TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

AUDIENCIA NÚMERO 073

Juzgamiento

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

SENTENCIA NÚMERO 073
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° 151 del 22 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **RINA GRU CRESLER** 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° 76001-31-05-018-2019-00119-01.

ANTECEDENTES

La señora **GRU CRESLER** pretende vía judicial que, se declare la nulidad o ineficacia de su traslado efectuado del RPMPD al RAIS; como secuela de lo anterior asumir como única afiliación la realizada con el RPMPD administrado por **COLPENSIONES**; se condene a **PROTECCIÓN S.A.** retornar a **COLPENSIONES**, cotizaciones, bono pensional, frutos, intereses, rendimientos y gastos de administración; finalmente solicitó que se condenen en costas procesales a las demandadas.

Informan los hechos relevantes de la demanda que, la actora nació el 02/03/1968; que se afilió al RPMPD administrado por el ISS, en marzo de 1991 y cotizó 332 semanas; que en junio de 1999, solicitó ante **PORVENIR S.A.** su traslado al RAIS; posteriormente el 05/11/2003, se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.**

Afirma que, se trasladó a las AFP privadas motivada por la información suministrada por los asesores, la cual consistía en que el ISS quebraría y con los fondos privados se podría pensionar con un monto mayor de manera anticipada; que al momento de efectuarse los traslados no se le dio información respecto de proyección pensional, condiciones para el disfrute pensional y las consecuencias del traslado; aduce que el ISS hoy **COLPENSIONES** no le brindó asesoría o información del traslado.

Que **PROTECCIÓN S.A.**, no le proporcionó información alguna antes de faltarle 10 años para cumplir los 57 años, con el fin de tomar la decisión de continuar en el RAIS o regresar al RPMPD; que el 14/11/2018, elevó derecho de petición ante **PROTECCIÓN S.A.** con el fin de obtener historia laboral, información de bono pensional y proyección pensional; que **PROTECCIÓN S.A.**, mediante misiva del 23/11/2018 le entregó la documentación solicitada; que la proyección emitida por su actual AFP, se calculó que la mesada a recibir en el RPMPD seria ostensiblemente más alta; manifiesta que, al sentirse engañada por **PROTECCIÓN S.A.**, el 17/01/2019 radicó ante **COLPENSIONES** solicitud de traslado de régimen, no obstante, la entidad se negó acceder a lo pretendido.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES expresa que son ciertos los hechos 1°, 2°, 7°, 8°, 26°, 27° y 31°; que no es cierto el 6°; que son réplicas de la apoderada de la contraparte el 11°, 21°, 22°, 24°, 28° y 30°; respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *Inexistencia de la obligación y Carencia del derecho, Cobro de lo no debido, Prescripción, la Innominada, Buena fe, Compensación y la Genérica*

PROTECCIÓN S.A. manifiesta que son ciertos los hechos 17° y 18°; que no son ciertos los hechos del 11° al 14°, 16°, del 20° al 22°, 24° y 29°; que son apreciaciones subjetivas de la contraparte el 23°, 25°, 28° y 30°; en cuanto a los demás señala que no le constan. Se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito: *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 cesantía Protección S.A. y la Innominada o Genérica.*

PORVENIR S.A. por su parte expresa que del hecho 1° al 5° y 9° son ciertos; que no son ciertos de forma parcial del 11° al 14° y 29°; que no es cierto el 21°, 24° y 30°; respecto del resto indica que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de fondo: *Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.*

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PUBLICO

La profesional del derecho, la Doctora Rosmira Guevara Arboleda, Procuradora 8 Judicial I, mediante escrito se limitó a expresar que en virtud de la carga dinámica de la prueba le correspondía al fondo privado del RAIS Porvenir, 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: *No procede condena en costas a la administradora colombiana de pensiones.*

Se presentó por parte de la apoderada de la señora **RINA GRU CRESLER**, escrito de reforma a la demanda el 18/11/2019, el cual consistía en reformular la pretensión primera de la siguiente forma:

"Declarar la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado por la señora RINA GRU CRESLER en 1999 y los posteriores entre AFP del RAIS."

