



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

AUDIENCIA NÚMERO 071

Juzgamiento

Santiago de Cali, diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 072

Acta de Decisión N° 024

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° 392 del 10 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia identificado con el radicado único nacional N° 76001-31-05-009-2020-00317-01, instaurado por la señora **MARCELA DIAZ GONZALEZ** 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.**

ANTECEDENTES

La señora **DIAZ GONZALEZ** pretende vía judicial que, se declare la nulidad del traslado efectuado del RPMPD regido por **COLPENSIONES** al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene su retorno al RPMPD regentado por **COLPENSIONES**; se ordene a **PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores depositados en su cuenta individual; finalmente solicitó que se condenen en costas procesales a las demandadas.



Informan los hechos relevantes de la demanda que, la actora nació el 27/12/1963; que reporta cotizaciones al ISS desde el 28/07/1983 al 30/11/2005, para un total de 818 semanas.

Que el 01/12/2005, se trasladó a **PORVENIR S.A.** y permaneció en dicho fondo hasta el 30/11/2018; que posteriormente se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.** el 01/12/2018, fondo en el cual se encuentra en la actualidad y reporta un total de 1.519,28 semanas.

Que el 18/06/2020, eleva petición ante **COLPENSIONES** con el fin de obtener su traslado del RAIS al RPMPD, no obstante, el 19/06/2020, la entidad se niega acceder a lo solicitado; el 17/06/2020 y el 19/06/2020, radica peticiones ante **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** respectivamente, solicitando copia de la afiliación, proyección de pensión, reglamento de funcionamiento y oportunidad de derecho de retracto con firma y sello de recibido por la demandante, adicional a lo anterior solicitó el traslado al RPMPD.

Que el 02/07/2020, **PROTECCIÓN S.A.** se niega acceder al traslado solicitado por estricta prohibición legal; afirma que los fondos **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, incumplieron con su obligación de percatarse de los requisitos del traslado y lo emanado del decreto 1161 de 1994, abusando del derecho por omisión.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES indica que no le constan los hechos del 12° al 14° y respecto de los demás aduce que son ciertos. Se opuso parcialmente a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *Falta de legitimación en la causa, Inexistencia de la obligación, Ausencia de vicios en el consentimiento del traslado, Buena de la entidad demandada y Prescripción de la acción.*

PORVENIR S.A. manifiesta que no son ciertos los hechos 3°, 8°, 9°, 12° y 14°; en cuanto a los demás expresa que no le constan. Se

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito: *Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, Compensación y Excepción genérica.*

PROTECCIÓN S.A. por su parte aduce que son ciertos los hechos 10° y 11°; que no son ciertos el 4°, 5°, 13° y 14°; respecto del resto señala que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las que denominó:

Validez de la afiliación a Protección S.A., 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, 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, Compensación y la Innominada o Genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 392 del 10 de diciembre del 2020, resolvió:

“1.- DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES propuestas oportunamente por los apoderados judiciales de las demandadas.

2.- DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la señora MARCELA DIAZ GONZALEZ, del régimen de prima media con prestación definida, gestionado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado inicialmente por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS - PORVENIR S.A. y posteriormente por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.

3.- Como consecuencia de lo anterior, la señora MARCELA DIAZ GONZALEZ, debe ser admitida en el régimen de prima media con prestación definida, gestionado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales a la afiliada, conservando el régimen al cual tenía derecho, que en el presente caso, no es el de transición, y una vez PROTECCION S.A., realice el traslado de los aportes.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

4.- *ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., representada legalmente por el doctor MAURICIO TORO BRIDGE, o por quien haga sus veces, al cual se encuentra actualmente afiliada la señora MARCELA DIAZ GONZALEZ, que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los aportes realizados al RAIS, con motivo de la afiliación de la accionante, con sus respectivos rendimientos financieros.*

5.- *ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, representada legalmente por el doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA, o por quien haga sus veces, que cargue a la historia laboral de la señora MARCELA DIAZ GONZALEZ, los aportes realizados por ésta, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., una vez le sean trasladados.*

6.- *ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS - PORVENIR S.A., representada legalmente por el doctor MIGUEL LARGACHA MARTINEZ, o por quien haga sus veces, de las demás pretensiones de la demanda.*

7- *COSTAS a cargo de la parte vencida en el proceso. Líquidense por la Secretaría del Juzgado. FIJESE la suma de \$877.803, en que este Despacho estima las AGENCIAS EN DERECHO, a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. y a favor de la accionante.*

8.- *La presente sentencia, CONSULTESE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al tenor de lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.”*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con lo resuelto en primera instancia, las apoderadas judiciales del extremo pasivo impetraron recurso de apelación contra el proveído conforme a los siguientes argumentos:

- La apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** solicita que, se revoque la sentencia para lo cual aduce la afiliación se dio con la debida información de las características del RAIS; que ratificó su decisión al afiliarse a diferentes administradoras del RAIS, tal como lo indica el precedente reciente de la Corte; que recibió información vía correo electrónico por parte de las AFP´S, conociendo todas las condiciones de su pensión en el RAIS.

