TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

AUDIENCIA NÚMERO 228

Juzgamiento

Santiago de Cali, treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 231
Acta de Decisión N° 052

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° 127 del 31 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **HUGO ANTONIO LIZCANO BLANDON** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, bajo la radicación N° 76001-31-05-001-2021-00148-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por el actor consisten en que, se declare la ineficacia de su traslado efectuado el 11/02/1998 con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior se declare sin solución de continuidad su afiliación con el ISS hoy **COLPENSIONES**; se condene a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez recibir el saldo de su cuenta de ahorro individual, rendimientos y se condene a las accionadas al pago de costas procesales.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor nació el 20/07/1958 y empezó a cotizar a ISS hoy **COLPENSIONES** desde el 04/08/1980; que a la fecha cuenta con alrededor de 2.044 semanas cotizadas al Sistema General en Pensiones; que suscribió formulario de traslado el 11/02/1998 con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** previa asesoría de un ejecutivo comercial de la citada entidad; que la asesoría se limitó a ofrecer las bondades del RAIS sin que se le realizara estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen, ni se le informó acerca de las características de ambos regímenes, forma de acceso a las prestaciones, principales diferencias entre regímenes, proyecciones pensionales, derecho de retracto y la posibilidad de retornar al RPMPD.

Relata que, posteriormente se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.** el 18/09/1998, debido a las comparaciones en términos de rentabilidad que existían entre los distintos fondos del RAIS; con el ánimo de pensionarse solicitó estudio pensional con un particular, el cual arrojó una mesada superior en el RPMPD en comparación con la que obtendría en el RAIS; por lo anterior, elevó solicitud de traslado ante **COLPENSIONES** el 08/07/2020, no obstante, la entidad lo rechazó.

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° y 15°; que son apreciaciones subjetivas de la contraparte el 5°, 16° y 17°; 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, la Innominada, Buena fe y Prescripción.*

PROTECCIÓN S.A. señala que, son ciertos los hechos 1°, 3° y 13°; que no es cierto el 6°, 7°, 11° y 12°; en cuanto a los demás refiere que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito:

Validez de afiliación a Protección S.A., Validez del traslado de régimen del RPM al RAIS, Buena fe, Inexistencia de vicio del

consentimiento por error de derecho, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, Prescripción, Carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, Inexistencia de engaño y de expectativa legitima, Nadie puede ir en contra de sus propios actos, Compensación y la Innominada o Genérica.

PORVENIR S.A. por su parte al ser notificada el 15/04/2021, no presentó contestación a la demanda en el término establecido para ello, razón por la cual el A quo tuvo por no contestada la demanda por parte de la citada AFP mediante auto interlocutorio No. 1682 del 24/04/2021.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 127 del 31 de mayo del 2021, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., realizado por el señor HUGO ANTONIO LIZCANO BLANDÓN en 1998 por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado 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: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante.

CUARTO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante.

QUINTO: ORDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a admitir a la demandante en el régimen de prima media, sin solución de continuidad.

SEXTO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES fijando como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal mensual a cargo de cada una y a favor del demandante.

SEPTIMO: CONSÚLTESE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el presente proveído, en caso de no ser apelado."

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, las apoderadas judiciales de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** presentaron recurso de apelación esgrimiendo para ello que:

PORVENIR S.A. solicita se revoquen los numerales 1°, 2°, 4° y 6° de la sentencia, toda vez que, si bien la parte demandante alega vicios en el consentimiento para la nulidad o ineficacia de la afiliación, lo cierto es que la parte actora no logró probar el error, fuerza o dolo; la parte actora gozaba con los mecanismos legales, los cuales no fueron indicados en el curso del proceso en relación con la verificación de indicios o actos de relacionamiento, apartándose el juzgador de que la contraparte no hizo uso del derecho de retracto y no manifestó su deseo de retornar al RPMPD, de lo cual el juzgador no hizo mención alguna en su fallo; para la fecha de la afiliación inicial no le era exigible al fondo más allá de la suscripción del formulario de afiliación del cual no hizo ningún reparo la parte accionante, situación de la que se aparta en la aportación de alguna prueba idónea con la que se demostrara la debida asesoría que si se le prestó a la parte actora.

De los gastos de administración aduce que, de ordenarse su devolución se constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de la parte actora, la cual recibiría unos rendimientos sin haber pagado ningún concepto por la gestión de Porvenir, dándole una interpretación errada de la ley afectando el patrimonio del fondo, violándose el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada a una de las partes del contrato que fue declarado nulo que fue suscrito de buena fe; por ende, solicita se revoque el fallo así como las costas procesales bajo los mismos argumentos.

