de la pensión era de carácter relativo y no absoluto, es decir un monto posible más no definitivo, pues se encontraba sujeto a los rendimientos de capital, dependiendo del comportamiento de las tasas de interés, igualmente si se tenían beneficiarios o no, la expectativa de vida de esos beneficiarios, como otros factores que disminuirían el monto de la pensión;
 - b) No realizó la proyección de la mesada pensional.
 - c) No informó siendo su deber de suministrar información positiva completa, pues omitió, incumplió con una de sus obligaciones legales, cuales, suministrar a sus potenciales clientes una información adecuada, suficiente y cierta, de manera tal que la decisión adoptada por el señor **FABIO GOMEZ CARDONA** hubiera sido verdaderamente libre y espontánea.



d) No entregó copia del texto del reglamento, así como los TÉRMINOS Y CONDICIONES DEL PLAN ESCOGIDO AL MOMENTO DE SU VINCULACIÓN como lo ordena el art. 15 del Dto. 656 de 1994, para que, con total claridad y transparencia tomara una decisión informada.

e) No informó al actor, los tiempos definidos por las normas respectivas en cuanto a escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras y entre los fondos administrados por ellas.

f) No se le informó al actor las ventajas y desventajas tanto del RÉGIMEN DE PENSIONES DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, no le dio razones por las cuales debía desvincularse y trasladarse al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, para que con dicha ilustración el actor escogiera el régimen que más le favoreciera a sus intereses, pues era una trascendental decisión ya que era un PLANEAMIENTO FINANCIERO DE SU FUTURO PENSIONAL, cuyo asesoramiento es obligatorio e indispensable, situación que denota el engaño por omisión de información del que fue objeto la actora.

11. A instancias del señor **FABIO GOMEZ CARDONA** quien preocupado por encontrarse en situación de pre-pensionado, solicitó una proyección de su mesada pensional y copia de la carpeta administrativa que reposa en las oficinas de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, de la ciudad de Cali, se proyecta UNA SIMULACIÓN PENSIONAL teniendo en cuenta edad de 64 años, con el capital en su cuenta de ahorro, semanas cotizadas, se proyecta una pensión al valor presente en \$1.957.808.

12. Preocupado por su situación pensional, solicita la elaboración de una proyección de liquidación de mesada pensional con fundamento en el ingreso base de cotización, conforme al REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, con **1.795** semanas a noviembre de 2022, con el promedio de los 10 últimos años laborados se conforma el IBL, valor al que se le aplica una tasa de reemplazo es de **60,93%**; pero por tener a su favor 1.795 semanas cotizadas es decir superando las 1.300 exigidas por la ley como requisito objetivo; igualmente que por cada 50 semanas que excedan las 1.300 la mesada pensional sube 1.5%. Conforme a lo anterior la tasa de reemplazo quedaría en **74.43%**, siendo el valor de su pensión **\$6.809.787**, al año 2022 aproximadamente; estableciéndose una diferencia de **\$4.851.979** en relación con la simulación realizada por **PROTECCION S.A.** plasmada en el documento enunciado en precedencia.

13. Ante la situación planteada, mi mandante solicitó su traslado a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, **COLPENSIONES**, el 08 de noviembre 2022, el cual fue rechazado el mismo día por encontrarse dentro de las personas con menos de 10 años para obtener su status de pensionado.



REPLICAS DE LAS DEMANDADAS

COLPENSIONES frente a los hechos de la demanda manifiesta que, son ciertos el 1°, 4° y 13°, en cuanto a los demás aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito: **FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO DEL TRASLADO; BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA; PRESCRIPCIÓN TRIENAL; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION; INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE - INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES Y RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL.**

PROTECCIÓN S.A. indica que, son ciertos los hechos 3°, 7° y 11°, que es parcialmente cierto el 4°, respecto del resto alude que no le constan y/o no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y presentó como excepciones de fondo: **VALIDEZ DE AFILIACIÓN A PROTECCIÓN S.A.; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARAR LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA; INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO; PRESCRIPCIÓN; INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGITIMA; NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS; COMPENSACIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.**

PORVENIR S.A. por su parte señala de los hechos del libelo gestor que, no le constan y/o no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró como excepciones: **PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACIÓN; RESTITUCIONES MUTUAS Y EXCEPCION GENÉRICA.**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8° Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 155 del 25 de mayo de 2023, resolvió:

PRIMERO DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que el demandante FABIO GÓMEZ CARDONA, identificado con la Cédula de Ciudadanía 16.648.506, hizo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES



- COLPENSIONES E.I.C.E. a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. En consecuencia, se entenderá que el accionante siempre estuvo afiliado al régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES E.I.C.E.

