



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

**AUDIENCIA NÚMERO 271**

Juzgamiento

Santiago de Cali, dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA NÚMERO 284**

**Acta de Decisión N° 081**

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° 101 del 13 de marzo del 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MARTHA LILIANA LUCUMI MARULANDA** 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° 76001-31-05-014-2019-00149-01.

**ANTECEDENTES**

La señora **MARTHA LILIANA LUCUMI MARULANDA**, 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 nulidad de su traslado al RAIS con **PORVENIR S.A.**; se ordene su retorno a **COLPENSIONES**; se ordene a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores depositados en su cuenta de ahorro individual y se condene a las demandadas al pago de costas procesales.



Informan los hechos de la demanda que, la actora nació el 01/02/1966; que cotizó 182 semanas, al I.S.S. hoy **COLPENSIONES** desde octubre de 1988 a marzo de 1994; que fue abordada por funcionarios de **PORVENIR S.A.**, quienes le ofrecieron maravillosas ventajas para que se trasladara al mentado fondo; que los argumentos esgrimidos por los funcionarios de **PORVENIR S.A.** consistían en, una pensión anticipada, mejores condiciones económicas por la generación de dividendos que incrementaría su capital, mesada más alta, pensionarse con menos edad y señalaron que el I.S.S. desaparecería perdiendo sus cotizaciones y bonos pensionales.

Que, motivada por las premisas anteriores, se trasladó a **PORVENIR S.A.** el 08/04/1994 y posteriormente se trasladó en el mes de julio de 1995 a **PROTECCIÓN S.A.**, actual AFP a la que cotiza actualmente; que el 17/08/2018, se acercó a **PROTECCIÓN S.A.** con la finalidad de obtener una simulación pensional, calculo que arrojó una mesada pensional de salario mínimo a sus 57 años, mesada que no que correspondía a su IBC, dado que, el mismo era mayor a dos salarios mínimos.

Que solicitó su traslado de régimen ante **COLPENSIONES**, el 10/10/2018, empero, la entidad no accedió a lo pretendido; que contrató a un actuario para la realizar una liquidación estimada de su mesada en el RPMPD, encontrando que lo ofrecido por **PORVENIR S.A.** no era real y recibiría una pensión muy inferior en comparación de la que hubiere percibido de permanecer en el RPMPD.

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

**COLPENSIONES** manifestó que, los hechos 1°, 2°, 7° y 8°; que el hecho 6° y del 9° al 12° son afirmaciones de la contraparte que deben ser probadas y en cuanto a los demás adujo que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las que denominó como: *El traslado del demandante obedeció a su decisión libre y voluntaria y por tanto esta revestido de legalidad y eficacia; Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; Prescripción; La Innominada; Excepción de buena fe; Compensación;*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

*Imposibilidad de condena simultanea de indexación e intereses moratorios e Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas.*

**PROTECCIÓN S.A.** indicó que los hechos 2°, 4° y 12° son ciertos; que el 5° y 6° son parcialmente ciertos; que el 10° y 11° no son ciertos; respecto del resto manifestó que no le constan. Se opuso parcialmente a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo las que denominó como:

*Validez de la afiliación a Protección S.A., Validez del traslado de régimen del RPM al RAIS realizado por la demandante, Buena fe, Inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, Prescripción; Carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen; Inexistencia de engaño y de expectativa legítima, Nadie puede ir en contra de sus propios actos, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, Compensación y la Innominada o genérica.*

**PORVENIR S.A.** por su parte indicó que, el hecho 5° es cierto; que no son ciertos los hechos 4° y 13°; respecto del resto expresó que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló 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.*

### DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia N° 101 del 13 de marzo del 2020, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las demandadas*

*SEGUNDO: DECLARAR la NULIDAD O INEFICACIA de la afiliación de la señora MARTHA LILIANA LUCUMI MARULANDA al RAIS administrado por PORVENIR S.A. realizado en el mes de abril 1994 y el traslado de AFP realizado en el mes de junio del 1995 a PROTECCION S.A. su actual fondo, en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el RPMPD, con los efectos indicados en la parte motiva de la providencia, esto es el traslado*



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

*de todo el capital de la cuenta del afiliado, los rendimientos, gastos de administración y bono pensional, si lo hubiere.*

*TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, aceptar el traslado de la demandante al RPMPD administrado por dicha entidad.*

*CUARTO: COSTAS a cargo de las demandadas PROTECCION S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000 que cada demandada debe pagar a favor de la demandante*

