



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

AUDIENCIA NÚMERO 182

Juzgamiento

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

SENTENCIA NÚMERO 183

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° 101 del 12 de abril del 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **OLGA LUCIA VALENCIA VALDERRAMA** 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° 76001-31-05-012-2020-00340-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por la actora consisten en que, se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS regentado por **PROTECCIÓN S.A.** y el posterior traslado realizado con **PORVENIR S.A.**; se ordene su retorno al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**; se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** sus aportes y rendimientos; se ordene a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** retornar a **COLPENSIONES** gastos de administración y asumir las diferencias derivadas del calculo de equivalencias entre regímenes 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 06/12/1960; que reporta 224 semanas cotizadas al RPMPD regentado por el ISS hoy **COLPENSIONES** y 806 semanas en el RAIS con **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

Refiere que, en el proceso de afiliación fue abordada por un funcionario de **PROTECCIÓN S.A.** quien le ofreció como ventajas del traslado de régimen rendimientos superiores, insostenibilidad del régimen público, préstamos a tasas preferenciales para adquisición de vehículo y vivienda; aduce que, **PORVENIR S.A.** le manifestó lo mismo que **PROTECCIÓN S.A.**; señala que, en los procesos de afiliación no se le explicó las condiciones del traslado, proyección pensional, consecuencias negativas, monto de su pensión y la posibilidad de retractarse.

Que elevó reclamaciones ante **PORVENIR S.A.** el 17/02/2020, **PROTECCIÓN S.A.** el 18/02/2020 y **COLPENSIONES** el 19/02/2020, con el fin de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, no obstante, **PROTECCIÓN S.A.** no ha dado respuesta y las demás entidades se negaron.

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 1°, 2°, 10° y 11°; señala que no hay hecho 6°, respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *Inexistencia de la obligación, Cobro de lo no debido, Prescripción, la Innominada y Buena fe.*

PROTECCIÓN S.A. señala que, no son ciertos los hechos 5°, 8° y 9°; que el 4° se trata de una posibilidad; que no hay 6°; que es cierto el 13° y en cuanto a los demás refiere 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, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Buena fe de la entidad demandada*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A. y la Innominada o genérica.

PORVENIR S.A. por su parte indica que, son ciertos los hechos 1°, 10° y 12°; que no son ciertos el 4°, 7°, 8° y 9°; respecto del resto expresa que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de fondo: *Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido e Inexistencia de la obligación y Buena fe.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 101 del 12 de abril del 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora OLGA LUCIA VALENCIA VALDERRAMA y de todas las afiliaciones que ésta haya tenido a administradoras del último régimen, conservándose en consecuencia, en el régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCION devolver a COLPENSIONES todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral sin inconsistencia de semanas y, los aportes voluntarios si los hubiere, se entregarán a la demandante si fuere el caso.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR y PROTECCIÓN a devolver los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el periodo en que administró las cotizaciones de la demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio con los rendimientos que se hubieran producido de no haberse generado el traslado.

QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES, a favor de la accionante. Tásense por secretaría del despacho fijando como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de este proveído a cargo de cada una. SEXTO: REMITIR el expediente ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

SÉPTIMO: INFORMAR al MINISTERIO DEL TRABAJO y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO sobre la remisión del expediente al superior jerárquico.”

Y posterior emitió el Auto Interlocutorio No. 1371, por medio del cual dispuso:

“PRIMERO: ACLARAR que el numeral tercero de la SENTENCIA N° 101 refiere al demandado PORVENIR y no PROTECCIÓN.



SEGUNDO: CONCEDER en el EFECTO SUSPENSIVO el RECURSO DE APELACIÓN propuesto por los apoderados de PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A contra todas las sentencias proferidas en esta diligencia.

TERCERO: REMITIR LOS EXPEDIENTES al Honorable Tribunal Superior del Distrito de Judicial de Cali para que se surtan los recursos de alzada y el grado jurisdiccional de CONSULTA.

CUARTO: DECLARAR CERRADA la audiencia de trámite y juzgamiento.”

RECURSO DE APELACIÓN

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

PORVENIR S.A. solicita se revoque el fallo en su integridad y se absuelva a la entidad, toda vez que, las disposiciones legales para la época del traslado no establecía la naturaleza de la información a brindar por los fondos, generándose un vacío legal respecto del contenido informativo que debía darse, exigiéndose solo a los fondos la suscripción del formulario libre, voluntariamente y sin presiones el cual se aportó en la contestación, por ende, implica un imposible exigírsele a Porvenir acreditar con soporte físico la información brindada.

Aduce que, las sumas ordenadas a retornar como gastos de administración, primas de seguros previsiones y el fondo de garantía de pensión mínima, las primeras tienen una destinación específica que es la remuneración del ejercicio del fondo de los recursos del afiliado que redundan en la generación de rendimientos que acrecienta la cuenta de ahorro de la demandante y en gracia de discusión dichas sumas también son descontadas en Colpensiones, que el juzgador desconoce los efectos de la ineficacia o nulidad, por cuanto, ambas buscan retrotraer todo a un estado anterior, por ende, no se hubieran generado unos rendimientos; que la demandante en el interregno de la afiliación estuvo protegida por los riesgos IVM, por ello, las cuotas de seguros previsionales se causaron y se trasladaron a un tercero que es la aseguradora no puede desconocerse el amparo efectivo y la destinación de este concepto, correspondiendo al deterioro natural de las cosas, por lo cual no debe ser asumido por el fondo.

