



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

AUDIENCIA NÚMERO 142

Juzgamiento

Santiago de Cali, catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 142

Acta de Decisión N° 039

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° 176 del 04 de agosto del 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **FERNEY GARCIA MOSCOSO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, bajo la radicación N° 76001-31-05-018-2017-00482-02.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas en la demanda consisten en que, se declare la nulidad del traslado efectuado del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS regentado por **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**; se condene a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos y se condenen a las demandadas al pago de costas procesales.



Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor nació el 12/04/1963; que cotizó al RPMPD a través del ISS 325 semanas; que se trasladó al RAIS con **COLFONDOS S.A.**, el 07/12/1994 y posteriormente a **PROTECCIÓN S.A.**; que acredita un total de 1.250 semanas cotizadas al Sistema General en Pensiones; que el 13/06/2017, solicitó ante **COLPENSIONES** la anulación del traslado de régimen; que alega violación de las disposiciones normativas respecto del deber de información que no acató el fondo de las consecuencias del traslado; que el 15/06/2017, **COLPENSIONES** se negó a lo solicitado; que **PROTECCIÓN S.A.** por su parte generó respuesta el 15/06/2017 negándose a efectuar el traslado de régimen solicitado en la petición.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES indica que, son ciertos los hechos 1°, 3°, 5°, 6° y parcialmente el 4°; que no es cierto el 2°. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *Inexistencia de la obligación, Cobro de lo no debido, Prescripción, la Innominada y Ausencia de causa para demandar.*

PROTECCIÓN S.A. manifiesta que, son ciertos los hechos 2°, 3° y 6°; que no le consta el 4° y 5°; que el 1° contiene varios hechos de los cuales no le consta la fecha de nacimiento del actor, que es cierto que cotizó 325 semanas, que no le consta el traslado efectuado al RAIS por cuanto esta referido a otro fondo y no tuvo injerencia alguna. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de mérito denominadas:

Validez del traslado del actor al Protección, Ratificación de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, Inexistencia de la obligación alguna, Cobro de lo no debido, Falta de causa en las pretensiones de la demanda, Ausencia de derecho sustantivo, Carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, Prescripción, Compensación, Buena fe de la entidad demandada administradora de fondos de pensiones y cesantía Protección S.A. y la Innominada o genérica.



COLFONDOS S.A. expresa que, únicamente es cierto de forma parcial el hecho 1° en lo que respecta a las fechas de los traslados, de lo demás refiere que no le consta. Se opuso a las pretensiones e impetro las excepciones de fondo:

Inexistencia de la obligación, Falta de legitimación en la causa por pasiva, No existe prueba de causal de nulidad alguna, Prescripción, No se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, Buena fe, Compensación y Pago, Obligación a cargo exclusivamente de un tercero, Nadie puede ir en contra de sus propios actos, la Innominada o genérica, Ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y Ausencia de vicios del consentimiento.

Es pertinente subrayar que, la Sala tuvo conocimiento previo del proceso de la referencia y se profirió el Auto No. 022 del 10/04/2019 por medio del cual se declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda y se ordenó la integración de **PORVENIR S.A.** como litis consorte necesario, conservándose las pruebas practicadas, la entidad integrada se notificó el 25/11/2019 y de conformidad al Auto Interlocutorio No. 1.211 del 14/07/2020 proferido por el A quo, se tuvo por no contestó la demanda por parte de **PORVENIR S.A.**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 176 del 04 de agosto del 2020, resolvió:

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

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

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A, para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor FERNEY GARCÍA MOSCOSO, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y las cuotas de administración previstas en el artículo 13, literal q) y

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta última debidamente indexada y a cargo de su propio patrimonio.

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

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

SEXTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A como parte vencida en juicio y en favor del señor FERNEY GARCÍA MOSCOSO. Se señalan como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV a cargo de cada una de esas entidades.

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

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con el fallo de primera instancia, el apoderado judicial de **PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación, esgrimiendo como argumentos de su discrepancia lo siguiente:

Solicita que se revoque el numeral 3° del fallo, toda vez que, la comisión de administración es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan en la cuenta de su afiliado, descuentos autorizados por la ley para la gestión de los recursos con la mayor diligencia y cuidado durante todo el tiempo que ha estado afiliado el demandante evidenciándose en los rendimientos generados; indica que, no es procedente el retorno de los gastos de administración porque se tratan de comisiones ya causadas; que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelva a su estado anterior en estricto sentido debe entenderse que el contrato no se dio y por ende la AFP no debió administrar los recursos del demandante, que los rendimientos no se causaron y tampoco se debió cobrar cuota de administración, de conformidad al art 1746 del C.C.