*QUINTO: CONSULTESE la providencia en caso de no ser apelada.*

### RECURSO DE APELACIÓN

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

- El apoderado de **COLPENSIONES** se manifestó frente a la devolución de aportes, solicitando que se tengan en cuenta que estos deben ser indexados, además de los seguros previsionales, porcentajes destinados a los fondos de invalidez y sobre vivencia, los saldos de la cuenta de rezagos que las mismas AFP manejen, los aportes voluntarios y demás; emolumentos no tenidos en cuenta en la sentencia que afectando el principio de la sostenibilidad financiera de **COLPENSIONES**, por lo tanto solicitó modificar o absolver a la entidad de cualquiera de las pretensiones incoadas por la parte actora, indicó que la providencia debe modificarse en el sentido de no imponer cargas económicas pues la entidad a actuado conforme a derecho.
- El apoderado de **PROTECCIÓN S.A.** solicitó que, se revoquen las condenas impuestas a su representada en especial la declaratoria de ineficacia y el traslado de los dineros y conceptos relacionados en el numeral 2; afirmó que no hay lugar a devolver el gasto de administración por falta de causa, pues esta es una comisión que cobran las AFP para administrar los recursos del afiliado y pagar los seguros previsionales a las aseguradoras, descuento debidamente autorizado por la ley que opera en ambos regímenes; que la entidad ha administrado los recursos con la mayor diligencia y cuidado, máxime, que dicha gestión se evidencia en los generosos rendimientos de la cuenta de la demandante.



Que en el evento de mantener la condena de ineficacia y devolución de los aportes de la demandante, únicamente procedería respecto de lo consignado en su cuenta de ahorro individual y los rendimientos, pero no los gastos de administración por tratarse de comisiones ya causadas; si en estricto sentido la consecuencia de la ineficacia es que la demandante nunca se trasladó el contrato nunca existió y por ende nunca **PROTECCIÓN S.A.** debió administrar los recursos, los rendimientos no se causaron y tampoco se debió cobrar la cuota de administración, sin embargo, sobre la base de las restituciones mutuas no se puede desconocer que el bien administrado produjo unas mejoras es decir los rendimientos, entonces la AFP debe conservar los gastos; por ultimo expresó que no hay lugar a condena en costas, pues la entidad actuó de buena fe y conforme a la ley.

- La apoderada de **PORVENIR S.A.** adujo que, no se vulneró ningún derecho de la parte actora, en especial al deber de información, puesto que, la AFP al momento de suscribir el formulario de afiliación le brindó los elementos suficientes y necesarios para la toma de decisión libre, informada y voluntaria; entonces no es de recibo alguno que hoy después de tantos años de haberse afiliado al RAIS, pretenda que se declare la nulidad o la ineficacia cuando la entidad cumplió a cabalidad con la normatividad legal que le asistía para la época es decir la Ley 100 del 93; puesto que, posterior a ella se expedieron en los años 2010 y 2015 la normatividad que genera en cabeza de las AFP brindar una información mas específica y taxativa , leyes que no estaban vigentes al momento de realizar los traslados; que en cabeza de la demandante también recae el deber de informarse de manera diligente y oportuna acerca del sistema y no solo cuando se acerca el siniestro de la vejez, pues lo que le molesta es su valor de mesada y no respecto de la afiliación.

Que con la providencia se incurre un yerro al declarar la ineficacia o nulidad, pues las consecuencias de una u otra son totalmente diferentes, no pudiéndose hacer uso indiscriminado de las mismas; expresó que sin ir en contravía de los intereses de **PORVENIR S.A.**, si se declara la ineficacia es decir retrotraer las cosas a su estado inicial y en ese orden de ideas la entidad nunca le hubiera generado unos rendimientos a la cuenta de la demandante,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

que tampoco sería procedente la devolución de gastos de administración por tratarse de comisiones ya causadas y utilizadas para generar los incrementos de las sumas consignadas producto de la buena fe y diligencia de al AFP; por otro lado si declara la nulidad se debe traer a colación lo reglado en el art. 1746 del C.C. sobre las restituciones mutuas, porque ni siquiera habría lugar a devolver rendimientos ni gastos de administración; aduce que la acción se encuentra prescrita, es decir el acto de afiliación; finalmente que no proceden las costas por que la AFP actuó de manera diligente y de buena fe.

Esta sentencia se conoce en consulta en los términos del artículo 69 del CPTSS, en la medida en que la nación es garante de COLPENSIONES.