PROTECCIÓN S.A. requiere que se revoque el numeral 3°, es decir, los gastos de administración, la norma establece que, del aporte un 3% se destina a financiar los

gastos de administración, la prima de reaseguro de FOGAFIN y la prima de seguro de invalidez y sobrevivencia, por lo que no hay lugar la imposición de retornar estas sumas, pues su descuento fue realizado conforme a la ley 100 de 1993 con el objeto de financiar el sistema pensional del RAIS, necesarios para el manejo de la cuenta de ahorro individual de cada afiliado permitiendo la reinversión de los mismos, para que cada afiliado reciba los rendimientos generados los cuales acrecientan sus cuentas; por tanto no cabría la condena de gastos de administración porque se tratan de comisiones ya causadas descuentos realizados conforme a la ley; que en estricto sentido de aplicarla nulidad del derecho privado, debe retrotraerse los efectos, es decir que la AFP debe retornar los gastos de administración una vez el afiliado haya regresado los rendimientos generados, lo anterior con fundamento en las restituciones mutuas; que en ambos regímenes se cobran los gastos de administración por lo que se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones; finalmente aduce que los gastos de administración no forman parte de la cuenta de ahorro individual y por lo tanto estarían sujetos a prescripción.

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 de igual forma 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

Se circunscribe el problema jurídico a resolver en determinar si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **HUGO ANTONIO LIZCANO BLANDON** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y el traslado posterior realizado con **PROTECCIÓN S.A.**; como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene su

retorno al RPMPD regentado por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros, estudio de la prescripción y costas procesales.

El eje central de discusión estriba en determinar si HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** le suministraron al señor **LIZCANO BLANDON** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados, datos que le permitiera conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones, por lo cual, el deber de asesoría y buen consejo en cabeza de las mentadas 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 un acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

El Deber de Información en la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia e Ineficacia de Traslado

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia Radicación N° 33083 del 22 de noviembre del año 2011, MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón, rememora las Sentencias del 9 de septiembre del año 2008, Radicaciones N° 31989 y N° 31314, las cuales manifestaron que:

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

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

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

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de

*asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, **la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica**".*

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

*"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 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)."

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 errado analizar el presente asunto desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando solo sus consecuencias prácticas, por ende, el presente asunto gravita en determinar la procedencia de la ineficacia de un traslado de régimen pensional producto de la omisión información de manera oportuna como antesala a la afiliación del demandante.

El efecto 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.

Del formulario de afiliación suscrito entre el demandante y las demandadas regente del RAIS, cabe destacar que, **PROTECCIÓN S.A.** aportó copia del mismo, el cual fue suscrito el 18/09/1998, por otro lado, **PORVENIR S.A.** no dio contestación a la demanda, por ende, no aportó ningún medio probatorio, sin embargo, nuestro órgano de cierre ordinario estipula respecto del citado 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 consiguiente, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe por su parte una comprensión integral del acto de trasladarse de régimen y dado que la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión, razón por la cual, sin información suficiente no hay autodeterminación. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Ahora bien, de la carga de la prueba en este tipo de asuntos recae sobre las AFP y deben acreditar que su actuar se ajustó a los parámetros legales para obtener el consentimiento informado del actor para la validez de los traslados:

"*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 al afiliado y el alcance de la misma.

Si bien milita en el expediente documental aportada por **PROTECCIÓN S.A.** en los que se observa simulación pensional y formato de reasesoria pensional, cabe destacar que, los citados no tienen la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información al momento del traslado de régimen primigenio signado de ineficaz con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y como secuela los subsiguientes verbo y gracia el efectuado posteriormente con **PROTECCIÓN S.A.**, puesto que, la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad.

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 HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** al momento de surtirse los traslados, obligaciones que surgieron desde su creación con la ley 100 de 1993, contrario a lo esgrimido por el apoderado de la demandada **PORVENIR S.A.**

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** no le brindaron al señor **HUGO ANTONIO LIZCANO BLANDON** asesoría integral e información acerca de situaciones puntuales y neurálgicas, tales como, la posibilidad de retractarse, 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, evidenciándose una ostensible desinformación en el afiliado, por ende, al no acreditar los citados fondos el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con el demandante implica que nunca lo acataron, configurándose la ineficacia deprecada cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen primigenio y posteriores bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

Se anexa historial de vinculaciones de Asofondos que milita en la contestación de **PROTECCIÓN S.A.**, por medio del cual se observa los traslados efectuados por el actor signado de ineficaces, veamos:

asofondos — Asociación colombiana de administradoras de fondos de pensiones y cesantías — SIAFP

USUARIO: PRLFLOREZ001 | LAURA FLOREZ GIL | 21 de Abril de 2021 | Registrar servicio | Buscar en Wiki SIAFP

