TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

AUDIENCIA NÚMERO 011

Juzgamiento

Santiago de Cali, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 013
Acta de Decisión N° 006

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° 237 del 28 de agosto del 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MARIA DEL PILAR SANTAMARIA SUAREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, bajo la radicación N° 76001-31-05-014-2018-00448-01.

ANTECEDENTES

La señora **SANTAMARIA SUAREZ**, por conducto de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia contra **COLPENSIONES**, **PORVENIR S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.** con el objeto de que se declare la nulidad absoluta del contrato por medio del cual se trasladó del RPMPD al RAIS con **PORVENIR S.A.**; se declare la nulidad absoluta de las afiliaciones suscritas con COLMENA posteriormente ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.**; se condene a **COLPENSIONES**, aceptar su traslado del

RAIS regentado por **PORVENIR S.A.**; se condene a **PORVENIR S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES** todos sus aportes, cuotas de administración y rendimientos; finalmente que se condenen a las demandadas al pago de costas procesales.

Informan los hechos de la demanda que, la actora nació el 25/09/1957; que se encontraba afiliada al ISS hoy **COLPENSIONES** desde febrero de 1987 hasta febrero de 1993; manifiesta que se presentaron en su lugar de trabajo asesores de **PORVENIR S.A.** sugiriéndole que se trasladar a dicho fondo aduciendo que recibiría una pensión superior en comparación a la que recibiría en el ISS; que los promotores le indicaron que el ISS se liquidaría y su futuro pensional estaría en riesgo y el saldo que tenía en el fondo no sería entregado a sus herederos pero en **PORVENIR S.A.** sí sería posible.

Que similar situación se presentó con **PROTECCIÓN S.A.** deviniendo en el traslado en noviembre de 1998, por exigencia de su empleador y expresó que accedió pensando en mejorar su condición pensional; que en marzo del 2001 y hasta junio del 2002, debió trasladarse nuevamente a **PORVENIR S.A.** previo requerimiento de su nuevo empleador y así mismo aduce que se presentó traslado en julio del 2002 a julio del 2014 con **COLFONDOS S.A.** y posteriormente retornó a **PORVENIR S.A.** en mayo 2014.

Señala que no se le informó por parte de **PORVENIR S.A.** de manera completa y clara sobre las implicaciones y consecuencias del cambio de régimen y finalmente indicó que de estudio realizado por **PORVENIR S.A.**, se estableció que recibiría una pensión inferior a sus ingresos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES manifestó que son ciertos los hechos 1° y 2°; que el 13° es una pretensión y respecto del resto señaló 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, Imposibilidad de condena simultanea de indexación e intereses moratorios e Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas.

COLFONDOS S.A. señaló que es parcialmente cierto el hecho 7° y 8°; que no es un hecho el 9°; que no es cierto el hecho 10° y 13°; en cuanto a los demás adujó que no le constan. Se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las que denominó como:

Validez de la afiliación a Colfondos S.A.; Ratificación del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia de los traslado entre AFP´S realizados por la demandante; Buena fe; Inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho; Carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen; Inexistencia de engaño y de expectativa legitima; Nadie puede ir en contra de sus propios actos; Compensación y la Innominada o genérica,

PROTECCIÓN S.A. indicó que no son ciertos los hechos 5°, 9° y 10°; en cuanto a los demás manifestó no constarles. Se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las que denominó como: *Validez del traslado del actor a Protección; Ratificación de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas; Prescripción; 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. por su parte adujó que son ciertos los hechos 1°, 6°, 7° y 12°; que no le consta el 13°; respecto del resto expresó que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y como excepciones de fondo impetró las que denominó como: *Prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, Falta de causa para pedir-Inexistencia de la obligación, Buena fe y la Innominada.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia N° 237 del 28 de agosto 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 e Ineficacia de la afiliación de la señora María del Pilar Santamaría Suarez, identificada con la cédula de ciudadanía No. 35.462.011 al régimen de ahorro individual administrado por AFP Protección S.A. realizado en el mes de febrero de 1996, el traslado de AFP realizado a ING hoy Protección S.A en el mes de septiembre de 1998, el traslado de AFP realizado en el mes de marzo de 2001 a Porvenir S.A., el traslado de AFP realizado a Colfondos S.A. en el mes de mayo de 2002 y el traslado de AFP de realizado en el mes de marzo de 2014 a Porvenir S.A, su actual fondo. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, con los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- Ordenar a Colpensiones aceptar el traslado del señora María del Pilar Santamaría Suarez, identificada con la cédula de ciudadanía No. 35.462.011, al régimen de prima media con prestación definida administrada por dicha entidad.

Cuarto: Costas a cargo de la demandada Porvenir SA. Colfondos S.A, Protección S.A Y Colpensiones y como agencias en derecho se fija la suma de $1.000.000 que cada demandada debe pagar a favor de la parte 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 bajo las siguientes premisas:

El apoderado de **COLPENSIONES** manifestó su inconformidad respecto de la devolución de los dineros o capital de la demandante; que dichos emolumentos gozan de una amplitud mayor y el juez no los esgrimió todos, ejemplo la cuenta de rezagos y otros tipos de seguros que no se tuvieron en cuenta, denotando una afectación económica a la entidad y solicitó modificar o absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

La apoderada de **PORVENIR S.A.** indicó su ratificación en los argumentos esgrimidos en la contestación y excepciones; expresa que no se acreditó que la demandante fuera presionada o engañada al momento de suscribir el contrato lo que permitiera concluir que su consentimiento estuviera viciado por error de derecho, fuerza o dolo; que durante todo el tiempo que la actora estuvo afiliada la entidad obró de buena fe y con estricta sujeción a la ley; que la asesoría se dio de forma verbal integral y completa; afirma que la afiliación se reputa valida debido a que solo basta con la firma en el formulario de afiliación como se dejó

plasmado en el documento aportado, resultando en un acto valido; que en caso de decretarse la nulidad, solo sería procedente la devolución de aportes y rendimientos; que no es viable la condena en costas, porque la entidad actuó conforme a la ley y no existió vicio en el consentimiento.

