



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

AUDIENCIA NÚMERO 007

Juzgamiento

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 007

Acta de Decisión N° 003

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 QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**, proceden a dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Consulta y Apelación de la sentencia N° 49 del 13 de febrero del 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **LUZ STELLA PALACIO SALGADO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, bajo la radicación N° 76001-31-05-015-2018-00267-01.

ANTECEDENTES

La señora **PALACIO SALGADO**, por conducto de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** con el objeto de que se declare la nulidad de sus traslados al RAIS administrado actualmente por **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**; se ordene su regreso al RPMPD regentado por **COLPENSIONES**; se ordene a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de las sumas depositadas 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 15/11/1959; que cotizó 541 semanas en el ISS, desde el 24/04/1984 al 31/12/1998 y 1463 semanas en total al sistema; que recibió invitaciones a reuniones, llamadas telefónicas y obsequios de los funcionarios de **PROTECCIÓN S.A.**, quienes le ofrecieron maravillosas ventajas de trasladarse entre las cuales estaban, posibilidad de pensionarse anticipadamente, mejores condiciones económicas, mesada mas alta y finalmente expresaron que el ISS desaparecería y perdería sus cotizaciones y bonos pensionales.

Que se trasladó en diciembre de 1998 a **PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente a **PORVENIR S.A.** en octubre del 2000; que respecto del ultimo traslado el asesor de **PORVENIR S.A.** reafirmó lo expresado en acápite anterior; que conoció de la insatisfacción de varias personas que se pensionaron en condiciones desfavorables en el RAIS y por ello en el 2018 solicitó ante **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, su traslado de régimen, no obstante, recibió obstáculos ante las exigencias de trámite de las AFP.

Que en marzo del 2018, solicitó simulación pensional ante **PORVENIR S.A.** y un liquidador privado, cálculos que arrojaron que su mesada en el RAIS seria considerablemente inferior a la que le reconocerían en el RPMPD; de lo anterior refiere que, las condiciones ofrecidas por **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, al momento de efectuar su vinculación no son reales y constituyen un engaño.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES manifestó que, es cierto el hecho 1°; que son parcialmente ciertos el 4°, 6° y 7°; respecto de los demás señaló que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las que denominó como: *Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; Prescripción; La Innominada y Buena fe.*

PORVENIR S.A. por su parte indicó que, son parcialmente ciertos los hechos 4°, 6° y 7°; que no es cierto parcialmente el 9°; que

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

el 5°, 8° y 10° no son ciertos; en cuanto al resto señaló 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.*

PROTECCIÓN S.A. expresó que, el hecho 1° debe ser demostrado con prueba idónea; que el 4° es cierto; que es parcialmente cierto el 2°, que no le constan parcialmente el 2° y 7°, y totalmente el 5° y 6°; respecto del resto manifestó que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo las que denominó como: *Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, Validez del traslado de la actora al RAIS, Compensación, Buena fe de la entidad demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Innominada o genérica.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia N° 49 del 13 de febrero del 2020, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probadas la totalidad de las excepciones propuestas por los demandados.

SEGUNDO: DECLARAR la NULIDAD O INEFICACIA del traslado que efectuara la demandante del RPMPD administrado por el ISS al RAIS administrado inicialmente por Porvenir, del 30/12/1998, el consecuente traslado del 24/11/1999 a Protección y de Protección a Porvenir del 13/09/2000.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES vincular válidamente a la demandante en el RPMPD.

CUARTO: CONDENAR a Porvenir, ultimo fondo que tiene los dineros de la demandante, a devolver a Colpensiones todos los dineros de la cuenta de ahorro individual, junto con el valor de los respectivos bonos pensionales, si los hubiera, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio.

QUINTO: COSTAS a cargo de la demandada Porvenir, como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000 a favor de la demandante

RECURSO DE APELACIÓN



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

- La apoderada de **COLPENSIONES** solicitó que, se ordene a **PROTECCIÓN S.A.** devolver gastos de administración, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales se descuentan del aporte del trabajador, par salvaguardar el principio de sostenibilidad financiera del sistema.
- La apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a la entidad, toda vez que, en el proceso lo que se demandó fue la nulidad de la afiliación no la ineficacia, entonces conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el efecto de la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad; teniendo en cuenta que, la pretensión es de nulidad y al contestar la demanda los argumentos esgrimidos fueron encaminados a desvirtuar una nulidad y no una ineficacia violándose su derecho de defensa a su representada, por cuanto en el proceso no existe ninguna causal de nulidad absoluta y la nulidad relativa en los términos del código civil habría sido saneada, no habiendo lugar a decretar la misma, puesto que, la actora ejecuto de forma voluntaria todas las obligaciones del acto jurídico por lo cual saneó cualquier irregularidad que hubiere existido con el paso del tiempo.