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

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

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 3:10:06 PM
Afiliado: CC 16621708 HUGO ANTONIO LIZCANO BLANDON Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 16621708

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	1998-02-11	2004/04/16	HORIZONTE	COLPENSIONES		1998-04-01	1998-10-31
Traslado de AFP	1998-09-18	2004/04/16	PROTECCION	HORIZONTE		1998-11-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 16621708

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1998-02-11	1998-03-10	01	AFILIACION	HORIZONTE	
1998-09-18	1998-10-13	79	TRASLADO AUTOMATICO	PROTECCION	HORIZONTE

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Devolución de Gastos de Administración y Otros

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del demandante *(traslado de régimen y posteriores)*, que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, debido 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 del señor **HUGO ANTONIO LIZCANO BLANDON** implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que serán impuestas a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** a título de sanción por la omisión del deber de información.

No es de recibo por este colegiado los argumentos esgrimidos en la apelación de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** en el sentido de que, no están obligados a retornar los gastos de administración, por cuanto, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado de régimen, volviendo las cosas al estado anterior y, por otro lado, los citados fondos tuvieron en su poder los dineros, los cuales usufructuaron, por ende, debe devolverlos en toda su integridad.

En razón de la consulta surtida en favor del ente público, se adicionará tanto al numeral Tercero y Cuarto del fallo en estudio, los conceptos por 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 la obligación por parte de **PROTECCIÓN S.A.** de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante y la devolución de las cotizaciones voluntarias al actor por parte de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, si se hicieron; todas las sumas a retornar con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**

Se fundamenta lo previamente resuelto en las restituciones mutuas, producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C., al no existir norma que regule la temática de ineficacia tanto en la Ley 100 de 1993 como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado artículo, posición que asume tanto la Jurisprudencia Civil como la Laboral; todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común.

Prescripción

De la citada excepción cabe destacar que, el traslado de régimen pensional está ligado al derecho irrenunciable e imprescriptible a la Seguridad Social, y más concretamente al derecho a la pensión de vejez, el cual tiene la connotación de imprescriptible; situación que se le comunica un aspecto esencial como el consentimiento informado al momento de un traslado de régimen, ello en consideración a que se constitucionalizó el derecho a la Seguridad Social en el artículo 48 de la Carta Política.

Respecto al tema, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, planteó sobre la prescripción de la acción de ineficacia del traslado lo siguiente:

> *"Sobre el particular, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.*
>
> *En efecto, de manera reiterada y pacífica, **la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles**. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.*
>
> *Dicho de otro modo: **no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración**. De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.*
>
> *(…)*
>
> *Conforme lo explicado, **los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados**. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión».*"

En conclusión, el derecho a solicitar la Ineficacia del Traslado no tiene término de prescripción, toda vez que, el afiliado está legitimado 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.

Se solicita por el apelante **PROTECCIÓN S.A.** la aplicación del fenómeno prescriptivo en los gastos de administración ordenados a restituir al fondo público, no obstante, bajo el manto de la ineficacia y la sanción impuesta al fondo dichas sumas debieron ser descontadas y atribuidas a la administradora del RPMPD, siendo por conexidad imprescriptibles y de no ordenarse su restitución al fondo primigenio se generaría un detrimento patrimonial a **COLPENSIONES**, máxime que, al apelante se le impone dicha condena a título de sanción con cargo a su propio patrimonio por la omisión al deber de información, razón por la cual dejará incólume esta parte del fallo.

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 respecto de las demandadas.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN 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: ADICIONAR al numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 127 del 31 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de que PROTECCIÓN S.A. debe devolver los pagos por conceptos de pagos por 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 la obligación de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del señor **HUGO**

ANTONIO LIZCANO BLANDON y la devolución de las cotizaciones voluntarias al actor, si se hicieron; todas las sumas a retornar con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **PROTECCIÓN S.A.** Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. Confirmar el citado numeral en lo demás.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 127 del 31 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de que PORVENIR S.A. debe devolver los pagos por conceptos por primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los pagos ejecutados por comisión de todo orden y la devolución de las cotizaciones voluntarias señor **HUGO ANTONIO LIZCANO BLANDON** al actor, si se hicieron; todas las sumas a retornar con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, confirmar el citado numeral en lo demás.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 127 del 31 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** 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 del señor **HUGO ANTONIO LIZCANO BLANDON**.

QUINTO: 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.

SEXTO: 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:

5f3ed3195a643d25ab8bf20fd9c48e33371ddb21c076ad832af3b4b7cd09cdbc

Documento generado en 30/06/2021 08:27:03 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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