



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

AUDIENCIA NÚMERO 069

Juzgamiento

Santiago de Cali, doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 069

Acta de Decisión N° 020

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° 146 del 01 de octubre del 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **GONZALO ALFONSO ARISTIZABAL VASQUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** bajo la radicación N° 76001-31-05-017-2019-00682-01.

ANTECEDENTES

El señor **ARISTIZABAL VASQUEZ**, pretende por vía judicial que se declare la ineficacia del traslado efectuado al RAIS con **PROTECCIÓN S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez acepte, los recursos depositados en su cuenta de ahorro individual; se declare que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**; finalmente solicitó que se condene en costas procesales a **PROTECCIÓN S.A.**



Informan los hechos relevantes de la demanda que, el actor nació 28/10/1953 y empezó a cotizar al RPMPD en el año 1981; que en septiembre del 2003, fue visitado por asesores de **PROTECCIÓN S.A.**, en su lugar de trabajo y le manifestaron con el ánimo de convencerlo de trasladarse que, su pensión dependería del promedio de sus ingresos de sus últimos años de aportes o toda la vida, que podría retirar saldos acumulados de su cuenta a discreción, que la pensión se incrementaría de forma anual y que el ISS desaparecería.

Afirma que, **PROTECCIÓN S.A.** le omitió exponer un plan pensional, condiciones de redención de bono pensional, modalidades pensionales en el RAIS, administración de las pensiones, financiación del sistema entre otros; que firmó formulario de afiliación con **PROTECCIÓN S.A.** el 01/09/2003.

Que el 16/03/2018, se acercó a **PROTECCIÓN S.A.** con el fin de solicitar su reconocimiento de la pensión de vejez, sin embargo, la entidad manifestó de forma verbal que la prestación no puede ser reconocida hasta tanto no se paguen los bonos pensionales, que en la modalidad de retiro programado su mesada ascendería a \$4.800.000 y en renta vitalicia sería un poco menos siempre y cuando las aseguradoras quieran aceptarlo como pensionado.

En vista de lo anterior, aduce que al no cumplirse con lo prometido por el fondo, solicitó la anulación de su trámite pensional el 07/08/2019 vía internet como también la documentación consistente en formulario de afiliación, historia labora entre otros; que el 10/09/2019, **PROTECCIÓN S.A.** entregó algunos de los documentos solicitados; finalmente indica que elevó solicitud de nulidad de traslado ante **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, a lo que esta última se negó y la primera no ha dado respuesta a la fecha.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES manifiesta que es cierto el hecho 1°; que es parcialmente cierto el 13° y respecto del resto indica que no le constan. Se opuso parcialmente a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Falta de legitimación en la causa, Inexistencia de la obligación, Ausencia de vicios del consentimiento del traslado, Buena fe de la entidad demandada, Prescripción trienal y Prescripción de la acción.

PROTECCIÓN S.A. por su parte aduce que son ciertos los hechos 4°, 5°, 7°, 8° y 9°; que no es cierto el 2°, 3°, 6° y 12°; que el 14 no es un hecho; en cuanto a los demás expresa que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito:

Validez de la afiliación a Protección S.A., 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 se afecta derechos de terceros de buena fe, Compensación y la Innominada o Genérica.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La profesional del derecho, la Doctora Aurora Martínez Arango, Procuradora 28 Judicial II, mediante escrito y en audiencia se limitó a expresar que en virtud de la carga dinámica de la prueba le correspondía al fondo privado del RAIS Protección, probar que cumplió con el deber de información con transparencia máxima, de forma completa y comprensible conforme a los requisitos legales; adicionalmente esgrime como excepción: *Prescripción.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 146 del 01 de octubre del 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señor GONZALO ALFONSO ARISTIZÁBAL VÁSQUEZ , de condiciones civiles conocidas en autos, con PROTECCIÓN S.A., en el año 2003, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del señor GONZALO ALFONSO ARISTIZÁBAL VÁSQUEZ, de condiciones civiles conocidas en el plenario, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo al patrimonio propio de PROTECCIÓN S.A. este último rubro y por todo el tiempo que permaneció afiliado el actor con el RAIS.

CUARTO: ORDENAR que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida del señor GONZALO ALFONSO ARISTIZÁBAL VÁSQUEZ de condiciones civiles conocidas en el plenario, la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a PROTECCIÓN S.A., por haber sido vencida en juicio, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente al momento del pago, a favor del demandante y a cargo de la demandada.

SEXTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de la condena en costas, de conformidad con lo expuesto en las motivaciones que anteceden.

SEPTIMO: DISPONER la remisión de este expediente en CONSULTA ante el Superior Jerárquico Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Sala de Decisión Laboral- al haberse impuesto condena en contra de COLPENSIONES.

OCTAVO: DISPONER el envío del oficio ante el MINISTERIO DEL TRABAJO y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO informando sobre la remisión de este expediente en Consulta ante el Superior.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo resuelto en primera instancia, el apoderado judicial de **PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación contra el proveído bajo los siguientes argumentos:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Difiere y solicita que se revoque el numeral Tercero del proveído en lo que respecta a los gastos de administración, que el 0.5% se descuenta del IBC y va dirigido al fondo de pensión de garantía mínima del RAIS y un 3% se destina a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguro de FOGAFIN y la prima de seguro de invalidez y sobrevivencia; descuentos realizados conforme a la ley 100 de 1993 con el objeto de financiar el sistema pensional del RAIS, necesarios para el manejo de la cuenta de ahorro individual de cada afiliado permitiendo la reinversión de los mismos, para que cada afiliado reciba los rendimientos generados los cuales acrecientan sus cuentas; por tanto no cabría la condena de gastos de administración porque se tratan de comisiones ya causadas descuentos realizados conforme a la ley; que el art 1746 del C.C. regula las restituciones mutuas de los intereses, frutos o mejoras, debe entenderse que cuando se declara la ineficacia el demandante debe retornar los rendimientos a la AFP, porque la entidad no hubiera administrado los recursos no se causaron los gastos de administración entonces tampoco se generaron los rendimientos, prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse; que los gastos de administración no forman parte de la cuenta de ahorro individual y por lo tanto estarían sujetos a prescripción.

