TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA LABORAL

AUDIENCIA NÚMERO 180

Juzgamiento

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 181

Acta de Decisión N° 044

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° 076 del 25 de marzo del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MAGOLA EUGENIA MOLINA CEBALLOS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, bajo la radicación N° 76001-31-05-007-2021-00046-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por la actora consisten en que, se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS regentado por SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** y los posteriores traslados realizados con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**; se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de sus aportes, bonos pensionales, rendimientos y se condene a las accionadas al pago de costas procesales.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, la actora nació el 12/11/1962; que se encuentra afiliada a **PORVENIR**

S.A.; que empezó a cotizar al ISS hoy **COLPENSIONES** desde el 18/11/1987; que cotizó 323 semanas ante **COLPENSIONES** y 278 semanas a través de otros fondos del RPMPD conforme a CETIL.

Que se trasladó del ISS hoy **COLPENSIONES** a SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.**, el 14/06/2000 sin mediar información relevante de las implicaciones del traslado de régimen, tales como, ventajas, desventajas, capital necesario para pensionarse, plan de pensiones entre otros; refiere que, SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** solo le manifestó la posibilidad de pensionarse anticipadamente omitiendo los requisitos para llegar a ello.

Que efectuó los siguientes traslados dentro del RAIS y aduce que ninguno ni verbal ni por escrito le presentaron plan de pensiones, comparativo de mesada y la posibilidad de ser más beneficioso trasladarse a **COLPENSIONES**:

FECHA DE TRASLADO	FONDO ORIGEN	FONDO RECEPTOR
26/02/2001	SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.**	**PORVENIR S.A.**
22/10/2003	**PORVENIR S.A.**	SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.**
06/06/2008	SANTANDER-ING hoy **PROTECCIÓN S.A.**	HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**

Que **PORVENIR S.A.** el 05/11/2020 le hizo entrega de proyección pensional, la que arrojó una posible mesada más favorable en **COLPENSIONES**; que a la fecha cuenta con 1.364 semanas; que el 19/11/2020, radicó petición ante **PORVENIR S.A.** solicitando su traslado a **COLPENSIONES**, no obstante, la entidad se negó; que el 18/12/2020, elevó similar solicitud de traslado ante **COLPENSIONES**, sin embargo, también se negó

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES manifiesta que, son ciertos los hechos enumerados del 1° al 4°, 17°, 20°, 21° y 23°, respecto del resto señala que no le

constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *Inexistencia de la obligación, Cobro de lo no debido, Nadie esta obligado a lo imposible-Principio general del derecho, Prescripción, la Innominada y Buena fe.*

PROTECCIÓN S.A. señala que, no son ciertos los hechos enumerados del 6° al 12°; que es cierto el 14° y parcialmente el 5°; que el 13° es un apreciación subjetiva de la contraparte y respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito: *Prescripción, Inexistencia de la obligación, Cobro de lo no debido y Falta de causa en las pretensiones de la demanda, Validez de la afiliación de la parte actora al RAIS, Buena fe de la entidad demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A. y la Innominada o genérica.*

PORVENIR S.A. fue notificada por el Juzgado de Conocimiento el 12/02/2021, a través de los correos electrónicos notificacionesjudiciales@porvenir.com.co y procesosdecreto806@porvenir.com.co, no obstante, la entidad no ejerció su derecho a la defensa en termino, por ende, el A quo mediante Auto Interlocutorio No. 690 del 17/03/2021 tuvo por no contestada la demanda por parte de **PORVENIR S.A.**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 076 del 25 de marzo del 2021, resolvió:

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

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación efectuada por la señora MAGOLA EUGENIA MOLINA CEBALLOS identificada con la CC. No. 30.282.993 al fondo SANTANDER hoy PROTECCION SA, posterior traslado al fondo PORVENIR S.A., seguidamente al fondo SANTANDER hoy PROTECCION SA y finalmente al fondo BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR SA. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y por lo mismo siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

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

CUARTO: ORDENAR a PROTECCION SA y PORVENIR SA, a devolver, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el

porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio.

