



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

AUDIENCIA NÚMERO 145

Juzgamiento

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

SENTENCIA NÚMERO 145

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° 250 del 14 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **GLORIA AMELIA CANABAL URBANO** 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° 76001-31-05-004-2017-00644-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por la demandante consisten en que, se declare la nulidad de su traslado efectuado del RPMPD administrado por **COLPENSIONES** al RAIS regentado por **PORVENIR S.A.** y se condene a las demandadas al pago de costas procesales.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, la actora nació el 01/05/1963; que cotizó al ISS hoy **COLPENSIONES** 596,57 semanas entre el 30/10/1979 al 31/10/1994; que se trasladó a **PORVENIR S.A.** en noviembre del 2007.



Que elevó petición ante **COLPENSIONES** el 22/12/2014, solicitando su traslado de conformidad a la sentencia SU 062; que el 08/11/2017, radicó petición ante **PORVENIR S.A.** con el fin de obtener copia de proyección pensional, reglamento de funcionamiento y oportunidad de retracto con recibido, adicionalmente solicitó su traslado de régimen; que el 09/11/2017 solicitó nuevamente ante **COLPENSIONES** su traslado, no obstante, la entidad se negó; que el 14/11/2017, **PORVENIR S.A.** generó respuesta y adujo que la asesoría se dio de forma verbal, que el reglamento de funcionamiento esta al reverso del formulario de vinculación y que no es procedente efectuar el traslado por la proximidad del cumplimiento de requisito de edad para pensionarse.

Refiere que, el fondo privado incumplió con las obligaciones del decreto 1161 de 1994, tales como, derecho de retracto, proyección pensión y reglamento de funcionamiento; finalmente manifiesta que, en la actualidad se encuentra afiliada a **PORVENIR S.A.**

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES indica que, no le constan los hechos 5°, 8° y 9°; respecto del resto aduce que son ciertos. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *la Innominada, Inexistencia de la obligación y Cobro de lo no debido, Prescripción, Buena fe, Compensación e Imposibilidad de condena simultanea de indexación e intereses moratorios.*

PORVENIR S.A. manifiesta que, no le constan los hechos 4°, 6° y 7°; que no es cierto el 9° y del resto señala que son ciertos. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito: *Prescripción, Falta de Causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, Buena fe, Prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, Enriquecimiento sin causa y la Innominada o genérica.*

El A quo mediante Auto No. 2032 del 29/07/2019 resolvió vincular a **PROTECCIÓN S.A.** en calidad de litis consorte necesario, toda vez que, el mentado fondo efectuó el traslado de régimen de la demandante.



PROTECCIÓN S.A. al contestar indicó que, no es cierto el hecho 9° y respecto de los demás expresa que no le constan. Se opuso a la pretensión 1° de las demás refiere que no le corresponde pronunciarse, toda vez que, no están dirigidas a la entidad e impetró las excepciones de mérito denominadas: *Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Inexistencia de la obligación, Cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, Validez de la afiliación del actor al RAIS, Compensación, Buena fe de la entidad demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Innominada o Genérica.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 250 del 14 de diciembre del 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito, propuestas por las entidades demandas PORVENIR S.A, PROTECCION S.A y COLPENSIONES, por las razones esgrimidas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora GLORIA AMELIA CANABAL URBANO realizada en el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A, así como también se declara la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante en el fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

TERCERO: ORDENAR a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- la totalidad de lo ahorrado por la demandante, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- que proceda a recibir por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., la totalidad de lo ahorrado por la demandante señora GLORIA AMELIA CANABAL URBANO en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración, afiliando nuevamente COLPENSIONES a la demandante y conservando para ese efecto la actora, todos sus derechos y garantías, que tenía en el régimen de prima media con prestación definida, antes de efectuarse el traslado al Régimen de Ahorro Individual.

QUINTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de Consulta de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal laboral modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2.007

SEXTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a la suma de \$900.000 por concepto de costas procesales,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A a la suma de \$ 900.000, por concepto de costas procesales y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la suma de \$200.000 por concepto de costas procesales.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, las apoderadas judiciales de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación, esgrimiendo como argumentos de su discrepancia lo siguiente:

- **PORVENIR S.A.** solicita se revoque el fallo, se absuelva al fondo y se declaren probadas las excepciones de mérito propuestas en la contestación, toda vez que, no existen razones para declarar la ineficacia pues la entidad al recibir la solicitud de la demandante se trató de un traslado horizontal y bajo el principio de la buena fe, no existían razones para que Porvenir hubiese dudado de la validez de la afiliación de la actora con Protección en el año 94, máxime que, que ya habían pasado más de diez años desde que se trasladó, realizando de manera oportuna sus aportes a la misma.