- La apoderada de **PORVENIR S.A.** señala que, se revoquen los numerales 1°, 2° y 7° de la sentencia; que de la declaratoria de ineficacia expresa que no existen argumentos legales para dicha resolución, puesto que, la Corte Constitucional ha determinado que la ineficacia es aquella que no produce efectos cuando la norma

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

expresamente lo prevé y conforme al art 271 de la Ley 100 de 1993, no se acreditaron situaciones dolosas que atenten contra el derecho de afiliación de la demandante no siendo susceptible por vía de analogía su aplicación cuando no se adecue el supuesto de hecho previsto en la norma, entonces cualquier solicitud para comprobar los vicios del consentimiento que se alegan deben entenderse como nulidad relativa y en gracia de discusión en el presente asunto no se demostró que el acto de vinculación adoleciera de error, fuerza o dolo; se le endilga a la entidad probar que en efecto brindó una correcta asesoría, no obstante, legalmente no es procedente debido a que al momento de la afiliación no le era exigible a los fondos dejar constancias escritas de dicha asesoría pues fue de forma verbal y acompañada por un asesor capacitado al suscribir el formulario; respecto de la condena en costas, Porvenir ha actuado de buena fe y con estricta sujeción a la ley.

- La apoderada de **COLPENSIONES** indica que, si bien la ley 797 del 2003 permite a los que se hubieren trasladado al RAIS retornar al RPMPD, también lo es que debe cumplirse con una permanencia de cinco años en el régimen del cual se quieren desvincular y no le faltare diez años o menos para adquirir la edad de reconocimiento pensional y de verificarse dicha normativa si esta inmersa en la prohibición no es posible su traslado, debido a que se convierte en una desmejora para quienes si han cotizado al sistema de manera permanente, por ser una entidad solidaria compuesta de aportes comunes; también se le obliga a Colpensiones a reconocer el derecho pretendido por la actora cuando el traslado se dio de manera libre, voluntaria y sin presiones.

Respecto a la ausencia de vicios que se le imputa debe verse que el traslado conserva incólume su presunción de validez y surte plenos efectos en el mundo jurídico, puesto que, no se ha desvirtuado por la demandante, porque el mismo no contiene vicio alguno que conlleve a su anulación y fue expedido por autoridad competente conforme a la ritualidad; se opone a la obligación de recibir a la actora, puesto que, la entidad se ve afectada directa o indirectamente por vulnerar la sostenibilidad de Colpensiones, la cual tendrá a su cargo futuras prestaciones sin haber percibido los aportes de la demandante durante todo este tiempo; que de confirmarse la decisión solicita que se retorne a la entidad la integralidad de los aportes, gastos de administración, rendimientos, fondo de garantía de pensión mínima, seguros previsionales y anulación de bonos pensionales.



Las partes presentaron alegatos de conclusión que se circunscribe a lo debatido en primera instancia, y en el contexto de la providencia 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

Se circunscribe el problema jurídico en establecer si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **MARCELA DIAZ GONZALEZ** del RPMPD del ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado **PORVENIR S.A.** y el posterior traslado entre AFP'S del RAIS ejecutado con **PROTECCIÓN S.A.**; como secuela de lo anterior el traslado de los recursos causados por la demandante en el RAIS tales como aportes, gastos de administración y rendimientos entre otros, estudio de la prescripción y Costas procesales.

El eje central estriba en determinar si **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** le suministraron a la señora **DIAZ GONZALEZ**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar cada uno de 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 mentadas AFP'S 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 demandante 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.”



Respecto a los múltiples traslados de AFP:

*“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, **no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen** que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.*

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 M.P. 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.**

Del anterior precepto normativo, cabe destacar que, utiliza los verbos atentar o impedir y según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el primero significa emprender o ejecutar algo ilegal o ilícito, y el segundo estorbar o imposibilitar la ejecución de algo.

Por lo cual, la acción de no asesorar, ni brindar información como alude la norma conlleva a la ejecución de algo contrario a la ley, es por lo que, en estricto gramatical la conducta descrita en esta sentencia si encuadra en la descripción verbal del artículo 271.

Aún más, los anteriores verbos son cualificados por la expresión en “cualquier forma”, razón por la cual no solo es el dolo la forma de infringir el precepto, sino la negligencia, la impericia, la imprudencia, y en general la omisión, componente este último que se muestra con preponderancia en el expediente al no acreditar la asesoría e información que tenía el deber de suministrar Porvenir.

Por otro lado, la protección de los derechos fundamentales que describe el artículo 272 en armonía con el citado 271 de la Ley 100 de 1993, no debe analizarse desde un ámbito meramente lingüístico, sino desde una perspectiva constitucional en aras de proteger un valor, un principio y un derecho como es la dignidad humana ligada a la seguridad social subyacente en la ineficacia del traslado y respecto a la cual se busca evitar que el ser humano sea tratado con un medio, y no como un fin en sí mismo; resultando impróspera la apelación en este sentido.