Descorrido el traslado a las demandadas, se opuso **PORVENIR S.A.** a la mentada pretensión, **COLPENSIONES** que se atuvo a lo que resulte probado en el proceso y **PROTECCIÓN S.A.** no contesto.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 151 del 22 de julio del 2020, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito formuladas por PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A y COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora RINA GRU CRESLER, de condiciones civiles conocidas en el proceso, suscribió desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A, y por consiguiente, las otras vinculaciones posteriores efectuadas a Protección S.A.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A, para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora RINA GRU CRESLER, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y las cuotas de administración previstas en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta última debidamente indexada y a cargo de su propio patrimonio.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A, para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- los valores que hubiere recibido por concepto de cuotas de administración, suma que deberá trasladar debidamente indexada y a cargo de su propio patrimonio.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- acepte el traslado de la señora RINA GRU CRESLER sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Una vez realizado el traslado ordenado en los numerales tercero y cuarto de la presente providencia, deberá actualizar la historia laboral de la señora RINA GRU CRESLER dentro de los 2 meses siguientes.

SEXTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A como parte vencida en juicio y en favor de la señora RINA GRU CRESLER. Se señalan como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV a cargo de cada una de esas entidades.

SÉPTIMO: Si no fuera apelada la presente providencia por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, se remitirá en Grado Jurisdiccional de Consulta para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali. Por secretaría dese cumplimiento a los demás ítems establecidos en el inciso final del art. 69 del CPT y S.S."

RECURSO DE APELACIÓN

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

- El apoderado de **PROTECCIÓN S.A.** manifiesta que, la comisión de administración es aquella que descuentan las AFP para administrar los aportes que ingresan en la cuenta de ahorro individual de sus afiliados descuentos autorizados por la ley 100 de 1993; que durante todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada la entidad ha administrado los recursos con la mayor diligencia y cuidado conforme a su experticia, dicha gestión se ve evidenciada en los buenos rendimientos generados; como bien se declaró la ineficacia del traslado, debe entenderse que el negocio no nació a la vida jurídica retrotrayendo todo a su estado anterior y se ha condenado a Protección a devolver cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración y rendimientos.

Solicitó que se revoquen las condenas del numeral 3°, aduciendo para ello que no es procedente la devolución de lo descontado por gastos o comisión previamente autorizados por la ley, como contraprestación de la buena gestión, entonces, si la ineficacia busca en estricto sentido que el contrato de afiliación no hubiera existido, por ende la AFP no debió administrar los recursos de la demandante, que los rendimientos no se causaron y tampoco se debió cobrar cuota de administración, sin embargo, el art 1746 del C.C. regula las restituciones mutuas de los intereses, frutos o mejoras, debe entenderse que cuando se declara la ineficacia y se haga la ficción de que nunca existió contrato no se puede desconocer que el bien administrado produjo un fruto o mejora que son los

rendimientos son para el afiliado y respecto de la AFP es la comisión que debe conservar Protección porque hizo rentar el patrimonio del afiliado; lo que podría constituirse en un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante y el fondo público, al recibir los rendimientos generados sin reconocer o pagar por la gestión realizada.

- La apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó que, se declare probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y se absuelva a la entidad, para lo cual se esgrimió que a la demandante se le suministró la información de manera verbal y la entidad cumplió con todos los requisitos legales para el traslado, puesto que, en su momento no existía la obligación de otorgar la información de manera escrita, que la actora tomó su decisión de manera libre, voluntaria, espontánea y sin presión, suscribiendo formulario de afiliación conforme a la normatividad; que la actor obro en pleno conocimiento, pues se trasladó a Protección manifestando su deseo de permanecer en el RAIS, que el deber de información también recae sobre la actora como consumidora financiera; aduce que no se está frente a una relación de carácter contractual sino administrativo, no se puede premiar la desinformación de la demandante ni que haya algún tipo de posición dominante, aceptando la ignorancia de la ley como excusa.

Que la demandante instauró demanda por el no cumplimiento de una expectativa pensional, lo cual no constituye un engaño, pues si se le habría hecho una proyección esta variaría al día de hoy, debido a que, el monto de la pensión varia por ciertos factores; que la acción de solicitar la nulidad o ineficacia se encuentra prescrita, toda vez que, no se le vulnera el acceso a la pensión porque la actora puede acceder a ella siempre y cuando cumpla con los requisitos de ley en el RAIS, lo que esta prescrito es el acto de solicitar la ineficacia.