Que en el proceso si se logró demostrar que la demandante recibió la información por parte de **PORVENIR S.A.** en el año 98, debido a que, en el interrogatorio de parte, la actora afirma conocer que sus aportes generan unos rendimientos, que podía hacer aportes voluntarios para mejorar su pensión, que sus portes podían heredarse, que le llegaban sus rendimientos; que sus actos ratifican su deseo de permanecer al RAIS al trasladarse varias veces hasta terminar en **PORVENIR S.A.**, siendo un persona totalmente facultada y con el deber también de informarse de las decisiones tomadas, no demostrándose en el proceso el cumplimiento de dicha carga en cabeza de la actora, máxime por su calidad de docente universitaria, entonces el desconocimiento de la ley no la exime.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Si se declara la ineficacia es decir retrotraer las cosas a su estado inicial y en ese orden de ideas la entidad no hubiera administrado los recursos ni le hubiera generado unos rendimientos a la cuenta de la demandante, no habiendo lugar a devolver estos últimos, por cuanto nunca se hubieran generado; si se entregan los rendimientos no entiende porque se deben devolver los gastos de administración, pues haciendo uso de este porcentaje fue que administró los recursos generando los rendimientos, que también se pagaron los seguros y la actora estuvo cubierta en las contingencias de invalidez o muerte, no habiendo lugar a su retorno, sumas que también son descontadas en Colpensiones, entonces se generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de la actora y Colpensiones al devolver dichas sumas, pues ya no es necesario cubrir contingencias de años que ya pasaron, puesto que, la entidad actuó de buena fe y de manera objetiva.

Esta sentencia se conoce en consulta por ser adversa a Colpensiones, respecto de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

En segunda instancia se corrió traslado a las partes para que aleguen de conclusión conforme a lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto Legislativo No 806 de 2020.

CONSIDERACIONES DE LA SALA**Caso Concreto**

Encuentra la Sala que se circunscribe el problema jurídico en establecer si es procedente o no la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por la señora **LUZ STELLA PALACIO SALGADO** del RPMPD del **ISS** hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** luego a **ING** hoy **PROTECCIÓN S.A.** y nuevamente a **PORVENIR S.A.**; la 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 **PORVENIR S.A.** e **ING** hoy **PROTECCIÓN S.A.**,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

le suministraron a la señora **LUZ STELLA PALACIO SALGADO**, 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 **PORVENIR S.A.** e ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** hacia la señora **PALACIO SALGADO**, 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**”*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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,***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."

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

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 y 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.**

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

En el presente se encuentra en el plenario formatos preimpresos genérico de afiliación aportados 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 los mentados documentos no exhiben una comprensión integral del acto de cada 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*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 susodicha 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).

Respecto del interrogatorio de parte rendido por la demandante; se logra entrever que esta no conocía los posibles efectos negativos de trasladarse de régimen y su posterior permanencia en el RAIS, solo expresó

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

someramente algunos beneficios que le ofrecieron para trasladarse, como posibilidad de aportes voluntarios, rendimientos y que lo depositado en su cuenta de ahorro individual es heredable; demostrándose en conclusión sin lugar a dudas que la actora no recibió la debida información de manera oportuna, completa y veraz de los traslados acontecido con **PORVENIR S.A.**

A raíz de lo expuesto, se tiene que **PORVENIR S.A.** e **ING hoy PROTECCIÓN S.A.**, no le brindaron a la señora **LUZ STELLA PALACIO SALGADO**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones de cada traslado (*de Colpensiones a Porvenir el 01/02/1999, de Porvenir a ING hoy Protección el 01/01/2000, de Protección a Porvenir el 13/09/2000, pág. 238 expediente digital*) 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 estuvo afiliada al RPMPD; resultando impróspera la apelación de **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, dado el 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 demandante, implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que debe subsanar **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, con la devolución integral de los dineros recibidos con objeto de los traslados.

Aunado a lo anterior se procederá adicionar al numeral Cuarto del proveído en estudio por esta Sala, en el sentido de establecer que **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** deberán retornar a **COLPENSIONES** la totalidad de aportes, junto al pago por comisión de todo orden 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN 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 la apoderada de **COLPENSIONES** en este sentido.

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.

Costas en esta instancia a cargo de **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: MODIFICAR el numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 49 del 13 de febrero del 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de, **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por la señora **LUZ STELLA PALACIO SALGADO** del RPMPD administrado por el ISS hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al RAIS regentado por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y los posteriores traslados entre AFP'S del RAIS con ING hoy **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y nuevamente a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: MODIFICAR Y ADICIONAR al numeral Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 49 del 13 de febrero del 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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**, gastos de administración a cargo de su propio patrimonio, la totalidad de aportes, junto al pago por comisión de todo orden, el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima, bonos pensionales si los hubiere, los pagos por seguros previsionales, 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 **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, confirmar en lo demás dicho numeral.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 49 del 13 de febrero del 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Como Agencias en derecho en segunda instancia se establece la suma de \$900.000 en favor de la demandante.

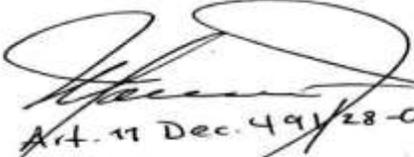
QUINTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de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

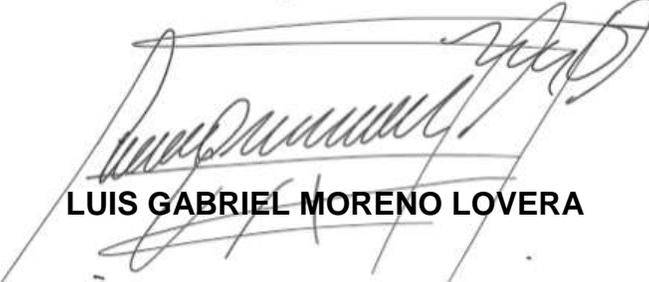
NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO VIRTUAL EFICAZ

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ




Art. 11 Dec. 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:

1f12cae2cccdeb329d31b102c0766b88a6805f1345e8241436c7ebea89159dbe

Documento generado en 22/01/2021 10:14:15 AM

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