Frente a las sumas de seguros previsionales aduce que, en ambos regímenes operan para el cubrimiento de los siniestros que se presenten por invalidez y

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

sobrevivencia, descuento realizado mes a mes y girado a la aseguradora con el objeto de que cubra en el RAIS la suma adicional requerida cuando haya lugar al reconocimiento de las prestaciones citadas, resultando inviable su devolución por tratarse de terceros de buena fe.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA**Cuestión Preliminar**

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

El problema jurídico a resolver se circunscribe en establecer por esta Sala de Decisión si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **FERNEY GARCIA MOSCOSO** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **COLFONDOS S.A.** y los posteriores traslados realizados con **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene la transferencia al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** 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 **COLFONDOS S.A.**, **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** le suministraron al señor **GARCIA MOSCOSO**, 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,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 un 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.**”*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*“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).”



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** es decir ineficaz.

La información adquiere un status primordial en este tipo de actos, en los cuales las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado y sus implicaciones, 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.**”*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

De lo esbozado 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.

Del formulario de afiliación suscrito entre el demandante y las demandadas regentes del RAIS, 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; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación, puesto que, el potencial afiliado debe conocer de antesala las aristas de sus traslados y las implicaciones que devienen en su prestación a futuro, documento que no suple las deficiencias en materia informativa. (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 el alcance de sus traslados 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 **COLFONDOS S.A.**, **HORIZONTE** hoy **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, dado que, desde el nacimiento de los fondos con la Ley 100/93 le fueron impuestas dichas obligaciones.

Cabe destacar que, se practicó interrogatorio de parte efectuado por la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** al señor **GARCIA MOSCOSO**, el cual manifestó que: no recuerda si el fondo le efectuó re-asesoría el 20/11/2014, que su hermano Jaime García no le entregó documento de re-asesoría porque se encontraba trabajando en República Dominicana, que respecto del documento firmado presuntamente por el de re-asesoría no recuerda recibirlo; finalmente se le cuestionó si Protección le entregó comparativo de su mesada en dicho fondo y Colpensiones, si le indicaron la posibilidad de trasladarse antes de entrar en la prohibición de trasladarse de régimen, que para pensionarse en el RAIS requería



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

un monto en su cuenta de ahorro individual sin importar la edad o tiempo cotizado a lo que el actor dijo que no recordaba o un no rotundo.

Si bien milita en el expediente documental por parte de **PROTECCIÓN S.A.** en los que se observa formato de re-asesoría y publicaciones en diarios de amplia circulación nacional acerca de la oportunidad de trasladarse de régimen, cabe destacar que, estos servicios no tienen la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información al momento del traslado en que incurrieron los fondos privados, puesto que, la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad.



Se anexa certificación de Asofondos que milita en el expediente, por medio del cual se observan los traslados efectuados por el actor, veamos:



No. 451326

LA ASOCIACION COLOMBIANA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS

INFORMA QUE:

En el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones y de Cesantía (SIAFP), administrada por esta Asociación, el (la) señor(a) **FERNEY GARCIA MOSCOSO** identificado(a) con Cédula de ciudadanía (CC) No. 16270055, figura como afiliado(a) a la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCION, desde el veintiocho (28) de OCTUBRE de dos mil nueve (2009). Y presenta los siguientes registros en este régimen.

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	AFP destino	AFP origen	Fecha inicio actividad	Fecha fin efectividad
Traslado régimen	1994-12-07	COLFONDOS	COLPENSIONES	1995-01-01	2007-11-30
Traslado fondo	2007-10-23	HORIZONTE	COLFONDOS	2007-12-01	2009-11-30
Traslado fondo	2009-10-28	PROTECCION	HORIZONTE	2009-12-01	

(Cuadro con historial de vinculaciones ordenado por fecha de afiliación)

La información contenida en este documento fue suministrada por PROTECCION, el cual es responsable por la veracidad de la misma.

Asofondos es una entidad gremial sin ánimo de lucro cuyo objeto principal es la prestación de servicios a las Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía afiliadas. Asofondos no tiene a su cargo la prestación de servicio público ni está obligado a la entrega de información a terceros.

La presente constancia se expide por expresa solicitud del interesado a los dieciséis (16) días del mes de JULIO de dos mil veinte (2020), en la ciudad de Bogotá D.C.

