



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

AUDIENCIA NÚMERO 258

Juzgamiento

Santiago de Cali, once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA NÚMERO 267

Acta de Decisión N° 079

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 SEXTA DE DECISIÓN LABORAL**, proceden a dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Consulta y Apelación de la sentencia N° 227 del 19 de octubre del 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **RODRIGO FERNANDO CUERVO DAMIAN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, bajo la radicación N° 76001-31-05-007-2020-00070-01.

ANTECEDENTES

El señor **RODRIGO FERNANDO CUERVO DAMIAN**, por conducto de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** con el objeto de que se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en adelante RPMPD gestionado en su momento por el I.S.S. hoy **COLPENSIONES**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en adelante RAIS administrado hoy por **PORVENIR S.A.**



Se declarare que para todo efecto legal que nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo permaneció afiliado al RPMPD; se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** y esta última a recibir, la totalidad de sus ahorros, cotizaciones, bono pensional, junto con los rendimientos, frutos e interés, sin que haya lugar a los descuentos por gastos de administración; finalmente se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Informan los hechos de la demanda que, el actor nació el 09/07/1965 y no se encuentra en régimen de transición; que se afilió al I.S.S. desde el 01/03/1980; que se trasladó en diciembre de 1994, del I.S.S. a **PROTECCIÓN S.A.**; aduce la parte demandante en el escrito de la demanda que DAVIVIR S.A. modificó su nombre a SANTANDER S.A. y esta a su vez a ING, ultima AFP que fue absorbida por fusión por **PROTECCIÓN S.A.**

Que inmerso en el RAIS, se trasladó a **PORVENIR S.A.** el 27 de abril del 2015, entidad en la cual cotiza actualmente; que al momento de su traslado de régimen y el posterior traslado dentro del mismo RAIS, no recibió la suficiente información de los términos y condiciones para adquirir su pensión de vejez; que no se le entregó proyección pensional, información de la modalidad de pago, entre otros aspectos relevantes para la toma de decisión; que no se le manifestó la posibilidad de retractarse.

Que el 23/12/2019, solicitó ante **COLPENSIONES** el traslado de régimen, sin embargo, la entidad se negó al mismo por encontrarse a 10 años o menos del requisito de edad para pensionarse; que presentó el 19/12/2019 ante **PORVENIR S.A.**, solicitud de traslado y documentos; que el 27/01/2020, la mentada AFP se negó al traslado esgrimiendo similares argumentos a los de **COLPENSIONES**; que el 17/12/2019 requirió a **PROTECCIÓN S.A.** información y documentación acerca del traslado de régimen efectuado, empero, a la fecha la AFP no ha dado respuesta, pese a que ha transcurrido el termino legal para contestar.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda se surtió el traslado de rigor procediendo a contestar el libelo.



COLPENSIONES manifestó respecto de los hechos que, los enumerados 1°, 2° y 10° son ciertos; que el 9° y 15° son apreciaciones subjetivas susceptibles de valoración; en cuanto a los demás indicó que no le constan. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó como: *Inexistencia de la obligación y Cobro de lo no debido, la Innominada, Buena fe y Prescripción.*

Por su parte **PROTECCIÓN S.A.** señaló frente a los hechos que, el 4°, 5° y 13° son ciertos; que del 6° al 9° y 14° no son ciertos; respecto del resto adujo que no le constan. Se opuso parcialmente a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de fondo las que denominó como:

Validez del traslado del actor al RAIS, Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, Ratificación de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, Inexistencia de perjuicios, Prescripción, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Compensación, Buena fe de la entidad demandada administradora de fondos de pensiones y cesantía Protección S.A. y la Innominada o Genérica.

PORVENIR S.A. indicó que los hechos de la demanda 1° y 5° y del 11° al 11.7 son ciertos; que el 6° parcialmente no le consta ni es cierto; finalmente del resto expresó que no le constan. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de fondo las que denominó como: *Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.*

La intervención de la Procuradora Octava Judicial I, ROSMIRA GUEVARA ARBOLEDA, se limitó a indicar la normatividad y jurisprudencia entorno a la ineficacia, manifestando que la carga de la prueba está en cabeza de **PROTECCIÓN S.A.**; formuló como excepción: *La no procedencia de condena de costas procesales a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA



Mediante sentencia N° 227 del 19 de octubre del 2020, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali resolvió:

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

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación efectuada por el señor RODRIGO FERNANDO CUERVO DAMIAN identificado con la CC. No.16.715.729 al fondo PROTECCION SA y finalmente PORVENIR SA. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y por lo mismo siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

TERCERO: Como secuela obligada de la anterior determinación, el demandante deberá ser admitido nuevamente en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR SA y PROTECCION SA, a devolver, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido, previstos en el art. 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, éstos últimos con cargo a su propio patrimonio.

QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR SA, se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. Líquidense por Secretaría.

SEXTO: COSTAS a cargo de PROTECCION SA, se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. Líquidense por Secretaría.