PROTECCIÓN S.A. discrepa de lo resuelto en los numerales 3° y 4°, toda vez que, a la actora se le suministró toda la información para que esta pudiera escoger el régimen que se adaptara a sus intereses, no existiendo causal de ineficacia y menos

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

ocultamiento de información o vicio del consentimiento; de la devolución de bonos pensionales refiere que, los fondos no emiten ni liquidan estos conceptos resultando improcedente una condena en ese sentido y hasta la fecha a la demandante no se la ha transferido este concepto por el Ministerio; no es viable el retorno de las sumas adicionales de la aseguradora porque no se han causado ningún siniestro IVM; de los gastos de administración señala que tampoco es procedente su transferencia, porque el fondo ha actuado de buena fe y conforme a la ley, estando facultado el fondo para cobrar a sus afiliados dicho rubro; si la consecuencia de 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; que en caso de que se condene a Protección a devolver conjuntamente rendimientos, aportes y gastos con cargo al patrimonio constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de la actora, toda vez que, recibiría unos rendimientos sin pagar por la gestión realizada efectuando el juzgador una interpretación no acorde con la constitución y la ley vulnerándosele al fondo el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada a una de las partes de la relación contractual que fue declarada nula y suscrita de buena fe; finalmente del porcentaje de garantía mínima arguye que de este rubro solo se benefician los afiliados en el RAIS.

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 **OLGA LUCIA VALENCIA VALDERRAMA** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

COLMENA - ING ambas hoy **PROTECCIÓN S.A.** y el posterior traslado realizado con **PORVENIR S.A.**, por ende, como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene el retorno de la demandante al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros rubros, estudio del fenómeno de la prescripción y costas procesales.

El eje central de discusión estriba en determinar si COLMENA - ING ambas hoy **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, le suministraron a la señora **VALENCIA VALDERRAMA** 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.”

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

“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”.*

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 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció 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 estatus primario en este tipo de actos, tal como se indica en Sentencia del 3 de septiembre del año 2014, SL12136-2014, Radicación N° 46292, 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***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.

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 lo anterior, 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)

La carga de la prueba en este tipo de asuntos recae sobre los fondos quienes deben acreditar el cumplimiento de las disposiciones de orden financiero y legal, 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 COLMENA - ING ambas hoy **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** al momento de surtirse los traslados o por lo menos la acreditación de su acatamiento, toda vez que, dichas obligaciones surgieron desde su creación con la ley 100 de 1993.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Se anexa el reporte de Asofondos que milita en el expediente, por medio del cual se observa el historial de vinculaciones de la demandante, veamos:

Asofondos | Institución colombiana de administradoras de fondos de pensiones y cesantías

USUARIO: PVRJURIDICA | ROBOT JURIDICA | 17 de Noviembre de 2020 | Registrar sesión | Buscar en Wiki STAFF

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
- Énfasis HL al RPM
- Documentación
- Usuarios
- Administrador de Tareas

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 9:54:26 AM
Afiliado: CC 25363996 - OLGA LUCIA VALENCIA VALDERRAMA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para: CC 25363996							
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	1999-01-20	2004/04/16	COLMENA	COLPENSIONES		1999-03-01	2000-03-31
Cesión por fusión	2000-04-01	2013/10/04	ING	COLMENA		2000-04-01	2004-02-29
Traslado de AFP	2004-01-29	2004/04/16	PORVENIR	ING	ING	2004-03-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migradas de Manigua para: CC 25363996

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1999-01-20	1999-02-03	01	AFILIACION	COLMENA	
2000-04-01	2000-04-01	30	CESION	COLMENA	ING
2004-01-29	2004-02-06	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	ING

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

A raíz de lo expuesto se colige que, COLMENA - ING ambas hoy **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** no le brindaron a la señora **OLGA LUCIA VALENCIA VALDERRAMA** 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, 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 **OLGA LUCIA VALENCIA VALDERRAMA**, 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 gastos de administración y demás rubros, 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 en el interregno de la afiliación, por ende, deben devolverlos en toda su integridad.

En virtud de la consulta surtida a favor del ente público, se adicionará al numeral Tercero del fallo en estudio, la orden de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante.

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

El legislador establece que, dicha noción es una condena preceptiva que se impone a la parte que pierde el proceso y/o le resulta desfavorable el recurso de apelación de conformidad con el artículo 365 numeral 1 del C.G.P., sin consideraciones de orden subjetivo, por ende, la decisión del A quo en este apartado del fallo se encuentra conforme a derecho, toda vez que, las accionadas



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

presentaron oposición e inclusive usaron medios exceptivos, razón por la cual se dejara indemne este aspecto de la decisión en estudio.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuoso **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

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° 101 del 12 de abril del 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la señora **OLGA LUCIA VALENCIA VALDERRAMA.** **CONFIRMAR** en lo demás el citado numeral.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 101 del 12 de abril del 2021, proferida por el Juzgado Doce 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.** como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.000.000 cada una y en favor de la señora **OLGA LUCIA VALENCIA VALDERRAMA.**

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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. 49128-03-2020

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

Despacho 005 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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:

8b3cf649f4418302b79feebdb2c1dd64d00f5f13ad49804bd8a0610228769319

Documento generado en 31/05/2021 11:31:52 AM

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