



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

AUDIENCIA NÚMERO 106

Juzgamiento

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

SENTENCIA NÚMERO 105

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° 199 del 16 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **JOSE FRANCISCO DONNEYS HERNANDEZ** 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° 76001-31-05-017-2019-00645-01.

ANTECEDENTES

El señor **DONNEYS HERNANDEZ** por medio de apoderado judicial pretende que, se declare la nulidad de los traslados efectuados con **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** regentes del RAIS; se ordene su regreso al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**; se ordene a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de sus aportes, bono pensional, rendimientos, gastos de administración, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión minina, sumas debidamente indexadas y se condene a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** por concepto de costas procesales.



Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor nació el 19/03/1962; que reporta 1.667 semanas cotizadas tanto en el RPMPD como en el RAIS; que el periodo reportado de cotizaciones en **COLPENSIONES** está comprendido entre el 28/08/1984 al 10/02/1999; indica que, fue abordado por un promotor de **PORVENIR S.A.**, el cual le manifestó que de trasladarse al susodicho fondo se podría pensionar en cualquier tiempo y obtendría una mesada pensional proporcional a su sueldo; aduce que, motivado por lo anterior efectuó traslado del RPMPD al RAIS con **PORVENIR S.A.** en enero de 1999.

Manifiesta que, el asesor de **PORVENIR S.A.** omitió informarle que los beneficios ofrecidos estaban sujetos al ahorro de la cuenta personal, rentabilidad de dicho ahorro y que su mesada sería inferior a la que podría haber obtenido en el RPMPD; reitera que, no se le informó acerca del denominado bono pensional, características, objeto y finalidad.

Que se trasladó de **PORVENIR S.A.** hacia **PROTECCIÓN S.A.** en el mes de diciembre del 2006 con fecha efectiva de enero del 2007 y actualmente cotiza con **PROTECCIÓN S.A.**; que elevó petición el 24/07/2019 ante **PORVENIR S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, solicitando la nulidad del traslado, no obstante, el 20/08/2019 **PORVENIR S.A.** se negó a lo peticionado.

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 los comprendidos del 1° al 4° y del 14° al 18°; parcialmente cierto el 6° afirmando que el actor si efectuó traslado, pero no le consta si la AFP Porvenir suministró la información o las circunstancias del traslado; que hacen parte del objeto del litigio el 10°, 12° y 20°; en cuanto a los demás indica que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *Inexistencia de la obligación, Buena fe de la entidad demandada, Prescripción, Legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y la Innominada o genérica.*



PORVENIR S.A. expresa frente a los hechos que, son ciertos el 15° y 16°; que no le constan del 1° al 4°, 14°, 17°,18° y respecto del resto señala que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró la excepción previa de **Falta de Integración del Litisconsorte Necesario**, toda vez que, refiere que el actor estuvo vinculado con Colfondos desde el 01/02/2002 hasta el 31/12/2003, resultando necesario su llamado a juicio; como excepciones de fondo propuso las denominadas: *Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.*

PROTECCIÓN S.A. por su parte aduce de los hechos que, el 1° es parcialmente cierto frente a las semanas cotizadas y de la fecha de nacimiento indica que debe ser demostrado con prueba idónea; que no es cierto el 14° respecto del traslado y cierto las semanas cotizadas con Protección; el 18° es cierto; que el 19° y 20° son manifestaciones de la contraparte debiendo ser demostradas por quien las alega; del resto de hechos expresa que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito:

Validez de la afiliación del actor a Protección, Ratificación de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre la formas, Prescripción, Compensación, 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, Buena fe de la entidad demandada administradora de fondos de pensiones y cesantía Protección S.A. y la Innominada o Genérica.

El A quo previo a proferir fallo resolvió la decisión previa **Falta de Integración del Litisconsorte Necesario** impetrada por **PORVENIR S.A.**, declarándola no probada esgrimiendo que de la documental aportada se observa que el demandante no estuvo afiliado a Colfondos, encontrándose la apoderada de **PORVENIR S.A.** conforme con la decisión.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 199 del 16 de diciembre del 2020, resolvió:

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



SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el señor JOSE FRANCISCO DONNEYS HERNANDEZ, de condiciones civiles conocidas en este trámite, con PORVENIR S.A. en el año 1999 y la afiliación posterior con PROTECCIÓN S.A. en el año 2006, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCION S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del señor JOSE FRANCISCO DONNEYS HERNANDEZ, de condiciones civiles conocidas en este proceso, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, este último rubro con cargo al propio presupuesto de PROTECCIÓN S.A. y por todo el tiempo que permaneció afiliado la demandante con esta entidad. Así mismo, se ordenará que PORVENIR S.A., traslade la totalidad de los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a su propio presupuesto por todo el tiempo que duró la afiliación del accionante con ese fondo de pensión.

CUARTO: DISPONER que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida del señor JOSE FRANCISCO DONNEYS HERNANDEZ de condiciones civiles conocidas en el plenario, la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual.

QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de la condena en costas en su contra.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., por haber sido vencidas en juicio, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente al momento del pago, a cargo de las entidades ya mencionadas y a favor del demandante.

