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

**AUDIENCIA NÚMERO 105**

Juzgamiento

Santiago de Cali, veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA NÚMERO 104**
**Acta de Decisión N° 032**

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° 031 del 17 de febrero del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MARTHA ISABEL CABRERA LOSADA** 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° 76001-31-05-007-2020-00406-01.

**ANTECEDENTES**

La señora **CABRERA LOSADA** por medio de apoderado judicial pretende que, se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD regido antes por CAJANAL al RAIS con **PROTECCIÓN S.A.** -23/11/1995- y los posteriores traslados dentro del RAIS realizados entre **PROTECCIÓN S.A.** hacia **PORVENIR S.A.** -14/09/1999- y de **PORVENIR S.A.** hacia **PROTECCIÓN S.A.** -15/07/2005-; se condene a **COLPENSIONES** a las obligaciones de hacer, tales como, admitirla y registrar su afiliación al RPMPD; se condene a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, todas las sumas por conceptos de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro, sumas debidamente

indexadas; finalmente solicitó que se condenen en costas procesales a las demandadas.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, la actora nació el 07/10/1967; que se vinculó al RPMPD con CAJANAL desde el 21/11/1993 hasta el 31/12/1995, conforme a certificación CETIL cotizando 107 semanas; afirma que, en reunión adelantada en su residencia con el señor HERNANDO BUSTOS quien fungía como asesor de **PROTECCIÓN S.A.**, quien además era su conocido, la indujo con el objetivo de que se afiliara al fondo privado con la premisa de la inminente liquidación de CAJANAL.

Aduce que, la información otorgada por el asesor de **PROTECCIÓN S.A.** solo se limitó a lo expuesto con anterioridad, suscribiendo formulario de afiliación, la cual se hizo efectiva el 01/12/1995, sin mediar, información suficiente, veraz, clara eficaz y oportuna acerca del traslado, las implicaciones, funcionamiento del RAIS, características de ambos regímenes, variables que afectan la pensión, modalidades pensionales, derecho de retracto entre otros.

Que el 14/09/1999, suscribió formulario de afiliación con **PORVENIR S.A.** sin mediar información alguna, además que no se le dio a conocer la prohibición de trasladarse al cumplir sus 47 años; indica que, en julio del 2015 se trasladó nuevamente a **PROTECCIÓN S.A.**, entidad en la cual se encuentra afiliada en la actualidad; alega que, durante todo este tiempo que ha estado afiliada al RAIS, no ha recibido asesoría sobre su futuro pensional, proyecciones, cálculos comparativos de ambos regímenes ni los requisitos para acceder a la prestación pensional.

Que, para el mes de febrero del 2020 acredita un total de 1.337 semanas cotizadas al sistema; que de acuerdo a proyección efectuada por **PROTECCIÓN S.A.** y según cálculos propios la expectativa pensional en el RAIS es considerablemente mas baja que en el RPMPD.

Que elevó reclamación ante **COLPENSIONES**, solicitando su activación de afiliación, por considerar su traslado al RAIS ineficaz, no obstante, la entidad se negó por cuanto no registra en la entidad afiliación alguna y que solo procedería la afiliación en el evento que no estuviera próxima cumplir la edad para pensionarse; señala que, radicó peticiones ante **PORVENIR S.A.** y

**PROTECCIÓN S.A.** solicitando la ineficacia de sus traslados, empero, **PORVENIR S.A.** guardo silencio y **PROTECCIÓN S.A.** aduce que el traslado se dio conforme a su derecho de libre elección.

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

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

**COLPENSIONES** manifiesta respecto de los hechos que, son ciertos el 1°, 2°, 40°, 41° y parcialmente el 5° frente a la afiliación con CAJANAL; del resto aduce que no le constan. Se opuso parcialmente a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *Inexistencia de la obligación, la Innominada, Buena fe y Prescripción.*

**PROTECCIÓN S.A.** por su parte señala que, son ciertos los hechos 9°, 24°, del 27° al 30°, 42°, 47°, que no son ciertos el 3°, 7°, 8°, 11°, del 13° al 20°, 25° y 29°; expresa que no son hechos el 4°, 12°, del 36° al 38°, 48° y 49°; respecto del resto manifiesta que no le constan. 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.*

En cuanto a la demandada **PORVENIR S.A.**, el A quo mediante Auto Interlocutorio No. 273 del 10/02/2021, tuvo por no contestada la demanda por parte de **PORVENIR S.A.**, toda vez que, se descorrió traslado de la notificación de la demanda el 16/12/2020 conforme al decreto 806 del 2020 y vencido el termino el 27/01/2021, la entidad no ejerció su derecho de defensa.

## DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 031 del 17 de febrero del 2021, resolvió:

*"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.*

*SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación efectuada por la señora MARTHA ISABEL CABRERA LOSADA identificada con la CC. No. 36.377.823 al fondo PROTECCION SA, posteriormente traslado al fondo PORVENIR SA y finalmente al fondo PROTECCION SA. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y por lo mismo siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.*

*TERCERO: Como secuela obligada de la anterior determinación, la demandante, deberá ser admitida nuevamente en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.*

*CUARTO: ORDENAR a PROTECCION SA y PORVENIR SA, a devolver, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio.*

*QUINTO: COSTAS a cargo de PROTECCION SA, se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. Liquídense por Secretaría.*

*SEXTO: COSTAS a cargo de PORVENIR SA, se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. Liquídense por Secretaría.*

*SEPTIMO: Sin costas a cargo de COLPENSIONES.*

*OCTAVO: CONSULTESE con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelada."*

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, los apoderados judiciales de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** interpusieron recurso de apelación contra el proveído, conforme a los siguientes argumentos:

**PORVENIR S.A.** indica que, no comparte la decisión del juez al condenar a la entidad al traslado de los gastos de administración, toda vez que, lo anterior va en contra del principio de inescindibilidad de las normas, porque se le esta dando a la ineficacia en sentido estricto un efecto de la nulidad sustancial contenida en el art. 1746 del C.C., el cual habla de restituciones mutuas; que al ser la ineficacia en sentido estricto y contenida en el art 271 de la Ley 100 de 1993, su efecto es dejar libre al trabajador para que efectué su afiliación, no retrotraer las cosas a su estado original, por tanto, no existe la obligación de restituir los gastos de administración; que los gastos son obligaciones de tracto sucesivo no susceptibles de restituciones conforme a lo determinado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; de la prescripción señala que, debió aplicarse dicho fenómeno en los gastos de administración, debido a que, se tratan de emolumentos netamente económicos, descontados por autoridad de la ley en ambos regímenes, dineros que no están destinados a financiar la pensión, por lo que no son imprescriptibles.

**PROTECCIÓN S.A.** solicita que, se revoque el numeral 4° del fallo para lo cual esgrime que, los gastos son las comisiones que cobran las AFP de los aportes efectuados por el afiliado con el objetivo de pagar el seguro previsional, descuento autorizado por la ley 100 de 1993 y que opera en ambos regímenes; que durante todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada la entidad ha administrado sus recursos con la mayor diligencia y cuidado; que dichos gastos se tratan de comisiones ya causadas; que la consecuencia de la ineficacia es que el negocio nunca existió, 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 aunque se declare 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 para el afiliado y respecto de la AFP es la comisión de administración que debe conservar Protección porque hizo rentar el patrimonio del afiliado.

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 (Art.15 Decreto 806 de 2020).

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### Cuestión Preliminar

Se advierte que la Sentencia en estudio 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 por esta Sala de Decisión, si es procedente o no declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **MARTHA ISABEL CABRERA LOSADA** del RPMPD administrado por CAJANAL al RAIS gestionado por **PROTECCIÓN S.A.** y los posteriores traslados realizados dentro del RAIS entre **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene la transferencia al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** los recursos causados por la demandante en el RAIS tales como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros y estudio del fenómeno de la prescripción.

Es pertinente acotar que, milita en el expediente copia de la certificación electrónica de tiempos laborados (CETIL), emitidos por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 06/11/2020, en los que se observa que la demandante reporta cotizaciones efectuadas a CAJANAL entre el 21/09/1993 al 31/12/1995.

Por ende, al momento de efectuarse el traslado de régimen la demandante provenía de CAJANAL, entidad que para aquella época también fungía como administradora del RPMPD antes de su liquidación, no obstante, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes eligieron el RPMPD bien fuera por liquidación o por la cesación previsional de la caja que tuviere a su cargo, quedarían vinculados automáticamente al ISS como administradora principal del RPMPD, así lo estableció el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y la Sentencia SL 2817 del 2019, entonces al ser **COLPENSIONES** la única

administradora del RPMPD, es totalmente viable su retorno a la misma en caso de declararse la ineficacia.

El Decreto 2196 de 2009 ordenó la supresión y liquidación de CAJANAL y en su artículo 4 ordenó el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, es por lo que, frente a la ineficacia del traslado la actora no debe volver a CAJANAL sino al ente que lo sustituye, COLPENSIONES.

Ahora bien, el eje central del litigio versa en determinar si **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** le suministraron a la señora **CABRERA LOSADA**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar cada uno de 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 e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

## EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA E INEFICACIA DE TRASLADO

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia Radicación N° 33083 del 22 de noviembre del año 2011, MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón, rememora las Sentencias del 9 de septiembre del año 2008, Radicaciones N° 31989 y N° 31314, las cuales manifestaron que:

*"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las*

*administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información."*

***"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional."***

*"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad."*

*"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite,* ***la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica****".*

*"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera* ***la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada****.*

*"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues* ***lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña****."*

Es menester resaltar que, recientemente en Sentencia SL1452-2019 del 3 de abril del año 2019, Radicación N° 68852 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiterada en la Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, Radicación N° 68838 de la misma ponente; providencias en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estudió la figura de la ineficacia del traslado e indicó como puntos de análisis los siguientes:

*"Con el fin de ofrecer una mirada completa a los problemas jurídicos que plantea la recurrente, la Corte analizará (1) la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado."*

Para finalmente concluir que:

*"De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal cometió todos los errores imputados, Tercero, al sustraerse de su deber de verificar si la AFP brindó al afiliado información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado; segundo, al plantear que la suscripción del formulario de afiliación era suficiente para materializar el traslado; tercero, al invertir la carga de la prueba en disfavor de la demandante y, cuarto, al supeditar su ineficacia a que el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse."*

Por otro lado, en Sentencia SL3464-2019 del 14 de agosto del 2019 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló que:

*"(…) declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre)."*

Es pertinente traer a colación lo 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** en otras palabras ineficaz.