Aduce que, la demandante recibió información en ambos traslados sobre todo con Porvenir, como se corrobora con el formulario de afiliación, documento que no se le dio el valor probatorio suficiente, en la medida que en este documento se prueba la voluntad de la actora de trasladarse al RAIS, se acreditó que recibió asesoría con la firma del formulario y en el correspondiente acápite consta la persona que proporcionó lo asesoría con la cual la demandante tomó la decisión de trasladarse; no desconoce que en cabeza de los fondos existía un deber de información desde su nacimiento, el problema es que la información se daba de forma verbal sin que eso signifique que se faltó a dichas obligaciones.

Que la demandante tuvo oportunidades para trasladarse de régimen, sobre todo, se le informó a través de publicación en el periódico EL TIEMPO a todos los afiliados del RAIS la posibilidad de retornar al RPMPD, no obstante, la demandante no se trasladó al RPMPD, sino que se trasladó a otro fondo del RAIS;

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Que la actora estaba en plena capacidad en aquel entonces para trasladarse; que producto de la ineficacia el fondo debe trasladar rendimientos, aportes y gastos de administración, destaca que, los rendimientos son una característica del RAIS para capitalizar los aportes de los cuales se descontaba los gastos de administración para tener la estructura de inversión y generar los rendimientos, por ende, resulta improcedente la devolución de los gastos de administración con destino a Colpensiones puesto que sin ellos no se habrían generado los rendimientos y el fondo público no administró los recursos de la actora desde el 94; que en caso de confirmarse parcialmente la decisión solicita se revoque la devoción de gastos de administración.

- **COLPENSIONES** manifiesta que, la demandante decidió de manera libre y voluntaria trasladarse a su fondo actual por lo que es de plena validez y no es posible declarar vicios en el consentimiento; aunado a lo anterior y conforme al art. 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art 2 de la ley 797 del 2003, señala que una vez entrada en vigencia la precitada norma no podrá trasladarse de régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad de pensionarse, resaltando que la demandante cuenta con la edad de 57 años, por otro lado se evidencia que se trasladó dentro del mismo régimen a dos AFP por lo se observa que no tuvo ánimo de regresar al RPMPD administrado por Colpensiones, por ende, solicita que se absuelva y revoque la sentencia.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **GLORIA AMELIA CANABAL URBANO** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **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 **PROTECCIÓN S.A.** y HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** le suministraron a la señora **CANABAL URBANO**, 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 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.- SL 1688-2019 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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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

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

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

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

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

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

Respecto a los múltiples traslados de AFP:

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

“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:

*“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 como lo propone la apoderada de Colpensiones.

Del formulario de afiliación suscrito entre la demandante y las demandadas regentes del RAIS, 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)

Tampoco implica una ratificación, el hecho de que la demandante se haya trasladado entre fondos del RAIS, pues, la mácula que deja la ineficacia viene desde el primigenio traslado, amén de que ninguno de los fondos suministró la información en los términos indicados en esta sentencia.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece el derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse.

De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d); percatándose este colegiado la ausencia total del cumplimiento de dichas disposiciones por parte de **PROTECCIÓN S.A.** y **HORIZONTE** hoy **PORVENIR 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 en la que se observa publicación de comunicados de prensa en diarios de amplia circulación Nacional, considera esta Sala que, este servicio no tiene la aptitud de subsanar la deficiencia de información al momento de los traslados, 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 se colige que, **PROTECCIÓN S.A.** y **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** no le brindaron a la señora **GLORIA AMELIA CANABAL URBANO**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen solicitado el 21/10/1994 y el posterior traslado entre AFP del RAIS solicitado el 09/12/2007, como consta en los formatos de vinculación y puesto que los fondos privados no acreditaron el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo, 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 al 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 **GLORIA AMELIA CANABAL URBANO**, implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que serán

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 la apelación de **PORVENIR S.A.**, en el sentido 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, el fondo tuvo en su poder los dineros, los cuales usufructuó, por ende, deben devolverlos en toda su integridad.

Ahora bien, en virtud de la consulta surtida a favor del ente público, se modificara el numeral Tercero del fallo en estudio y en su lugar se ordenara a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** la transferencia a **COLPENSIONES** las sumas por concepto de cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, 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 de la demandante y 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 **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,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 adocinado 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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Porvenir y Colpensiones, razón por la cual se dejara incólume este aspecto de la decisión en estudio.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, 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: MODIFICAR el numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 250 del 14 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** las sumas generadas en el RAIS por la señora **GLORIA AMELIA CANABAL URBANO** por concepto de:

Cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, pagos 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 de la demandante y 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 **PROTECCIÓN S.A.** y **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 250 del 14 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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:

788c675755a72c8bdbbe49523b0fe8c92a8342d599c88c7ab93f6db619f370965

Documento generado en 14/05/2021 11:58:45 AM

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