La información adquiere especial relevancia en este tipo de actos, para lo cual las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado tanto los beneficios como los perjuicios, así se estableció en Sentencia del 3 de septiembre del año 2014, SL12136-2014, Radicación N° 46292, la Corte Suprema de Justicia:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*“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 el presente asunto desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando solo sus consecuencias prácticas, por ende el presente asunto gravita 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 de la demandante y no un simple traslado de régimen, por ello resultan fútiles las acotaciones expuestas por la apoderada de Colpensiones en este sentido.

Respecto del formulario de afiliación suscrito entre la demandante y las demandadas regentes del RAIS, es menester destacar que, la

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado respecto al tema 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 demandante debe conocer los pormenores y efectos de sus traslados y posterior permanencia en el RAIS, 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 Corte ha sido tajante y ha determinado que les corresponde a los fondos de pensiones demostrar y acreditar las actuaciones encaminadas a que sus potenciales afiliados conocieran las implicaciones de sus traslados, así lo determinó la Corte Suprema de Justicia:

*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 del derecho a la información está tipificada en las siguientes normas aplicables al caso:



Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y deberes de los afiliados y de las administradoras, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece el derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse.

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).

Del interrogatorio de parte efectuado por la apoderada de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** a la señora **DIAZ GONZALEZ** se afirma que la afiliación no fue voluntaria, que no presentó queja o reclamo alguno ante Porvenir, que sí le llegaban extractos provenientes de Porvenir y que el motivo que la llevó a retornar nuevamente al RPMPD consistía básicamente en palabra textuales de la demandante que *“llevaba tantos años trabajando y que nunca había ganado el mínimo”*; de lo anterior se colige que la actora recibió una información sesgada y parcializada que solo le permitía conocer los beneficios mas no los perjuicios de su traslado, ni se le dio a conocer las características de los regímenes coexistentes entre otros factores.

A raíz de lo expuesto copiosamente se tiene que, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, no le brindaron a la señora **MARCELA DIAZ GONZALEZ**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones de cada traslado que a continuación se relacionan conforme a reporte de Asofondos que milita en expediente:

TIPO DE TRASLADO	ENTIDAD ORIGEN	ENTIDAD RECEPTORA	FECHA EFECTIVA DEL TRASLADO
<i>Traslado de régimen</i>	(ISS) COLPENSIONES	PORVENIR	01/12/2005
<i>Traslado de AFP</i>	PORVENIR	PROTECCION	01/12/2018

Y ante la imposibilidad de las demandadas de acreditar el cumplimiento oportuno de su deber legal de información y buen consejo para con la

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

demandante, implica que nunca lo acataron, configurándose la ineficacia, 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 **MARCELA DIAZ GONZALEZ**, implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que debe subsanar los fondos del RAIS del extremo pasivo.

Se hace la acotación por este colegiado que, la Juzgadora de Primera Instancia absolvió a **PORVENIR S.A.** de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante, no obstante, como dicta la jurisprudencia del órgano de cierre, **PORVENIR S.A.** como entidad que efectuó el traslado inicial al RAIS, debe ser condenado en igual medida que **PROTECCIÓN S.A.**, en el sentido de retornar al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**, lo ya resuelto por el juzgador de primer grado en el numeral Cuarto y conforme a la consulta surtida en favor del ente público, se adicionara al mentado numeral, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden, así como la obligación de 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

traslado de la demandante al fondo común, resultando impróspera la apelación de la apoderada de Colpensiones respecto a la afectación de la sostenibilidad del sistema pensional.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

los hechos o estados jurídicos que tienen incidencia directa o indirectamente en el derecho a la pensión; así lo determinó la Alta Corporación.

Costas

Frente a la condena en costas y agencias en derecho a Colpensiones quien apela y se le surte la consulta, Porvenir y PROTECCIÓN como apelantes, se tiene que la susodicha 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 considerar talantes de orden subjetivo, entonces **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN** al ostentar la calidad de vencida le es aplicable dicha condena, por ende, se dejara incólume esta parte de la decisión.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas, conforme a la norma previamente 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: REVOCAR el numeral Sexto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 392 del 10 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los aportes efectuados por la señora **MARCELA DIAZ GONZALEZ**, gastos de administración, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden, 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 hoy **PORVENIR S.A.** Todas esas sumas deben devolverse junto con sus rendimientos.



SEGUNDO: ADICIONAR al numeral Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 392 del 10 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, los gastos de administración, los pagos realizados por concepto de las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden, así como la obligación de 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.** Todas estas sumas deben devolverse con sus rendimientos. **CONFIRMAR** dicho numeral en lo demás.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada N° 392 del 10 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, por la suma de \$1.000.000 cada una y en favor de la demandante.

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

SEXTO: 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:

c573cacd251aafad0b71b30874cd0d58341f59821e8d2bb3f56474eee0cb0767

REPUBLICA DE COLOMBIA



REF. ORD. MARCELA DIAZ GONZALEZ
C/ COLPENSIONES Y OTROS
RAD. 009-2020-00317-01

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Documento generado en 19/03/2021 07:36:49 AM

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