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

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

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, las apoderadas judiciales de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** interpusieron recurso de apelación contra el proveído para lo cual manifestaron que:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

PORVENIR S.A. solicita que, se revoque el fallo en su integridad alegando que el fondo cumplió con todas sus obligaciones a su cargo para la época 1999 de la afiliación primigenia; que se le impone a la entidad obligaciones que no estaban a su cargo para la época del traslado como la indicación del capital necesario para adquirir la mesada; que se cumplió con el deber de información a través de sus asesores comerciales, personas altamente capacitadas en temas de seguridad social; que el actor tomó la decisión voluntaria y suscribió formulario de afiliación plenamente valido y conforme a los requisitos exigidos legalmente, documento que debe dársele el valor probatorio necesario; que el actor ratificó su voluntad cuando se trasladó a Protección; que tanto Porvenir como la codemandada Protección le suministró la debida información al actor, tanto que consta una re-asesoria con su actual fondo Protección

Que el deber de información es de doble vía, recayendo también en el demandante la obligación de informarse diligentemente de las decisiones que toma, pudiendo retornar al RPMPD cuando se le efectuó la re-asesoria y no lo hizo; que la conveniencia de un régimen u otro depende de variables imposibles de determinar al momento de la afiliación; que tampoco retornó al ISS cuando Asofondos publicó en diarios de amplia circulación dicha posibilidad, en vez de ello, se ratificó en el RAIS al trasladarse a Protección, debiéndose tener en cuenta los actos de relacionamiento.

Que la condena de devolución de los emolumentos del actor no es procedente, toda vez que, Porvenir ya trasladó los recursos a Protección; que los gastos de administración son descuentos realizados para la gestión del dinero del actor que generó los rendimientos y si estos últimos ya se trasladaron no es procedente que se ordene también los gastos; que conforme a las restituciones mutuas si el actor ya recibió sus rendimientos a los fondos les corresponde los gastos.

PROTECCIÓN S.A. solicita que, se revoque los numerales 1°, 2°, 3° y 6° debido a que el actor se trasladó de manera libre y voluntaria; no obstante, de confirmarse la sentencia, solicitó la absolución de la entidad respecto de los gastos de administración, sumas que se descontaron para la administración de los dineros con la mayor diligencia por su experticia conforme a la ley, gestión que se vio reflejada en los rendimientos generados; que se tratan de comisiones ya causadas; de las

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

condena en costas aduce que la entidad ha actuado con estricta sujeción a la ley y buena fe.

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).

Por otra parte, es preciso acotar que, de acuerdo con la prueba recaudada, el demandante no estuvo afiliado a Colfondos, por ende, no era viable su vinculación al proceso.

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 el señor **JOSE FRANCISCO DONNEYS HERNANDEZ** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y el posterior traslado dentro del RAIS realizado entre **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**; como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene la transferencia al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos causados por el demandante en el RAIS tales como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros, estudio del fenómeno de la prescripción y costas procesales.

El eje central estriba en determinar si **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** le suministraron al señor **DONNEYS HERNANDEZ**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados; información que le permitiera conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones.



De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo en cabeza de las mentadas AFP hacia el demandante, comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente; esta fase supone el acompañamiento 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*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 desfavor de la demandante y, cuarto, al supeditar su ineficacia a que el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse.”

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

“(…) declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 acotar 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** o en otras palabras ineficaz.

La Sala considera que, la información adquiere un status primordial en este tipo de actos, debido a que, las AFP tienen la obligación de 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*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*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 del demandante y no un traslado de régimen en cualquier tiempo.

Del formulario de afiliación suscrito entre el actor 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 quien lo suscribe; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión y sin información suficiente no hay autodeterminación, puesto que, el adquiriente 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***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** al momento de surtirse los traslados, al no obrar dentro del sumario prueba alguna que demuestre lo contrario.

Si bien milita en el expediente documental por parte de **PROTECCIÓN S.A.** en los que se observa formato de re-asesoría que enrostra la apoderada de **PORVENIR S.A.** en su apelación, cabe destacar que, este acto no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información al momento del traslado en que incurrió el fondo **PORVENIR S.A.** o en gracia de discusión **PROTECCIÓN S.A.**, puesto que, la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad.



A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** no le brindaron al señor **JOSE FRANCISCO DONNEYS HERNANDEZ**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones de los traslados y sus implicaciones.

Cabe destacar que, el traslado de régimen se efectuó entre el ISS hoy **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** el 01/03/1999 y el posterior traslado dentro del RAIS desde **PORVENIR S.A.** hacia **PROTECCIÓN S.A.** el 01/01/2007, conforme a reporte de Asofondos que milita en el expediente y debido que los susodichos fondos privados no acreditaron el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con el 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 el actor nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

Devolución de Gastos de Administración

Como la ineficacia establece que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del 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 del señor **JOSE FRANCISCO DONNEYS HERNANDEZ**, implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que serán impuestas a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** a título de sanción por la omisión del deber de información.

Por lo anterior, en atención a la consulta surtida a favor del ente público se adicionará al numeral Tercero del fallo en estudio, en el sentido de ordenar a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** transferir a **COLPENSIONES** las sumas por conceptos de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante y en general los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como también la devolución de las cotizaciones voluntarias al actor, si se hicieron; lo anterior con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**



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 del 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*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.

Costas

Respecto de este concepto, el legislador establece que es una condena preceptiva que se impone a la parte que pierde el proceso y/o le resulta desfavorable el recurso de apelación conforme al artículo 365 numeral 1 del C.G.P., sin consideraciones de orden subjetivo, debió a ello este colegiado encuentra acertado lo resuelto por el A quo respecto de esta condena en cabeza de **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, por ende, se dejara incólume esta parte de la decisión.

Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, conforme a la preceptiva legal citada en acápite anterior 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 Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 199 del 16 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete 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**

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL**CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES:**

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 199 del 16 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete 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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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:

5c9ea1edf9e829f4205500547cea4e29348f60bf46d61b530e3605db00c1e1c6

Documento generado en 23/04/2021 10:12:22 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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