SEPTIMO: Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

OCTAVO: CONSULTESE con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelada.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con lo resuelto en primera instancia, las apoderadas judiciales de **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación contra el proveído, de acuerdo con los siguientes argumentos:

- La apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** manifestó y solicitó que se revoque el numeral Cuarto del fallo, respecto de la imposición de la devolución de los gastos de administración y sumas adicionales por el tiempo que estuvo afiliado el actor con la entidad; que el descuento por gasto de administración está autorizado y previsto en la Ley 100 de 1993; que durante el tiempo de afiliación **PROTECCIÓN S.A.** ha administrado los recursos del actor

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

depositados en su cuenta de ahorro individual y gestión realizada con la mayor diligencia y cuidado, evidenciándose en los rendimientos generados en su cuenta.

Que no es procedente la devolución de gastos de administración, toda vez que, estos están ya causados y su descuento esta permitido por la ley; que actualmente el demandante se encuentra afiliado a **PORVENIR S.A.**; que las sumas adicionales no se pueden retornar debido a que estos, están autorizados por la ley además que los susodichos ya fueron pagados a las aseguradoras para las contingencias de I.V.M.

- La apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó la absolución de la entidad, toda vez que, la misma cumplió con todas las obligaciones a su cargo cuando acepto el traslado del demandante de **PROTECCIÓN S.A.**; que sobre la base del principio de buena fe, su representada no tenía razones para dudar en el año 2015 de la validez de una afiliación que venia del 94; que durante la administración de los recursos del actor la entidad ha actuado con probidad y transparencia.

Que al momento del traslado **PORVENIR S.A.**, le suministró al actor toda la información completa, clara y suficiente respecto de las características del Sistema Pensional y en especial del RAIS; que no existen razones para declarar la ineficacia del traslado primigenio, puesto que, para la época las AFP'S no tenían el deber legal de proporcionar la información en los términos que hoy se alude, pues no existía la obligación de disuadir la afiliación ni mucho menos realizar proyecciones y era totalmente valido transmitir la información de manera verbal y que los traslados ratifican su deseo de permanencia en el RAIS.

Señaló que el fundamentó de la providencia en el art. 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, en la declaratoria de la ineficacia no es acertado, puesto que, dicha norma establece un castigo a una conducta positiva a quien atente contra la afiliación al sistema de salud o pensión de un trabajador, pero nada dice de una conducta omisiva, tratándose de una hermenéutica errada y proteccionista destacando que lo afirmado no se desprende del tenor literal, por lo cual no hay norma legal que consagre la ineficacia como una consecuencia en la deficiencia en la información que se le dio al afiliado.



Respecto a la devolución de gastos de administración, rendimientos y sumas adicionales de la aseguradora, señaló que al declararse la ineficacia se entendería que la actor nunca se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, por ende nunca hubo rendimientos por lo cual no habría lugar a su devolución en estricto sentido, y si el Tribunal llega a confirmar parcialmente el fallo, aduce que no es procedente la devolución de los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, pues dichas sumas se descontaron con el objeto de generar los rendimientos que ya se están trasladando, debido que sin estos **PORVENIR S.A.** no contaría con la infraestructura para realizar las inversiones de capital para generar rendimientos, que las sumas de las aseguradoras se trasladaron a las susodichas con el objetivo de amparar al demandante de los riesgos I.V.M., dinero que no está en poder de las AFP'S,

En segunda instancia y conforme al Decreto 806 de 2020, se dio traslado a las partes para que aleguen de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Caso Concreto

Encuentra la Sala que se circunscribe el problema jurídico en establecer si es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por el señor **RODRIGO FERNANDO CUERVO DAMIAN** del RPMPD del **ISS** hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado en su momento por DAVIVIR S.A. hoy **PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente el traslado a **PORVENIR S.A.**; junto con la respetiva devolución de sus aportes, rendimientos, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora.

Descendiendo al caso objeto de estudio en Consulta y Apelación; la Sala debe discernir si DAVIVIR S.A. hoy **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, le suministraron al señor **RODRIGO FERNANDO CUERVO DAMIAN**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados; información que le permitiera conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones.



De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo en cabeza de DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. hacia el señor **CUERVO DAMIAN**, comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA E INEFICACIA DE TRASLADO

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia Radicación N° 33083 del 22 de noviembre del año 2011, MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón, rememora las Sentencias del 9 de septiembre del año 2008, Radicaciones N° 31989 y N° 31314, las cuales manifestaron que:

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.”

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.”