Esta sentencia se conoce en grado de competencia funcional de consulta por ser adversa a Colpensiones, respecto de la cual es garante la Nación (art. 69 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 declarar de ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por la señora **MARIA DEL PILAR SANTAMARIA SUAREZ** del RPMPD del **ISS** hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PROTECCIÓN S.A.** y los posteriores traslados dentro del RAIS con COLMENA e ING que hoy son **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**; junto con el traslados de los recursos causados por la demandante en el RAIS, prescripción y costas procesales.

Descendiendo al caso objeto de estudio en Consulta y Apelación; la Sala debe determinar si **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** le suministraron a la señora **SANTAMARIA SUAREZ**, 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 las AFP´S del RAIS hacia la señora **SANTAMARIA SUAREZ**, 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 tanto ventajas como desventajas, 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 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 adoctrinado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral.

Respecto del formulario de afiliación aportado por las demandadas y suscrito entre la demandante y las AFP **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** es menester destacar que, 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)

De lo anterior se extrae que, la simple firma en este tipo de documentos no exhibiría una comprensión integral del acto del traslado por parte de la actora; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación, puesto que, la aquí demandante debe conocer la totalidad de las aristas de sus traslados o por lo menos las más relevantes que tienen incidencia tanto positiva como negativamente en su derecho prestacional a futuro, situación que no se presentó. *(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 Corte ha sido enfática y ha establecido que les corresponde a los fondos de pensiones demostrar y acreditar las actuaciones encaminadas a que la actora conociera las implicaciones de sus traslados, veamos:

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)*

Ahora bien, la regulación normativa entornó al derecho a la información está tipificada en las siguientes normas aplicables al caso a manera informativa:

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 ampliamente expuesto, se tiene que las AFP´S del RAIS, no le brindaron a la señora **MARIA DEL PILAR SANTAMARIA SUAREZ**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones de cada traslado que a continuación se relacionan conforme a reporte de Asofondos que obra al plenario:

TIPO DE TRASLADO	*ENTIDAD ORIGEN*	*ENTIDAD RECEPTORA*	*FECHA EFECTIVA DEL TRASLADO*
Traslado de régimen	***(ISS) COLPENSIONES***	***PROTECCION***	***01/03/1996***
Traslado de AFP	***PROTECCION***	***(COLMENA) PROTECCION***	***01/11/1998***
Traslado de AFP	***(ING) PROTECCION***	***PORVENIR***	***01/05/2001***
Traslado de AFP	***PORVENIR***	***COLFONDOS***	***01/07/2002***
Traslado de AFP	***COLFONDOS***	***PORVENIR***	***01/05/2014***

Y ante la imposibilidad de las demandadas **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** de acreditar con material probatorio

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 el traslado de régimen primigenio y los posteriores traslados efectuados por la actora, bajo la ficción jurídica de que la misma nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD.

Devolución de Gastos de Administración y Rendimientos

La ineficacia 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 la actora; y en consecuencia para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P de la señora **MARIA DEL PILAR SANTAMARIA SUAREZ**, implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que deben subsanar **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS 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 el sentido de establecer que **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** deberán retornar a **COLPENSIONES** la totalidad de aportes efectuados por la demandante, bono pensional si lo hubiere, gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, así como los pagos ejecutados por comisión de todo orden, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas con sus respectivos 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.**, **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS 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 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.

Finalmente, respecto de la condena en costas procesales de primera instancia, 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., entonces **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** al ostentar la calidad de vencidas hay lugar a dicha condena, razón por la cual se dejara incólume esta parte de la decisión.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, conforme a la preceptiva legal antes citada.

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 PARCIALMENTE el numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 237 del 28 de agosto del 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por la señora **MARIA DEL PILAR SANTAMARIA SUAREZ** del RPMPD administrado por el I.S.S. hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al RAIS regentado por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y los posteriores traslado entre AFP´S del RAIS con COLMENA e ING que hoy son **PROTECCIÓN S.A.**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

Y ADICIONAR en el sentido de, **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la totalidad de aportes efectuados por la demandante, bono pensional si lo hubiere, gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q)

y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, así como los pagos ejecutados por comisión de todo orden, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas con sus respectivos 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.**, **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, confirmar dicho numeral en lo demás.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 237 del 28 de agosto del 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, como agencias en derecho de segunda instancia se estipula la suma de $900.000 cada una y en favor de la demandante.

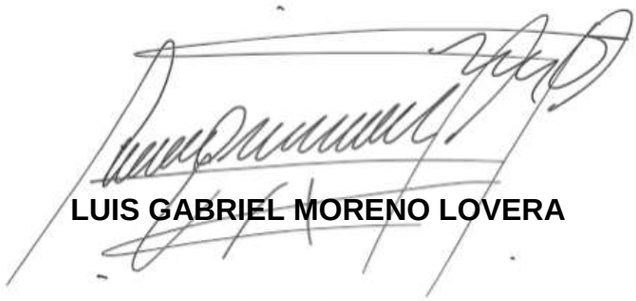
CUARTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de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

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:
c70cebad1c9321b49b54ce1ef11679831ed514a2bbbc563feb133bbac32a440d
Documento generado en 29/01/2021 10:34:26 AM

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