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

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

SEPTIMO: Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

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

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, los apoderados judiciales de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** interponen recurso de apelación, para lo cual manifestaron que:

COLPENSIONES solicita se revoque el fallo y se absuelva a la entidad de conformidad a los precedentes de la Corte Constitucional en materia de traslados C-1024 del 2004 y SU-062 del 2010, en los que se indica que, nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos de los demás afiliados del RPMPD, debido a que el fondo común se descapitalizaría, que el derecho a la libre elección de régimen no constituye un derecho absoluto y admite algunas excepciones que pueden conducir a una diversidad de trato, por lo que no tendría la demandante derecho a trasladarse; no obstante, en el eventual caso de confirmarse la sentencia solicita que las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración sean debidamente indexados por el periodo que la actora permaneció afiliada al RAIS.

PROTECCIÓN S.A. expresa que, la comisión de administración es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, descuento que se hace de cada aporte para el cubrimiento de los gastos de administración el cual se encuentra autorizado por la ley 100/93; que durante todo el tiempo que estuvo afiliada la actora el fondo ha realizado la debida gestión de los recursos evidenciándose en los rendimientos; que producto de la ineficacia se ordenó la devolución de los rendimientos, gastos y sumas adicionales e indica que, no es procedente lo anterior por cuanto el descuento por gastos de administración se hizo conforme a la ley como contraprestación a la gestión; si en estricto sentido la ineficacia retrotrae todo a un estado anterior, debe

entenderse que no hubo contrato y por ende la entidad no debió administrar los recursos de la actora, por lo que gastos y rendimientos no se causaron.

Conforme a las restituciones mutuas no puede desconocerse que el bien administrado produjo frutos o mejoras que son los rendimientos para el afiliado y los gastos para la AFP que hizo rentar el patrimonio del afiliado, por ende, solicita que en confirmarse el fallo se revoque la condena de devolución de gastos de administración por tratarse de prestaciones ya acaecidas desconociendo la labor del fondo vulnerándose al a Protección el derecho a las restituciones mutuas y la igualdad de trato en el marco de una relación contractual de buena fe.

En segunda instancia, 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 (artículo 15 del Decreto Legislativo No 806 de 2020).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión Preliminar

El presente asunto se conoce de igual forma en el Grado Jurisdiccional de Consulta por ser adversa a **COLPENSIONES**, respecto de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

Caso Concreto

Se circunscribe el problema jurídico a resolver en establecer si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **MAGOLA EUGENIA MOLINA CEBALLOS** del RPMPD administrado por la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE BOGOTA-CAJANAL - ISS todas hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por SANTANDER - ING ambas hoy **PROTECCIÓN S.A.** y los posteriores traslados realizados con **PORVENIR S.A.** y HORIZONTE hoy la misma **PORVENIR S.A.**, por ende, 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 rubros y estudio del fenómeno de la prescripción.

Respecto de la afiliación inicial al Sistema General en Pensiones de la demandante, cabe destacar que, milita en el expediente CETIL que reportan los pagos efectuados por sus empleadores a la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE BOGOTA *(08/03/1990 al 08/03/1992)* y CAJANAL *(16/03/1992 al 01/11/1993 y del 05/05/1994 al 14/09/1997)*, entidades que para aquella época también fungían como administradoras del RPMPD antes de su liquidación, no obstante, a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, quienes eligieron el RPMPD bien fuera por liquidación o por la cesación previsional de la caja que tuviere a su cargo, quedarían vinculados automáticamente al ISS como administradora principal del RPMPD, así lo estableció la Sentencia SL 2817 del 2019 y se desprende del artículo 52 de la Ley 100 de 1993, entonces al ser **COLPENSIONES** la única administradora del RPMPD en la actualidad, es totalmente viable su retorno a este régimen en caso de declararse la ineficacia.

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

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

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia Radicación N° 33083 del 22 de noviembre del año 2011, MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón, rememora las Sentencias del 9 de

septiembre del año 2008, Radicaciones N° 31989 y N° 31314, las cuales manifestaron que:

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

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

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

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

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

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

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 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 en cualquier tiempo como lo infiere la apoderada de Colpensiones.

