



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

AUDIENCIA NÚMERO 143

Juzgamiento

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

SENTENCIA NÚMERO 143

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° 021 del 17 de febrero del 2021, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MARGARITA MARIA MORENO PIEDRAHITA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la integrada como litis consorte necesario **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, bajo la radicación N° 76001-31-05-011-2019-00518-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas en la demanda consisten en que, se declare la ineficacia del traslado efectuado en diciembre de 1994, del RPMPD administrado por **COLPENSIONES** al RAIS regentado por **PORVENIR S.A.**; se le admita nuevamente en el RPMPD regido por **COLPENSIONES** junto con el traslado de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, intereses, gastos de administración e indexación y se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.



Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, la actora nació el 28/01/1969; que cotizó 256 semanas al ISS; que se trasladó en el año 1996 con COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** y cotizó 141 semanas; que se trasladó nuevamente en octubre del 2001 a **PORVENIR S.A.** y cotizó 72 semanas.

Manifiesta que, no recibió información por parte de las AFP acerca de los términos y condiciones para adquirir su pensión de vejez, proyección pensional, modalidades y derecho de retracto; indica que, fue inducida en error al permanecer en el RAIS bajo la premisa de una mejor condición para obtener su derecho pensional, valor superior y de forma anticipada; aduce que, se presenta una diferencia considerable entre la mesada en el RAIS y RPMPD.

Refiere que, radicó formulario de afiliación ante **COLPENSIONES** el 20/08/2019, no obstante, la entidad se negó por la proximidad al cumplimiento de requisito de edad para pensionarse; que previamente solicitó ante **PORVENIR S.A.** el 09/08/2019, copia del formulario de afiliación, estudios realizados de su pensión e historia laboral, a lo que la entidad accedió y entregó al instante.

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°, 11°, 14° y parcialmente el 4° y 5°; que no es cierto el 3°; respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *Inexistencia de la obligación y Cobro de lo no debido, la Innominada, Buena fe y Prescripción.*

PORVENIR S.A. señala como ciertos los hechos 3°, 5°, 12° y 13°; como no cierto el 6°; no acepta el 7° y 8° por tratarse de conclusiones de carácter subjetivo de la contraparte; del resto expresa que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito: *Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.*

El A quo mediante Auto Interlocutorio No. 1690 del 27/07/2020 resolvió vincular a **PROTECCIÓN S.A.** en calidad de litis consorte

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

necesario por pasiva, toda vez que, el mentado fondo efectuó el traslado de régimen de la demandante.

PROTECCIÓN S.A. por su parte al contestar manifiesta que, son ciertos los hechos 2°, 4°, 5° y parcialmente el 1° en lo que refiere que no es beneficiaria del régimen de transición; que no es cierto del 6° al 9°; que no es un hecho el 15° y respecto del resto indica que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de mérito denominadas:

Validez de la afiliación a Protección S.A., Validez del traslado de régimen del RPM al RAIS y en consecuencia del traslado entre AFP'S realizado por la demandante, Buena fe, Inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, 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 afecta derechos de terceros de buena fe, Prescripción, Carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, Inexistencia de engaño y de expectativa legítima, Nadie puede ir en contra de sus propios actos, Ratificación de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, Compensación y la Innominada o Genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 021 del 17 de febrero del 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, señora MARGARITA MARÍA MORENO PIEDRAHITA, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y en consecuencia, generar el regreso automático al RPMPD administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo considerado en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todas las cotizaciones, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado de la señora MARGARITA MARÍA MORENO PIEDRAHITA.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

PENSIONES – COLPENSIONES, todas las comisiones y gastos de administración que recibieron con ocasión del traslado de la señora MARGARITA MARÍA MORENO PIEDRAHITA, por el tiempo que estuvo afiliada a cada una de estas entidades.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a que reciba a la señora MARGARITA MARÍA MORENO PIEDRAHITA en el RPM y reciba las sumas provenientes de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. para financiar la prestación económica que como Administradora del Régimen de Prima Media debe asumir en favor de la demandante, cuando haya lugar a ella.

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas. Por secretaría inclúyase en la liquidación de costas como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV, a cargo de cada una de las demandadas.

SEXTO: Si no es apelada esta providencia, CONSÚLTESE con el Superior.”

