TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

AUDIENCIA NÚMERO 085

Juzgamiento

Santiago de Cali, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 085
Acta de Decisión N° 026

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° 011 del 25 de enero del 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **ELENA VARGAS GOMEZ** 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° 76001-31-05-004-2019-00419-01.

ANTECEDENTES

La señora **VARGAS GOMEZ** pretende vía judicial que, se declare la nulidad del traslado efectuado al RAIS con COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**; se ordene a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar al RPMPD regido por **COLPENSIONES** y esta a su vez aceptar sus aportes y rendimientos; finalmente solicitó que se condenen en costas procesales a las demandadas.

Informan los hechos relevantes de la demanda que, la actora nació el 18/09/1966; que efectuó cotizaciones al ISS hoy **COLPENSIONES**, desde el 28/02/1984; que el 14/02/1996, se trasladó al RAIS con COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, el cual indica se llevó a cabo antes de la permanencia mínima de 3 años conforme a la ley 100 de 1993.

Aduce que, no medió asesoría por parte del fondo privado cuando se trasladó del RPMPD al RAIS; adicionalmente no se le informó de la posibilidad de retornar al RPMPD antes de cumplir 47 años de edad; que dispone de un total de 1.701,86 semanas cotizadas al sistema.

Que el 16/05/2019, radicó solicitud de afiliación y nulidad de traslado ante **COLPENSIONES**, sin embargo, la entidad se negó por la proximidad de adquirir la edad de pensión de vejez y rechazo de plano la solicitud de nulidad; manifiesta que, el 16/05/2019 solicitó ante **PROTECCIÓN S.A.** información de la asesoría recibida al momento de ejecutarse el traslado, no obstante, la AFP expresa que no cuenta con soporte de la asesoría, puesto que, se dio de manera verbal y conforme a simulaciones actuariales tendría derecho a sus 57 años una pensión de $1.604.197. Afirma que, de haber permanecido en el RPMPD su mesada ascendería a $5.390.297, lo que evidencia la inexistencia de asesoría pensional por parte de **PROTECCIÓN S.A.**

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

PROTECCIÓN S.A. manifiesta que son ciertos los hechos 9°, 10°, 15°, 16° y 17°; que no le constan el 1°, 2°, 3°, del 11° al 14° y 19°; respecto del resto afirma que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito:

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 legitima, Nadie puede ir en contra de sus propios actos, Compensación y la Innominada o Genérica.

COLPENSIONES por su parte indica que son ciertos los hechos enumerados del 1° al 4°, del 8° al 10°, 17°, 18° y parcialmente el 19°; en cuanto a los demás manifiesta que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *la Innominada, Inexistencia de la obligación, Carencia del derecho, Prescripción, Buena fe y Cobro de lo no debido.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 011 del 25 de enero del 2021, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuetas por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantias – PROTECCION S.A., por las razones esgrimidas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliacion de la señora ELENA VARGAS GOMEZ realizada en COLMENA PENSIONES Y CESANTIAS hoy ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.

TERCERO: ORDENAR a la Sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., que proceda a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – la totalidad de lo ahorrado por la demandante señora ELENA VARGAS GOMEZ, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administracion.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – que proceda a recibir por parte de la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., la totalidad de lo ahorrado por la demandante señora ELENA VARGAS GOMEZ en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administracion, afiliando nuevamente Colpensiones a la demandante en dicha entidad y conservando para ese efecto la demandante, todos sus derechos y garantias, que tenia en el regimen de prima media con prestacion definida, antes de efectuarse el traslado al regimen de ahorro inidvidual.

QUINTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el articulo 69 del codigo procesal laboral y de la seguridad social modificado por el articulo 14 de la ley 1149 del 2007.

SEXTO: condenar a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a la suma de $1.000.000 por concepto de costas procesales y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la suma de $300.000 pesos por concepto de costas procesales."

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo resuelto en primera instancia, los apoderados judiciales de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** interpusieron recurso de apelación contra el proveído, para lo cual esgrimieron lo siguiente:

- La apoderada de **COLPENSIONES** manifiesta que, la demandante decidió de manera libre y espontanea afiliarse al RAIS y se reitera que lleva más de 20 años afiliada al susodicho régimen, sin presentar inconformidad alguna con la administración de sus cotizaciones, por lo cual está en cabeza de Protección resolver la situación pensional de la actora considerándose que está afiliada legalmente y no hay vulneración alguna; por ello la afiliación cuenta con plena validez y no es posible su traslado a Colpensiones. Aunado a lo anterior y conforme al art. 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el art 2 de la ley 797 del 2003, señala que una vez entrada en vigencia la precitada norma no podrá trasladarse de régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad de pensionarse, lo que se evidencia en el presente proceso, solicitando que se revoque y se absuelva a la entidad.

- El apoderado de **PROTECCIÓN S.A.** solicita se revoque en su integridad el fallo, puesto que, la demandante se trasladó de manera libre, voluntaria y sin presiones a Protección, indica que los asesores comerciales de la entidad le ofrecieron información integral y completa, tomando la demandante la decisión de manera informada de trasladarse de régimen pensional y ambos regímenes contaba con la posibilidad de pensionarse sin contar los varios factores que no pueden preverse sino solo hasta la llegada de la edad de pensión, resultando desproporcionado y amañado que la demandante ya filiada a Protección y solo hasta el día de hoy requiera trasladarse de régimen por la no conveniencia.