TERCERO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. los saldos obrantes en la cuenta individual del demandante, junto con sus rendimientos financieros.

CUARTO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver a COLPENSIONES E.I.C.E. el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a esta AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **PORVENIR S.A.** deberá devolver debidamente indexados los gastos de administración durante el tiempo que el accionante estuvo afiliado a esta AFP, con cargo a su propio patrimonio.

QUINTO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E., PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1.160.000 a favor de la parte demandante y a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E. y PROTECCIÓN S.A. y \$2.320.000 a cargo de PORVENIR S.A.

SEXTO: CONSULTAR la presente providencia conforme el artículo 69 del C.P.T. Y S.S.; oficiar al Ministerio de Salud y Protección Social y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al Superior.

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. mediante de su apoderado judicial manifiesta que, si bien se alegaron vicios en el consentimiento por la contraparte en el traslado de régimen, estos solo quedaron como simples afirmaciones carentes de sustento legal, por lo que debieron despacharse desfavorablemente las pretensiones de la parte demandante, al no probarse error, fuerza o dolo, pues Porvenir jamás incurrió en las conductas que falazmente indica el demandante, tal como se demuestra con la documental aportada en la contestación como la solicitud de afiliación donde se evidencia que se le suministró al actor toda la información necesaria, adicionalmente no hizo uso dentro de la oportunidad su derecho de retracto y tampoco manifestó su deseo de retornar al RPMPD; para la época de la afiliación no se imponía a los fondos brindar una asesoría correspondiente al monto de la pensión, situación que se vino a dar a partir del 2014 por vía normativa.

Indica que, debe darse aplicación a las excepciones propuestas como la prescripción, pues la acción no versa sobre la adquisición o negación de un derecho



pensional sino que está encaminado a obtener la ineficacia del traslado de régimen pensional para obtener un mayor valor de su mesada; que se opone a la devolución de los gastos de administración porque el actuar de su representada estuvo ajustado a la ley y constitución; que frente a la condena indexada expresa que constituiría un enriquecimiento sin justa causa en favor del fondo público; por lo expuesto solicita que se revoque la condena en costas.

COLPENSIONES por intermedio de su mandatario judicial esgrime que, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal para trasladarse de régimen por la proximidad al cumplimiento del requisito de edad para pensionarse; que el demandante estaba en pleno derecho cuando ejecutó el traslado al RAIS, por lo que su defendida no podía oponerse al mismo debido al derecho que tiene a la libre elección de régimen, por lo que la afiliación a dicho régimen goza de plena validez; por lo anterior solicita se revoque la sentencia en su integridad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión Preliminar

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

Objeto de la Consulta y Apelación

El problema jurídico para resolver se circunscribe en determinar la eficacia del traslado efectuado por el señor **FABIO GOMEZ CARDONA** desde el RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** hacia el RAIS regentado por **PORVENIR S.A.** y de contera el posterior traslado ejecutado dentro del RAIS con ING hoy **PROTECCIÓN S.A.**, en consecuencia establecer si es procedente el retorno del demandante al RPMPD regido hoy por **COLPENSIONES**, junto con sus recursos pensionales, comisiones, bonos pensionales, gastos, primas, costos entre otros emolumentos, indexación, prescripción y costas procesales.



Marco Jurisprudencial y Normativo

En Sentencia SL2946-2021 del 16 de junio del 2021 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró la posición pacífica y unificada de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral frente a la ineficacia de traslado de régimen pensional y fue enfática al rememorar la obligación inherente de las AFP'S en materia informativa desde la creación del sistema pensional que hoy nos rige, citando providencias **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:**

“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 (...)