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, esgrimiendo como argumentos de su discrepancia lo siguiente:

- **PORVENIR S.A.** solicita que, se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas en la contestación y se revoque todas las condenas impuestas al fondo, toda vez que, se le entregó de forma verbal la información a la demandante en el traslado horizontal y para la época del traslado no existía la obligación de documentar la asesoría a excepción del formulario de vinculación, no pudiéndose alegar que dicho documento no es prueba suficiente imponiéndosele a los fondos la carga de allegar un documento diferente al formulario. Porvenir cumplió con sus obligaciones legales de aquel tiempo diferente a los impuestos en la actualidad desde el 2015; no puede colegirse o probarse por acción u omisión la declaratoria de ineficacia de los traslados efectuados por la demandante, que en la demanda no se logra determinar cual es la inconformidad respecto de la gestión de Porvenir ni se presentó queja o reclamo alguno con anterioridad a la presentación de la demanda, la inconformidad surge a portas de adquirir su derecho pensional y no obedece al supuesto engaño o falta de información sino de razones de carácter económico que no constituye un engaño por el no cumplimiento de expectativas, toda vez que, la conveniencia de un régimen u otro está sujeto a variables y factores personales.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

La decisión del traslado y elección de régimen está en cabeza de la actora y estaba en plena capacidad en aquel entonces; que no está en discusión el derecho pensional sino el acto de afiliación que está sujeto a prescripción; el deber de información es de carácter recíproco estando en cabeza también de la demandante. De los gastos de administración refiere que, si la consecuencia jurídica de la ineficacia es que la demandante no estuvo vinculada en el RAIS y por tanto no hubo dinero en su cuenta de ahorro individual, no siendo procedente la devolución de los rendimientos por cuanto no hubo gestión de los recursos ni generación de rendimientos; de los gastos de administración aduce que, fueron utilizados para la protección de las contingencias de vejez, invalidez y muerte; que la entidad obró de buena fe y conforme a derecho, de ordenarse la devolución de los mentados gastos se ocasionaría un detrimento patrimonial a Porvenir y un enriquecimiento sin justa causa a cargo de Colpensiones.

- **PROTECCIÓN S.A.** se opone a la devolución de gastos de administración, toda vez que, la norma establece y autoriza dicho descuento del aporte de la demandante con el propósito de financiar el RAIS, máxime que, los mismos son necesarios para el manejo de la cuenta de cada afiliado permitiendo la reinversión de los mismos de manera que los afiliados vean los resultados de la inversión a través de los rendimientos generados que acrecienta la cuenta, que dichas comisiones ya se encuentran causadas. Que no puede desconocerse que el bien administrado produjo un fruto o mejora que son los rendimientos y si se aplicara en estricto sentido la nulidad del derecho privado la demandante debe retornar los rendimientos al fondo y este a su vez los gastos de administración

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 la señora **MARGARITA MARIA MORENO PIEDRAHITA** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** y el posterior traslado dentro del RAIS realizado con HORIZONTE hoy **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, estudio del fenómeno de la prescripción y costas procesales.

El eje central estriba en determinar si COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** y HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** le suministraron a la señora **MORENO PIEDRAHITA**, 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 la demandante, comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente; esta fase supone el acompañamiento a la actora y su interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

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

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia Radicación N° 33083 del 22 de noviembre del año

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

2011, MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón, rememora las Sentencias del 9 de septiembre del año 2008, Radicaciones N° 31989 y N° 31314, las cuales manifestaron que:

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.”

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

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

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

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

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

Respecto a los múltiples traslados de AFP:

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

Es menester resaltar que, recientemente en Sentencia SL1452-2019 del 3 de abril del año 2019, Radicación N° 68852 MP Clara Cecilia

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 y son las AFP quienes 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:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*“Para este tipo de asuntos, se repite tales, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el **monto de la pensión que en cada uno se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación.** Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba siendo aplicable.”*

Ahora bien, respecto de los conceptos 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 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.

Del formulario de afiliación suscrito entre la demandante y las demandadas regentes del RAIS, es menester destacar que, la jurisprudencia estipula respecto de esta documental 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. *(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:



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** y HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** al momento de surtirse los traslados, al no obrar dentro del sumario prueba alguna que demuestre lo contrario, toda vez que, dichas obligaciones surgieron desde su creación con la Ley 100 de 1993.