Que la ineficacia trae consigo que la afiliada nunca se trasladó, por ello no hay lugar a retornar los rendimientos; respecto de los gastos de administración de forma indexada, aduce que no es posible devolver estos dineros por cuanto se tratan de comisiones ya causadas por la debida administración de los recursos, hecho que generaría un detrimento patrimonial de Porvenir que siempre actuó de buena fe, generándose un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.

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 la señora **RINA GRU CRESLER** del RPMPD del ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y el posterior traslado a **PROTECCIÓN S.A.**, como secuela de ello la transferencia de los recursos causados por la demandante en el RAIS tales como aportes, rendimientos, gastos de administración entre otros, estudio de la prescripción y costas procesales.

Descendiendo al caso objeto de estudio en Consulta y Apelación; el eje central estriba en determinar si **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** le suministraron a la señora **GRU CRESLER**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados; 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 las mentadas AFP hacia la 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 a la actora 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."

"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 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, tales como los efectos positivos y negativos del mismo, así lo estableció la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 3 de septiembre del año 2014, SL12136-2014, Radicación N° 46292:

*"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 de la jurisdicción ordinaria en lo laboral 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 y sus particularidades exceptuando sus consecuencias prácticas.

De los formularios de afiliación suscritos entre la demandante y las demandadas regentes del RAIS, es menester destacar que, la Corte Suprema en su Sala de Casación Laboral ha indicado 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 de antesala las aristas de sus traslados, que tienen incidencia tanto positiva como negativamente en su derecho prestacional a futuro. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

De la carga de la prueba, la mentada Corporación también ha establecido que les corresponde a los fondos de pensiones demostrar y acreditar las actuaciones 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)*

Finalmente, la regulación entornó al derecho de información de los consumidores financieros está tipificada en las siguientes normas aplicables al caso, veamos:

Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y deberes de los afiliados y de las administradoras, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece el derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse; en conclusión como se expuso material probatorio que no aportaron los fondos demandados en este asunto. De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d).

A raíz de lo expuesto copiosamente, se tiene que **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, no le brindaron a la señora **RINA GRU CRESLER**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones de los traslados que conforme a reporte de Asofondos que obra en el sumario se realizaron, veamos:

TIPO DE TRASLADO	***ENTIDAD ORIGEN***	***ENTIDAD RECEPTORA***	***FECHA EFECTIVA DEL TRASLADO***
Traslado de régimen	***(ISS) COLPENSIONES***	***PORVENIR***	***01/06/1999***
Traslado de AFP	***PORVENIR***	***PROTECCIÓN***	***01/12/2003***

Y ante la imposibilidad de los susodichos fondos de acreditar con material probatorio idóneo, el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con la demandante implica que nunca lo acataron, configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen y los subsecuentes 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, dada la proximidad del 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 **RINA GRU CRESLER**, 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 Tercero y Cuarto del proveído en estudio, en el sentido de establecer que **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** deberán retornar a **COLPENSIONES**, los pagos ejecutados por comisión de todo orden, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante; 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.**

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 de la 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 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.

Costas

Respecto de las costas procesales se tiene que esta es una condena preceptiva que, se impone a la parte que pierde el proceso y/o le resulta desfavorable el recurso de apelación conforme al artículo 365 numeral 1 del C.G.P., sin consideraciones de orden subjetivo, debió a ello es acertado lo resuelto por el A quo respecto de esta condena en cabeza de **COLPENSIONES**, razón por la cual se confirmara esta parte de la decisión a pesar de la consulta efectuada a la entidad de orden público.

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

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 y Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 151 del 22 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, los pagos ejecutados por comisión de todo orden, el valor de los pagos por primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante; devolver a la actora las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**¸ confirmar dichos numerales en lo demás.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada N° 151 del 22 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** por la suma de $1.000.000 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.

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

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:

773130600497ee5966bc7b00a7f64ad90eb8bf13d2499f466a01216dd3537148

Documento generado en 12/03/2021 08:33:16 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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