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.”

Profundizando en el **deber de información** el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», prescribió en el numeral 1.º del artículo 97 la obligación de las mismas de: «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado» y la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

La regulación del deber de información hacia los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones tiene su fuente legal y reglamentaria en las siguientes normas:

“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 los 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)”

La evolución del deber de información no ha sido estática y con el trasegar del tiempo se han adherido más obligaciones para AFP’S para con sus afiliados de forma acumulativa, por lo tanto, cada caso debe ser examinado conforme al contexto temporal normativo de la época del traslado, se relaciona a continuación las diferentes etapas normativas en dicha materia:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
1- Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	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
2- Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
3- Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Por otro lado, la fuente legal de la ineficacia del traslado de régimen pensional está consagrada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es decir desde los albores del sistema general en pensiones, y la 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.**



En materia probatoria para esta clase de procesos se tiene que, la **carga de la prueba**¹ se ha edificado la tesis que corresponde a los fondos pensionales acreditar el cumplimiento del deber de información, ello de conformidad con el artículo 1604 del C.C., máxime que, por ley están obligados a proporcionar la información necesaria al afiliado previo las decisiones que tome frente a su estado pensional.

Es preciso destacar que, la negación indefinida que esgrimen los afiliados de no haber recibido información no requiere de prueba por tratarse de un hecho de imposible acreditación, en contraste, la afirmación de las AFP'S de haber proporcionado la información es un hecho definido y por tanto susceptible de prueba, en tanto que, solo dichas entidades están en posición de demostrar las condiciones de tiempo, lugar y calidad en que se presentó el hecho.

Respecto del **formulario de afiliación**² como medio de prueba se ha decantado de vieja data que los formatos preimpresos que utilizan los fondos pensionales son insuficientes para acreditar el consentimiento informado por parte del afiliado previo al traslado, pues solo se puede configurar la autodeterminación de la persona cuando esta tiene pleno conocimiento de lo que su decisión entraña.

En cuanto al **interrogatorio de parte**³ la praxis judicial enseña que no es útil el interrogatorio de parte en esta clase de procesos, pues si bien corre a cargo de las

¹ SL2946-2021 del 16 de junio del 2021

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

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

² ibidem

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).

³ SL 3349 del 28/07/2021

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



AFP'S probar que se satisfizo el deber de información al momento de la selección del régimen pensional o el traslado entre AFP'S, no se trata de indagar un vicio del consentimiento, ni la volición plena del afiliado, sino de verificar el amparo ilustrativo que una decisión del talante de selección de régimen pensional exige de quien se considera entendido en la prestación de tal servicio público, máxime, cuando la debida información hace parte de las reglas del traslado que deben cumplir las AFP'S.

La **aplicación del precedente**⁴ vertical del máximo órgano en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional no está limitado a la suerte de un derecho transicional y/o la proximidad a la adquisición del mismo, en razón de que la finalidad de estos procesos radica en establecer el cumplimiento del deber de información de cara a los afiliados al sistema previo a surtir los traslados.

Cuando se presentan **múltiples traslados**⁵ se ha reiterado que el acto de traslado signado de ineficaz no se convalida ni ratifica la voluntad del afiliado en su decisión de cambio de régimen cuando ejecuta varios traslados dentro del sistema pensional.

Aunado a lo anterior, es preciso exponer frente a los **actos de relacionamiento** que, la Sala de Casación Laboral Permanente ha precisado y reiterado que no opera en los casos de ineficacia de traslado de traslado de régimen, toda vez que, la discusión gira en determinar si la persona recibió información integral para tomar la decisión, lo cual no se sustituye ni ratifica con los múltiples traslados:

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.

4 SL2946-2021 del 16 de junio del 2021

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.

⁵ Ibidem

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.



“SL1055-2022, Radicación 87911, MP Iván Mauricio Lenis Gómez:

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

SL 15161-2022, Radicación 86815, MP Gerardo Botero Zuluaga:

Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que la afiliada fue informada debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.