Cordialmente,

SANDRA LILIANA SALGADO G.
Gerente Operativa

Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía
Calle 72 No. 8-24 Oficina 901 Bogotá, D.C. Colombia
PBX: 3484424 * Fax: 2121142 * www.asofondos.org.co

Página 1 de 1

A raíz de lo expuesto se colige que, **COLFONDOS S.A.**, **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** no le brindaron al señor **FERNEY GARCIA MOSCOSO**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones, características e implicaciones de sus traslados y dado 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

los traslados, bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

Devolución de Gastos de Administración y Otros

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del demandante (*traslado de régimen*) y posteriores, que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, debido a la proximidad del cumplimiento del requisito de edad para pensionarse y para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P del señor **FERNEY GARCIA MOSCOSO**, involucra la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que serán impuestas a **COLFONDOS S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** a título de sanción por la omisión del deber de información.

Es pertinente acotar que, no es de recibo por esta Sala los argumentos esgrimidos en la apelación, en el sentido de que **PROTECCIÓN S.A.** y en gracia de discusión los demás fondos en la premisa de que no están obligados a restituir los gastos de administración, toda vez que, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado primigenio al RAIS y posteriores, volviendo las cosas al estado inicial y, por otro lado, los citados fondos tuvieron en su poder los dineros, los cuales usufructuaron, por ende, deben devolverlos en toda su integridad.

En virtud de la consulta surtida en favor de **COLPENSIONES**, se adicionará al numeral Tercero y Cuarto del fallo en estudio, los concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante y la devolución de las cotizaciones voluntarias al actor, si se hicieron, sumas con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **COLFONDOS S.A.**, **HORIZONTE** hoy **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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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

De la citada excepción 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, el afiliado está legitimado

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

sin límite temporal a reivindicar temas relacionados con su afiliación, cotizaciones y en general todo componente de la pensión, máxime que, los hechos o estados jurídicos son imprescriptibles, así lo determinó la Corporación de cierre.

Costas

Respecto de este concepto vale aclarar que, 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 de conformidad con el artículo 365 numeral 1 del C.G.P., sin consideraciones de orden subjetivo, por ende, la decisión del A quo en este apartado del fallo se encuentra conforme a derecho, razón por la cual se dejara indemne este aspecto de la decisión en estudio.

Costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, por la no prosperidad de su recurso de conformidad a lo anteriormente expuesto.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR al numeral Tercero y Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 176 del 04 de agosto del 2020, las sumas pagadas por concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante y la devolución de las cotizaciones voluntarias al actor, si se hicieron, sumas con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **COLFONDOS S.A.**, **HORIZONTE -PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. **CONFIRMAR** los citados numerales en lo demás.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 176 del 04 de agosto del 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.



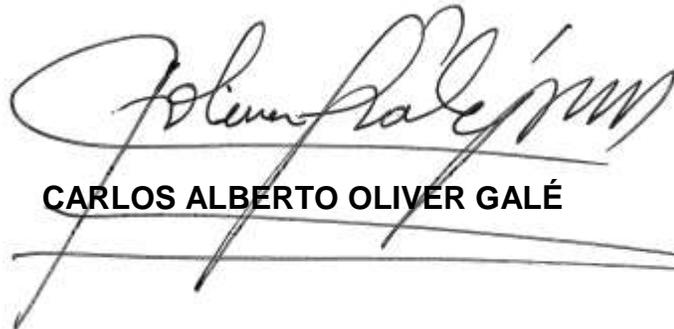
TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 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.

NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO VIRTUAL EFICAZ

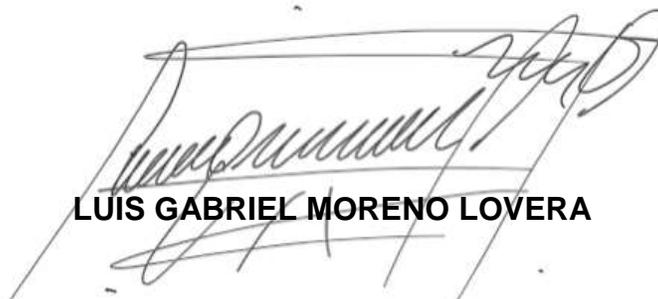
Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ



Art. 11 Dec. 49128-03-2020
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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:

d879ccad1397fa0e22f0a6b3c0ec4408409c5b6955bdd4854a25a307da0450ac

Documento generado en 14/05/2021 11:58:39 AM

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