De los formularios de afiliación suscritos entre la demandante y las demandadas regentes del RAIS, la Corte estipula frente a este medio probatorio 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. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

De la carga de la prueba en este tipo de asuntos recae sobre las AFP, 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)*

Es de recalcar que, no se le está exigiendo a los fondos una asesoría por escrito, sino que acrediten qué información dieron y el alcance de la misma.

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 SANTANDER - ING ambas hoy **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** y HORIZONTE hoy la misma **PORVENIR S.A.** al momento de surtirse los traslados, 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 **PROTECCIÓN S.A.**, por medio del cual se observa el historial de vinculaciones de la demandante, veamos:

asofondos

SIAFP

USUARIO: PRLFLOREZG01 | LAURA FLOREZ GIL | 23 de Febrero de 2021 | Registrar servicio | Buscar en Wiki SIAFP

Afiliados | Personas | Aportantes | Estadísticas | Documentación | Entrega HL al RPM | Usuarios | Historia Laboral

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 2:40:32 PM
Afiliado: CC 30282993 MAGOLA EUGENIA MOLINA CEBALLOS

Vinculaciones para : CC 30282993

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	2000-06-14	2004/04/16	ING	COLPENSIONES		2000-08-01	2001-03-31
Traslado de AFP	2001-02-26	2004/04/16	PORVENIR	ING		2001-04-01	2003-11-30
Traslado de AFP	2003-10-22	2004/04/16	ING	PORVENIR		2003-12-01	2008-07-31

3 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 30282993

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
2000-06-14	2000-06-30	01	AFILIACION	ING	
2001-02-26	2001-03-09	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	ING
2003-10-22	2003-11-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	ING	PORVENIR

3 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

A raíz de lo expuesto se colige que, SANTANDER - ING ambas hoy **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** y HORIZONTE hoy la misma **PORVENIR S.A.** no le brindaron a la señora **MAGOLA EUGENIA MOLINA CEBALLOS** asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones, características e implicaciones de cada traslado y su permanencia en el RAIS, verbo y gracia, la forma de calcular la pensión en cada régimen, comparativos de ambos

regímenes en lo que respecta a la forma de acceder a las prestaciones, las diferentes modalidades de pensión en el RAIS, destinación de sus aportes y descuentos realizados de los mismos entre muchos otros, por ende, los fondos privados no acreditaron el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo lo que implica que ante tal deficiencia que nunca lo acataron como lo exige la ley, 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, mas 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 **MAGOLA EUGENIA MOLINA CEBALLOS**, 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 la apelación de **PROTECCIÓN S.A.**, en el sentido de que no están obligados a restituir 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 citado fondo tuvo en su poder los dineros, los cuales usufructuó, por ende, deben devolverlos en toda su integridad.

Ahora bien, la solicitud de indexación de la apoderada de **COLPENSIONES** no está llamada a prosperar, debido a que con el traslado de los rendimientos ya ordenados por el A quo se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado, resultando inane lo solicitado por la apoderada.

En virtud de la consulta surtida a favor del ente público, se adicionará al numeral Cuarto del fallo en estudio las primas de seguros previsionales y la orden de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a

favor de la demandante, así como la devolución de las cotizaciones voluntarias a la actora, si se hicieron.

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, 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 en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** de conformidad al artículo 365 numeral 1 del C.G.P.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR al numeral Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 076 del 25 de marzo del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de que **PROTECCION SA-SANTANDER -ING y PORVENIR SA-HORIZONTE S.A.** deberán devolver los pagos por conceptos de primas de seguros previsionales y la orden de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la señora **MAGOLA EUGENIA MOLINA CEBALLOS**, así como la devolución de las cotizaciones voluntarias a la misma, si se hicieron. Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. CONFIRMAR en lo demás el citado numeral.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 076 del 25 de marzo del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

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

S.A. Como agencias en derecho se estiman en la suma de $1.000.000 cada una y en favor de la señora **MAGOLA EUGENIA MOLINA CEBALLOS**.

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:

a39ffa2d305dfce980a0108cdd98d7e80e9e604a441ca7c549bb73dc26cc1929

Documento generado en 31/05/2021 11:31:49 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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