Se anexa el reporte de Asofondos que milita en la contestación de **PORVENIR S.A.**, por medio del cual se observan los traslados efectuados por la demandante, veamos:

Asofondos | Pasa a la columna de administradoras de fondos de pensiones y cesantías

USUARIO: PVAPALACIOSP01 | ALBA YINETH PALACIOS PALACIOS | 13 de Enero de 2020 | Registrar servicio | Buscar en Web SIAFP

A través de la opción eventos especiales que se encuentra en la consulta de Vista Integral e Historial de Novedades, pueden visualizar las modificaciones que los afiliados han tenido:

- Afiliados
- Personas
- Aportantes
- Pagos
- Entrega HI al RPM
- Documentación
- Usuarios
- Gestor de Tarjetas

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 8:24:24 AM
Afiliado: CC 31986206 MARGARITA MARIA MORENO PIEDRAHITA [Ver datos](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 31986206							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1996-05-08	2004/04/16	COLMENA	COLPENSIONES		1996-07-01	1999-07-31
Traslado de AFP	1999-06-03	2004/04/16	HORIZONTE	COLMENA		1999-08-01	2013-12-31
Cesión por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 31986206					
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Códigos de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1996-05-08	1996-09-11	01	AFILIACION	COLMENA	
1999-06-03	1999-07-09	79	TRASLADO AUTOMATICO	HORIZONTE	COLMENA

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Imprimir | Regresar



A raíz de lo expuesto se colige que, COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** y HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** no le brindaron a la señora **MARGARITA MARIA MORENO PIEDRAHITA**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones, características de cada régimen como también las implicaciones de cada traslado y su permanencia en el RAIS; dado 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 nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD.

Devolución de Gastos de Administración y Otros

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos de la 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 de la señora **MARGARITA MARIA MORENO PIEDRAHITA**, implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que serán impuestas a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR 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 las apelaciones, en el sentido de que **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** 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.

Ahora bien, en virtud de la consulta surtida a favor del ente público, se adicionará al numeral Tercero del fallo en estudio, las sumas por concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; así como cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante, la devolución de las cotizaciones voluntarias a la actora, si se hicieron, sumas con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

los respectivos periodos de vinculación en COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** y HORIZONTE hoy **PORVENIR 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 de la 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,***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 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, 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 de fallo se encuentra conforme a derecho respecto de Colpensiones y Porvenir, razón por la cual se dejara incólume este aspecto de la decisión en estudio.

Costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** como apelantes infructuosos de conformidad a la norma citada en acápite anterior.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR al numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 021 del 17 de febrero del 2021, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, las sumas pagadas por concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; así como cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

favor de la demandante, la devolución de las cotizaciones voluntarias a la actora, si se hicieron, sumas con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en COLMENA **-PROTECCIÓN S.A.** y HORIZONTE **-PORVENIR 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° 021 del 17 de febrero del 2021, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali.

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

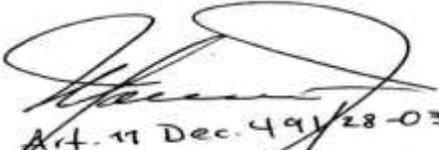
QUINTO: Por Secretaría remítase copia de esta providencia a los correos registrados por las partes y apoderados. Déjese constancia en el expediente digital de esta remisión.

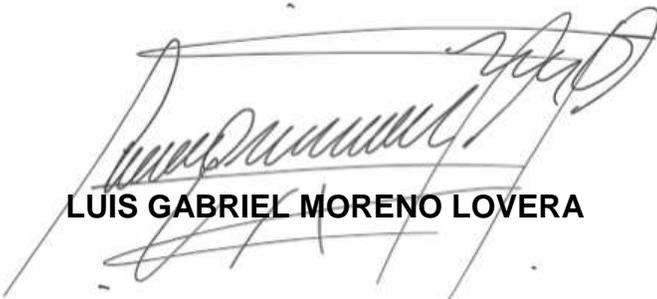
NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO VIRTUAL EFICAZ

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ




Art. 11 Dec. 491/28-03-2020
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO


LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Firmado Por:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 005 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

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

Código de verificación:
d7d544061dbeb490e2d69feddef6022ccc31ad8f87c15a9d79ff662fd5b0b8a9
Documento generado en 14/05/2021 11:58:41 AM

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