*“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, **la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica**”.*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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

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

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

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

Para finalmente concluir que:

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

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

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



Sobre la ineficacia, es menester traer a colación la consecuencia legal contenida 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.**

La información adquiere especial relevancia en este tipo de actos como lo son el traslado de régimen pensional, para lo cual las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado, así se estableció en Sentencia del 3 de septiembre del año 2014, SL12136-2014, Radicación N° 46292, la Corte Suprema de Justicia:

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

Ahora bien, respecto a las figuras de nulidad e ineficacia, es necesario puntualizar que la Alta Corporación 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*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, **la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.***

(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

Sobre las anteriores premisas esbozadas se tiene que, no obra formulario de vinculación de DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. y del formulario aportado por PORVENIR S.A., se encuentra un formato preimpreso genérico, empero, dicho documento por si solo es insuficiente para determinar que la AFP dio a conocer la totalidad de las aristas del traslado con el objeto de cumplir con su deber legal de información y buen consejo; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación, por lo cual la simple firma en un formato preimpreso dado el caso no exhibe una comprensión integral del acto del traslado por parte del actor, por lo cual la Sala reitera que el formato de afiliación y/o traslado no es suficiente para determinar la validez del acto tan trascendental suscrito. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

De lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado 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)

En cuanto a la carga de la prueba, la mentada Corporación ha sido enfática y ha establecido que:

*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***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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)*

La regulación normativa entornó al derecho a la información está tipificada en las siguientes normas aplicables al caso:

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; en conclusión como se expuso material probatorio que no aportaron los fondos demandados en este asunto. 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 apoderada de **PORVENIR S.A.**, aduce la falta de regulación normativa de la ineficacia y la hermenéutica errada por parte del A-quo respecto de los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, no obstante, de lo anterior se desdibuja las aseveraciones de la apoderada, puesto que, el derecho de información esta ampliamente regulado con el objeto de proteger al afiliado en situación de desventaja en relación con las AFP'S; ahora bien, la interpretación de la apoderada de la norma previamente citada **“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 incorrecta pues del tenor literal “cualquier forma” encaja la desinformación del afiliado que deviene en una selección de AFP viciada.

Respecto al argumento acerca de que el artículo 271 comprende una conducta positiva, no la omisiva, tenemos que dicho precepto utiliza los verbos atentar o impedir.



Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el primero significa emprender o ejecutar algo ilegal o ilícito, y el segundo estorbar o imposibilitar la ejecución de algo.

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

Aún más, los anteriores verbos son cualificados por la expresión en “cualquier forma”, lo que conlleva a que no solo es el dolo la forma de infringir el precepto, sino la negligencia, la impericia, la imprudencia, y en general la omisión, componente este último que se muestra con preponderancia en el expediente al no acreditar la asesoría e información que tenía el deber de suministrar.

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

A raíz de lo expuesto, se tiene que DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., no le brindaron al señor **RODRIGO FERNANDO CUERVO DAMIAN**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen y el posterior traslado entre AFP del RAIS y ante la imposibilidad de los fondos de no acreditar con material probatorio idóneo el cumplimiento en su debido momento con su deber legal de información y buen consejo para con el demandante, implica que nunca lo acataron, configurándose la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico al traslado de régimen realizado por el actor, bajo la ficción jurídica de que el mismo nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD, no prosperando la apelación de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** en este sentido.



Devolución de Gastos de Administración y Rendimientos

La ineficacia del traslado, determina que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del demandante, que hoy, le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, dada la proximidad del cumplimiento de los requisitos de edad y densidad de semanas para pensionarse de este; y en consecuencia para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P del señor **RODRIGO FERNANDO CUERVO DAMIAN**, implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que debe subsanar **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, con la devolución integral de los dineros recibidos con objeto de los traslados.

Aunado a lo anterior se procederá a adicionar al numeral Cuarto del proveído en estudio por esta Sala, en el sentido de establecer que **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** y deberán retornar a **COLPENSIONES** los pagos ejecutados por comisión de todo orden, las primas por seguros previsionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima, todas esas sumas se devolverán con sus respectivos rendimientos causados de no haberse los traslados, así como la obligación de devolver al demandante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

Se fundamenta esta decisión 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.

Prescripción de la Ineficacia

En lo que respecta a la excepción de prescripción, cabe resaltar 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

traslado de régimen, ello en consideración a que se constitucionalizó el derecho a la Seguridad Social en el artículo 48 de la Carta Política.

Respecto al tema, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, planteó sobre la prescripción de la acción de ineficacia del traslado lo siguiente:

“Sobre el particular, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.

*En efecto, de manera reiterada y pacífica, **la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles.** Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.*

*Dicho de otro modo: **no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración.** De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.*

(...)

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

En conclusión, el derecho a solicitar la Ineficacia del Traslado no tiene término de prescripción por la misma naturaleza intrínseca de los hechos o estados jurídicos que tienen incidencia directa o indirectamente en el derecho a la pensión; así lo determinó la Alta Corporación razón por lo cual, se ha de confirmar la decisión en ese aspecto.

Se impondrán Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, conforme al artículo 365 numeral 1 del C.G.P.

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 Consultada y Apelada N° 227 del 19 de octubre del 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de, **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, los pagos ejecutados por comisión de todo orden, las primas por seguros previsionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima, todas esas sumas se devolverán con sus respectivos rendimientos causados de no haberse dado los traslados, así como la obligación de devolver al demandante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 227 del 19 de octubre del 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, apelantes infructuosos por la suma de \$900.000 cada fondo.

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

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

Despacho 005 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

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:

027e584ecd5d991aea423345ffc2c518a18f244375db13968cb32bcdbb2de042

Documento generado en 11/12/2020 06:49:58 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>