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 la señora **MARTHA LILIANA LUCUMI MARULANDA** del RPMPD del **ISS** hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y el posterior traslado a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**; la devolución de sus aportes, rendimientos, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora e indexación.

Descendiendo al caso objeto de estudio en Consulta y Apelación; la Sala debe discernir si **PORVENIR S.A.** y COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, le suministraron a la señora **MARTHA LILIANA LUCUMI MARULANDA**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado; 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 **PORVENIR S.A.** y COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** hacia la señora **LUCUMI MARULANDA**, 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**”.*



*“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, resulta desacertado analizar desde la óptica de las nulidades el presente proceso, pues como se ha planteado, la consecuencia legal de la falta al deber de información es la ineficacia, así lo ha adocinado por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, quedando sin asidero lo manifestado por los apoderados de **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

Tampoco puede concurrir la nulidad y la ineficacia, pues, el ordenamiento jurídico establece como consecuencia la ineficacia frente al traslado desinformado.

En el presente se encuentra en el plenario formato preimpreso genérico de afiliación aportado por la demandada **PORVENIR S.A.**, cabe destacar que, **PROTECCIÓN S.A.** no aportó formulario de afiliación, empero, dichos documentos por si solos son insuficientes para determinar que las AFP'S dieron a conocer la totalidad de las aristas de los correspondientes traslados; 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 de la actora. *(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 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).*

A raíz de lo expuesto, se tiene que **PORVENIR S.A.** y **COLMENA** hoy **PROTECCIÓN S.A.**, no le brindaron a la señora **MARTHA LILIANA LUCUMI MARULANDA**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones de cada traslado y ante la imposibilidad de los fondos de acreditar con material probatorio suficiente e idóneo, el cumplimiento en su debido momento con su deber legal de información y buen consejo para con la demandante, implica que nunca lo acataron, configurándose la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico los traslados realizados por la actora, bajo la ficción jurídica de que la misma nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

estuvo afiliada al RPMPD; resultando imprósperas las apelaciones de **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

**Devolución de Gastos de Administración y Rendimientos**

La ineficacia del traslado, determina que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos de la demandante, que hoy, le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, dada la proximidad al cumplimiento del requisito de edad para pensionarse de esta; y en consecuencia para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P de la señora **MARTHA LILIANA LUCUMI MARULANDA**, 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 adicionar al numeral Segundo del proveído en estudio por esta Sala, en el sentido de establecer que **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** deberán retornar a **COLPENSIONES** la totalidad de aportes, bono pensional si lo hubiere, junto al pago por comisión de todo orden, con la devolución de gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993; así como los seguros previsionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima, sumas con sus rendimientos causados de no haberse dado los traslados, así como la obligación de devolver a la actora las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, 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.

Prosperando la apelación propuesta por el apoderado de **COLPENSIONES** en este aspecto, respecto a la solicitud de indexación de las sumas a trasladar vale decir que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación que pudiere haberse generado.



### 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 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.



Finalmente, en cuanto a las costas procesales, se tiene que esta es una condena preceptiva que se impone a la parte que pierde el proceso y/o le resulta desfavorable el recurso de apelación conforme al artículo 365 numeral 1 del C.G.P., razón por la cual no está llamada a prosperar la apelación de las demandadas. Se impondrán Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, este último al oponerse a través de su apoderado judicial de forma general a las condenas impuestas a su representada.

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

#### RESUELVE:

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 101 del 13 de marzo del 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de, **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por la señora **MARTHA LILIANA LUCUMI MARULANDA** del RPMPD administrado por el I.S.S. hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al RAIS regentado por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el posterior traslado entre AFP'S del RAIS con COLMENA hoy **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

**Y ADICIONAR**, 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**, la totalidad de aportes, bono pensional si lo hubiere, junto al pago por comisión de todo orden, con la devolución de gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993; así como los seguros previsionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima, sumas con sus rendimientos causados de no haberse dado el

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

traslado, así como la obligación de devolver a la actora las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, 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° 101 del 13 de marzo del 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**. Como Agencias en derecho en segunda instancia se establece la suma de \$900.000, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la demandante.

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

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

**Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:**

**CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**

Art. 11 Dec. 491/28-03-2020  
**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:

**c39c02a13a519d4ae9f04f208665750b4c54c191863f024e410b4eb55dfb63f0**

Documento generado en 18/12/2020 10:59:18 a.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

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