Que solo hasta el 2015 se generó la obligación de forma legal de dejar constancia por escrito de las asesorías en las afiliaciones, la afiliación de la actora se dio en regla y conforme a las normas existentes; que contaba con el derecho de retracto del cual no hizo uso; respecto de los gastos de administración indica que no es procedente su devolución, pues se trata de la comisión 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 los cuales han generado unos rendimientos que se ven reflejados en su cuenta de ahorro individual y se evidencia en los extractos.

Manifiesta que solo procede el retorno de las cotizaciones sin los rendimientos y gastos de administración, pues, se tratan de comisiones ya causadas descuentos conforme a la ley como contraprestación a la gestión. Si se mantiene la decisión de la ineficacia y conforme a los efectos de esta, se entiende que nunca existió contrato y no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos o mejoras que son los rendimientos para el afiliado y respecto de la AFP es la comisión que debe conservar Protección porque hizo rentar el patrimonio del afiliado; si se ordenara la devolución de dichos emolumentos se constituiría en un enriquecimiento sin justa causa en favor de la demandante por no reconocerse o pagarse por la gestión de los recursos vulnerándose el derecho a la igualdad y el patrimonio de la entidad.

Que, conforme a precedente reciente de la Corte, los traslados horizontales reflejan una real intención de permanecer afiliados a dicho régimen, resultando extraño que durante 25 años no se hubiere hecho reparo alguno frente a la afiliación; que no es dable la condena en costas porque la entidad actuó de buena fe y conforme a la ley.

Las partes presentaron alegatos de conclusión que se circunscribe a 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 **ELENA VARGAS GOMEZ** del RPMPD del ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PROTECCIÓN S.A.** y el posterior

traslado a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene 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.

El eje central estriba en determinar si **PROTECCIÓN S.A.** le suministró a la señora **VARGAS GOMEZ**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado al RAIS; 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 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****."*

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 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 la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria 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 tal como lo infiere la apoderada de Colpensiones en su apelación.

Del formulario de afiliación suscrito entre la demandante y la demandada regente del RAIS, se tiene que la jurisprudencia de la Corte estipula 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 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 su traslado, 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.

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** a la demandante se tiene que, afirma que se afilió de forma libre y voluntaria, adicionó que no tenia idea del impacto que tendría en su pensión el traslado ejecutado; que el motivo para retornar a Colpensiones se centra en que fue engañada porque su mesada en el RAIS resulta inferior a su salario y que las supuestas bondades ofrecidas no eran ciertas; adicionalmente el Juez pregunta a la actora que si le informaron de las ventajas y desventajas del traslado de régimen, a lo que responde que no le dieron asesoría; finalmente aduce que no le informaron los requisitos para pensionarse; 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 **PROTECCIÓN S.A.**, no le brindó a la señora **ELENA VARGAS GOMEZ**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen efectuado el 01/06/1994 y el posterior traslado a la AFP COLMENA que hoy es la misma **PROTECCIÓN S.A.** realizado el 01/03/1996, conforme a reporte de Asofondos que milita en el expediente y ante la imposibilidad del susodicho fondo 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 acató, configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen primigenio efectuado por la actora, bajo la ficción jurídica de que la misma nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD.

El hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades entre fondos privados no implica una ratificación del cambio de régimen, ni mucho menos una subsanación, ya que la mácula que deja la ineficacia se produce in limine y lo contrario al orden público se tiene por no escrito o puesto, es decir, sin que produzca efecto, con el aditamento de que la ineficacia de la Seguridad Social permite borrar todo el acto de afiliación y traslado.

El acto borrado transgredía los derechos fundamentales previstos en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, esto es, la libertad en general, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores previstos en el artículo 53 de la Carta Política.

No se puede olvidar que, la dignidad humana es imponderable y, en general, los Derechos Fundamentales son indisponibles e irrenunciables, dos últimas características que buscan proteger al individuo no sólo frente al poder público y a los poderes económicos privados, sino frente así mismo, para evitar que disponga de dichos derechos.

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 **ELENA VARGAS GOMEZ**, 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 ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** deberá 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 COLMENA 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

Frente a la condena en costas y agencias en derecho a cargo de Colpensiones y Protección, 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; por ende, las apelantes al ostentar la calidad de vencidas deben imponérsele dicha condena, razón por la cual este colegiado dejara incólume esta parte de la decisión.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **COLPENSIONES** 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 de la Sentencia Consultada y Apelada N° 011 del 25 de enero del 2021, proferida por el Juzgado Cuarto 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**, 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 **COLMENA S.A. - PROTECCIÓN S.A.**, confirmar dicho numeral en lo demás.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 011 del 25 de enero del 2021, proferida por el Juzgado Cuarto 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 **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** 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

Art. 11 Dec. 491/28-03-2020

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

Despacho 005 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

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

Código de verificación:

7908958508aa22ea0aa8566fbc4f0e807122df487af7961dae39ed3679535b95

Documento generado en 26/03/2021 07:41:41 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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