En segunda instancia las partes presentaron alegatos de conclusión que corresponde a lo debatido en primera instancia y en el contexto de esta sentencia se da respuesta a los mismos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA**Cuestión Preliminar**

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

Caso Concreto

Encuentra la Sala que se circunscribe el problema jurídico en establecer si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **GONZALO ALFONSO ARISTIZABAL VASQUEZ** del RPMPD del ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PROTECCIÓN S.A.** y como secuela de lo anterior la transferencia de los recursos

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

causados por el demandante en el RAIS tales como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros y estudio de la prescripción.

Descendiendo al caso objeto de estudio en Consulta y Apelación; el eje central estriba en determinar si **PROTECCIÓN S.A.** le suministró al señor **ARISTIZABAL VASQUEZ**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado; información que le permitiera conocer adecuadamente sus 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 la mentada AFP hacia el demandante, 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 al actor y su 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.”

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*“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 desfavor 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 dicho efecto, consagrado 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, debido a que las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado sus efectos positivos y negativos, 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 nuestro órgano de cierre ordinario 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***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 insanable 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 y sus particularidades exceptuando sus consecuencias prácticas, puesto que, el objeto del litigio versa en determinar la procedencia de la ineficacia de un traslado de régimen pensional producto de la omisión información de manera oportuna como antesala a la afiliación.

Del formulario de afiliación suscrito entre el demandante y la demandada regente del RAIS, se tiene que la jurisprudencia dicta lo siguiente:

“(...) 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 del actor; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación, puesto que, el aquí demandante debe conocer todas las aristas y efectos de su traslado y posterior permanencia en el RAIS. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

De la carga de la prueba, la Corte ha establecido que les corresponde a los fondos de pensiones demostrar y acreditar las actuaciones

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

encaminadas a que los potenciales afiliados conocieran las implicaciones de su traslado, 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)*

De la regulación entornó al derecho de información, se tiene que la misma 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 los derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse.

De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d).

A raíz de lo copiosamente expuesto, se tiene que **PROTECCIÓN S.A.**, no le brindó al señor **GONZALO ALFONSO ARISTIZABAL VASQUEZ**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen efectuado el **01/09/2003** conforme a reporte de Asofondos que obra en el sumario y ante la imposibilidad de la AFP privada de acreditar con material probatorio idóneo, el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con el demandante implica que nunca lo acató, configurándose la

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

ineficacia, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen efectuado por el actor, bajo la ficción jurídica de que el mismo nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

Devolución de Gastos de Administración y Rendimientos

La ineficacia determina que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del demandante, que hoy, le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, dado el cumplimiento del requisito de edad para pensionarse del actor y en consecuencia para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P del señor **GONZALO ALFONSO ARISTIZABAL VASQUEZ**, implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que debe subsanar **PROTECCIÓN S.A.**, con la devolución integral de los dineros recibidos con objeto del traslado.

Aunado a lo anterior se procederá adicionar al numeral Tercero del proveído en estudio, en el sentido de establecer que **PROTECCIÓN S.A.** deberá retornar a **COLPENSIONES**, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los pagos ejecutados por comisión de todo orden, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante, devolver al demandante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **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; todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común.

Prescripción

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 Corporación de cierre.

De los gastos de administración que se ordenaron retornar a **COLPENSIONES**, se tiene que, son emolumentos que se generan en ambos regímenes y bajo los efectos de la ineficacia dichas sumas debieron ser descontadas por la administradora del RPMPD para la gestión del fondo común que va encaminado al reconocimiento de las prestaciones en el mentado régimen; siendo por conexidad imprescriptibles y de no ordenarse su restitución al fondo

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

primigenio generaría un detrimento en el patrimonio de **COLPENSIONES** en favor de **PORVENIR S.A.** entidad última que se le impone dicha condena con cargo a su propio patrimonio por la omisión al deber de información, razón por la cual se ha de confirmar la decisión del juez en ese aspecto.

pierde el proceso y/o le resulta desfavorable el recurso de apelación conforme al artículo 365 numeral 1 del C.G.P., sin consideraciones de orden subjetivo, por lo cual es acertado lo resuelto por el A quo respecto de esta condena en cabeza de **COLPENSIONES**, razón por la cual se confirmará esta parte de la decisión.

Costas en esta instancia a cargo del apelante infructuoso **PROTECCIÓN S.A.**, conforme al artículo 365 numeral 1 del C.G.P.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR al numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 146 del 01 de octubre del 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el valor del pago de las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los pagos ejecutados por comisión de todo orden, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante, devolver al demandante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PROTECCIÓN S.A.**, confirmar en lo demás.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada N° 146 del 01 de octubre del 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** por la suma de \$1.000.000 en favor del 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.

QUINTO: Por secretaría remítase copia de esta providencia a los correos registrados por las partes y apoderados. Déjese constancia en el expediente digital de esta remisión.

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. 49128-03-2020
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

LUIS GABRIEL MORENO LOVERA



Firmado Por:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

Despacho 005 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

643ad59346f2575aca706288a00fbc6b1ef7e7b231563e9f6ec0403e2f536c5a

Documento generado en 12/03/2021 08:33:08 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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