En ese orden, el criterio jurisprudencial de la Sala no merece ninguna rectificación o variación, por lo que en esta oportunidad se reitera y con ello se corrige el plasmado en las referidas providencias de la Sala de Descongestión Laboral de esta Corte, toda vez que no encajan en la línea de pensamiento de la Sala de Casación Laboral permanente, única constitucionalmente facultada para unificar la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social.”

Por último, conviene precisar que la ineficacia es una anomalía en el acto de traslado por falta de consentimiento informado, en donde no se analiza la estabilidad financiera del sistema de pensiones, pues, tal aspecto no es el configurador de dicha ineficacia. En ese orden, el Acto Legislativo No 3 de 2011, parágrafo, prescribe que, al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. La pensión es un derecho fundamental según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo tanto, el argumento de la sostenibilidad no es pertinente para este tipo de asuntos.

Caso concreto

Descendiendo al asunto bajo examen se tiene que, el señor **FABIO GOMEZ CARDONA** manifiesta insuficiencia de información oportuna e integral al momento del traslado de régimen, conforme a Historia de Vinculaciones de Asofondos que obra al plenario, se surtió traslado del RPMPD – ISS hoy **COLPENSIONES** hacia el RAIS - **PORVENIR S.A.** con fecha de efectividad del 01/05/1999:



Hora de la consulta : 9:26:07 AM
Afiliado: CC 16648506 FABIO GOMEZ CARDONA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 16648506							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1999-03-03	2004/04/16	PORVENIR	COLPENSIONES		1999-05-01	2001-10-31
Traslado de AFP	2001-09-15	2004/04/16	ING	PORVENIR		2001-11-01	2012-12-30
Cesion por fusión	2012-12-31	2012/12/29	PROTECCION	ING		2012-12-31	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Ahora bien, conforme al contexto normativo temporal en la que se ejecutó el traslado de régimen con **PORVENIR S.A.**, dicha entidad estaba obligada a proporcionar al demandante: *“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”*.

Examinado el caudal probatorio encuentra la Sala que el mismo es insuficiente y no se logra acreditar por parte de **PORVENIR S.A.** el cumplimiento del deber de información para con el demandante y bajo los parámetros legales y jurisprudenciales citados en precedencia al momento de ejecutarse el traslado de régimen, se absolvió interrogatorio de parte por el demandante, del cual no se extraen elementos de juicio que permitan a esta Sala determinar que existió un consentimiento informado por parte del demandante, configurándose por todo lo anteriormente expuesto la ineficacia deprecada y de contera el posterior realizado hacia ING hoy **PROTECCIÓN S.A.**, por ende, habrá de confirmarse el fallo en este sentido.

Traslado de Recursos Pensionales y otros Rubros

Como la consecuencia de la ineficacia es la eliminación del traslado de régimen en el historial de movimientos y afiliaciones pensionales del señor **FABIO GOMEZ CARDONA**, es decir, retrotraer todo al estado inicial de afiliación del demandante con el RPMPD administrado hoy por **COLPENSIONES**, deviene en la obligación por parte de la AFP del RAIS transferir los recursos pensionales del demandante obrantes en su cuenta de ahorro individual con destino a **COLPENSIONES**, toda vez que, dichos recursos serán utilizados para la financiación de la eventual prestación pensional a que tenga derecho el demandante en el RPMPD, ello incluye, saldo de la cuenta, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración,



comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a los recursos propios del fondo pensional que transgredió su deber de información.

Lo anterior, por cuanto al declararse la ineficacia de traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, por lo tanto, el fondo del RAIS debe asumir el menoscabo del bien administrado, en razón de que, la ineficacia que se configura es la secuela de la conducta de la AFP al haber omitido brindar información adecuada, oportuna, clara, comparada y suficiente al afiliado al momento del traslado, por lo que no hay lugar a compensación alguna.

Se adicionará orden a cargo de **COLPENSIONES** de realizar la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas, una vez reciba los recursos por parte de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, en aras de evitar posteriormente trámites administrativos y judiciales.