La Sala considera que, la información adquiere un status primordial 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 de 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)*

De lo esbozado anteriormente se tiene que, resulta inexacto 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 traslado de régimen en cualquier tiempo.

Del formulario de afiliación suscrito entre la demandante y las demandadas regentes del RAIS, se tiene que la jurisprudencia de la Corte estipula 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)*

Por ende, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe 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 de antesala las aristas de su traslado, que tienen incidencia tanto positiva como negativamente en su prestación a futuro. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Ahora bien, de la carga de la prueba en este tipo de asuntos se tiene que está en cabeza de las AFP y son estas quienes deben demostrar y acreditar sin asomo de duda que surtieron todas las actuaciones encaminadas a que los potenciales afiliados conocieran las implicaciones de su traslado tal como lo dictamina la Corte en su profuso análisis:

*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 del derecho de información de los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones, 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); percatándose este colegiado la ausencia total del cumplimiento de dichas disposiciones por parte de **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** al momento de surtirse los traslados de régimen, al no obrar dentro del sumario prueba alguna que demuestre lo contrario, toda vez que, el deber de información le es exigible a los fondos desde la creación del sistema.

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** no le brindaron a la señora **MARTHA ISABEL CABRERA LOSADA**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones de los traslados y sus implicaciones.

Cabe destacar que, el traslado de régimen se efectuó con CAJANAL (COLPENSIONES) hacia **PROTECCIÓN S.A.** el 01/12/1995 y los posteriores traslado dentro del RAIS entre **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** el 01/11/1999 e inversamente entre las citadas el 01/07/2015, conforme a reporte de Asofondos que milita en el expediente y puesto que, los susodichos fondos privados no acreditaron 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 los traslados, bajo la ficción jurídica de que la demandante nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD.

**Devolución de Gastos de Administración**

Como la ineficacia establece 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 y en consecuencia para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P de la señora **MARTHA ISABEL CABRERA LOSADA**, implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que serán impuestas a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** a título de sanción por la omisión del deber de información.

Por lo anterior, y en atención a la consulta surtida en favor del ente público, se adicionará al numeral Cuarto del Fallo en estudio, en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** transferir a **COLPENSIONES** las sumas por conceptos de primas de seguros previsionales, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante y en general los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como también la devolución de las cotizaciones voluntarias a la actora, si se hicieron; lo anterior con

cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

No es de recibo los argumentos esgrimidos en las apelaciones, en el sentido de que **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** no están obligados a devolver rendimientos y gastos de administración, por cuanto, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado, volviendo las cosas al estado anterior y, por otro lado, dicho fondo tuvo en su poder los dineros, los cuales usufructuó, por ende, debe devolverlos en toda su integridad.

Se fundamenta lo previamente resuelto 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 destacar 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, toda vez que, los afiliados al sistema se encuentran legitimados para elevar en cualquier tiempo reclamos respecto de la afiliación, cotizaciones y todo componente de la pensión; así lo determinó la Corporación de cierre desde el 2013.

De los gastos de administración y demás emolumentos que se ordenaron retornar a **COLPENSIONES**, se tiene que, bajo los efectos de la ineficacia dichas sumas debieron ser descontadas por la administradora del RPMPD para la gestión del fondo común que va encaminado al reconocimiento de las prestaciones en el mentado régimen, siendo por conexidad imprescriptibles y de no ordenarse su restitución al fondo primigenio generaría un detrimento en el patrimonio de **COLPENSIONES** en favor de **PORVENIR S.A.** entidad ultima que se le impone dicha condena con cargo a su propio patrimonio a título de sanción por el no acatamiento de las disposiciones legales a su cargo.

Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, conforme artículo 365 numeral 1 del C.G.P., por la no prosperidad de los recursos impetrados.

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 Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 031 del 17 de febrero del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**:

Las sumas pagadas por concepto de primas de seguros previsionales, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante y en general los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como también la devolución de las cotizaciones voluntarias a la actora, si se hicieron; lo anterior con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** Las anteriores sumas deben devolverse junto con los rendimientos producidos**.** Confirmar el citado numeral en lo demás.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 031 del 17 de febrero del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, se fijan como agencias en derecho la suma de $1.000.000 cada una y en favor de la parte 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:
**f0b539272e1556de617c65a3f53f46efd1c84bf70312bb149b0015982a0d2154**
Documento generado en 23/04/2021 10:12:20 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

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