La Sala considera excesiva la imposición de indexación a los recursos objeto de traslado, toda vez que, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de los recursos objeto de transferencia a **COLPENSIONES**, por tal razón se revocara y se condenara a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** devolver las sumas junto con sus rendimientos.

Inspeccionado el fallo de primer grado se encuentra que, los recursos para financiar la prestación del demandante fueron ordenados en gran medida por el A quo, sin embargo, habrá de complementarse el fallo para ordenar a cargo de **PORVENIR S.A.** se sirva trasladar a **COLPENSIONES** los conceptos por primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y devolver al demandante las cotizaciones voluntarias si se hubieren realizado.

Por su parte, a **PROTECCIÓN S.A.** se le impondrá la orden de trasladar a **COLPENSIONES** los bonos pensionales si los hubiere y devolver al demandante las cotizaciones voluntarias si se hubieren realizado.

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 SL2946-2021⁶, todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común.

Prescripción

La pretensión de declaratoria de ineficacia de traslado de régimen es imprescriptible al tratarse de una pretensión declarativa de la cual emana derechos a la Seguridad Social de cada individuo entre los cuales esta, el derecho a la pensión de vejez que tiene la misma connotación, ello de conformidad con el artículo 48 de la Carta Política, por ende, la acción de ineficacia de traslado de régimen pensional no tiene término de prescripción⁷, toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite temporal a reivindicar aspectos relacionados con su afiliación, cotizaciones y en general todo componente de la pensión.

Costas Procesales

La tramitación de los procesos judiciales apareja gastos para quienes deben acudir a la justicia, ello a pesar de que la administración de justicia es gratuita, por lo que el artículo 365 numeral 1 del C.G.P. impone esta carga a la parte vencida en juicio y/o quien le resulte desfavorable su recurso, para lo cual solo se tiene en cuenta

⁶ "Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).

⁷ CSJ - SL2946-2021 "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)."



factores objetivos y verificables, por ende, analizado el asunto en cuestión se observa que **COLPENSIONES** se opuso y excepcionó contra las pretensiones de la demanda, en igual sentido para **PORVENIR S.A.** razón por la cual resulta procedente la imposición de costas a su cargo dando paso a la confirmación de la condena por revisión en consulta del fondo público y en apelación del privado.

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

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

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 Cuarto de la Sentencia N° 155 del 25 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **REVOCAR** la condena de indexación de gastos de administración y recursos a cargo de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, y en su lugar, **CONDENARLAS** a trasladar los gastos de administración, comisiones y demás con sus respectivos rendimientos.
- **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** respecto del señor **FABIO GOMEZ CARDONA**, los conceptos por primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y devolver al demandante las cotizaciones voluntarias si se hubieren realizado.
- **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** respecto del señor **FABIO GOMEZ CARDONA**, los bonos pensionales si los hubiere y devolver al demandante las cotizaciones voluntarias si se hubieren realizado.



- **CONDENAR** a **COLPENSIONES** realizar la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas del señor **FABIO GOMEZ CARDONA**, una vez reciba la totalidad de los recursos por parte de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**
- **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.**

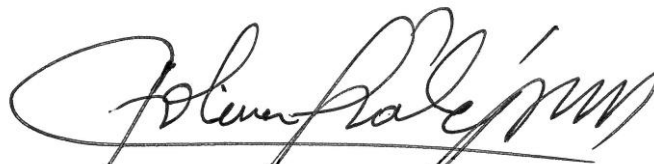
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial la Sentencia N° 155 del 25 de mayo de 2023, emanada del Juzgado 8° Laboral del Circuito de Cali, de conformidad con las consideraciones expuestas en la motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, como agencias en derecho se impone la suma de \$1.500.000 a cada una y en favor de la parte demandante **FABIO GOMEZ CARDONA**.

CUARTO: Una vez surtida la publicación por Edicto de la presente Sentencia, al día siguiente 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. En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE POR EDICTO

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:


CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado Ponente



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Sala
Con salvamento parcial de voto

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada Sala

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: **dd1c356e5e12f9b270aa18f25b581cee58befbf4c09654413281bfb078147bfe**

Documento generado en 25/08/2023 10:05:33 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>