



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

AUDIENCIA NÚMERO 240

Juzgamiento

Santiago de Cali, dieciséis (16) de julio del año dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 244

Acta de Decisión N° 055

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° 178 del 31 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MYRIAM OFELIA RUBIO COLLAZOS** 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° 76001-31-05-012-2020-00397-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por la accionante en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado efectuado el 29/02/1996 del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS regentado por **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior se entienda sin solución de continuidad su afiliación con el ISS hoy **COLPENSIONES**; se condene a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** el saldo de su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos; se condene a **COLPENSIONES** aceptar su reingreso al RPMPD sin solución de continuidad junto con los aportes provenientes de **PROTECCIÓN S.A.**; se condene todo lo que resulte demostrado ultra, extra petita y costas procesales.



Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, la actora nació el 01/01/1963 y se afilió al ISS desde el 18/07/1989; que suscribió formulario de traslado con **PORVENIR S.A.** el 29/02/1996, en razón de la asesoría brindada por un ejecutivo de la mentada entidad, dicha asesoría se enfocó en resaltar las ventajas del régimen privado y los beneficios de afiliarse a **PORVENIR S.A.**, además de la manifestación de que el ISS tenía problemas financieros y su pensión podría verse comprometida. Refiere que, no se le efectuó estudio previo, individual y concreto de las ventajas y desventajas del traslado de régimen, no se le dio a conocer las características y diferencias de cada régimen, la forma de acceso de las prestaciones en cada uno de ellos ni se le indicó que tenía derecho a retractarse de su afiliación.

Posteriormente suscribió formulario de traslado el 17/06/2008, esta vez con **PROTECCIÓN S.A.** debido a la asesoría y comparación de rentabilidad con otros fondos; indica que, el 06/01/2010 recibió re- asesoría pensional por parte de **PROTECCIÓN S.A.** a sus 47 años, por medio de la cual le informaron que le era mas conveniente trasladarse de régimen, toda vez que, la mesada ofrecida en el RPMPD era superior a la que devengaría en el RAIS; relata que, al momento de afiliarse con **PROTECCIÓN S.A.** no le expresaron que perdió la posibilidad de retornar a **COLPENSIONES**, debido a la permanencia mínima de 5 años que superaba el limite establecido para trasladarse de régimen.

Manifiesta que, solicitó por su cuenta con firma especializada un estudio pormenorizado de su estado pensional, calculo que arrojó una mesada de \$2.397.272 en el RPMPD mientras que con **PROTECCIÓN S.A.** no accedería si quiera a la pensión; por todo lo anterior elevó solicitud de traslado ante **COLPENSIONES**, no obstante, la entidad la rechazó.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES manifiesta frente a los hechos que, son ciertos el 1°, 2°, 3°, 12°, 16° y 17°; que no son ciertos el 15°, 18° y 19°; respecto del resto indica que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

excepciones de fondo: LA INNOMINADA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO; BUENA FE Y PRESCRIPCIÓN.

PROTECCIÓN S.A. señala que, son ciertos los hechos 3°, 12° y 13°; que no es cierto el 17°; en cuanto a los demás aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito:

VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN A PROTECCIÓN S.A.;
VALIDEZ DEL TRASLADO DE RÉGIMEN DEL RPM AL RAIS REALIZADO POR LA DEMANDANTE; BUENA FE; INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO; PRESCRIPCIÓN; CARENCIA DE ACCIÓN E INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES, LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA TRASLADARSE DE RÉGIMEN; INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGÍTIMA; NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS; 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; COMPENSACIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

PORVENIR S.A. por su parte no contestó la demanda en el plazo estipulado para ello.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 178 del 31 de mayo del 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES 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 MYRIAM OFELIA RUBIO COLLAZOS 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.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MYRIAM OFELIA RUBIO COLLAZOS 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 PROTECCIÓN y PORVENIR 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 PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES, a favor de la accionante. Tásense por secretaría del despacho fijando como agencias en derecho un salario mínimo legal a la fecha de este proveído mensual vigente 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.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, los apoderados judiciales del extremo pasivo presentaron recurso de apelación esgrimiendo para ello que:

COLPENSIONES manifiesta que, la actora se trasladó válidamente al RAIS y que dicha afiliación se encuentra vigente, no resulta procedente la declaratoria de ineficacia pues se genera un traumatismo al Estado, por cuanto la carga prestacional quedaría en cabeza de Colpensiones, presentándose una inestabilidad jurídica y financiera; indica que, la ley y jurisprudencia no pueden tener efectos retroactivos, por ello, al momento de la afiliación no existía disposición alguna sobre el deber de información en cabeza de las AFP; solicita la revocatoria de condena en costas, toda vez que, el traslado se dio en circunstancias ajenas a la entidad y su efectiva validez no dependía de Colpensiones, además que no se evidencia negligencia en el actuar de la entidad, pues la negativa se ajustó a las normatividad, por ende, solicita se revoque la sentencia.

PROTECCIÓN S.A. se opone a la devolución de gastos de administración, toda vez que, la norma establece que del aporte un 3% se destina a financiar los gastos de

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

administración, primas de seguros de Fogafin y primas de seguros previsionales; por ello, el descuento fue realizado conforme a la ley para financiar el RAIS, máxime que, los mismos son necesarios para el manejo de la cuenta de ahorro individual de cada afiliado permitiendo la reinversión de los mismos, tampoco es procedente su reintegro pues se tratan de comisiones ya causadas; en caso de aplicarse la teoría de la nulidad en el derecho privado, deben retrotraerse los efectos Protección debe devolver los gastos de administración una vez el afiliado regrese los rendimientos, lo anterior con fundamento en el art 1746 del C.C. que regula las restituciones mutuas.

PORVENIR S.A. solicita se revoque el fallo en lo desfavorable a la entidad, toda vez que, la demandante fue debidamente asesorado por la AFP conforme a las normas vigentes, entonces por el hecho de que la asesoría se dio de manera verbal no puede indicarse que se haya faltado al deber de información, pues así se efectuaban las asesorías en aquella época, ni siquiera el ISS hoy Colpensiones mantienen constancias escritas, por ende, no puede exigírsele a una sola parte que cumpliera con una situación que el legislador no había previsto; la afiliación se dio con el lleno de requisitos, se le informó de su derecho de retracto y por el contrario efectuó la demandante traslado a Protección vinculación efectiva en la actualidad, debiendo cumplir con lo estipulado en la norma para el reconocimiento de la pensión, situación que solo es verificable cuando radique la solicitud ante su fondo con el lleno de los requisitos; aduce que, la acción esta cobijada por el fenómeno de prescripción, pues la acción no versa sobre el reconocimiento de la prestación si no la intención de trasladarse de régimen pensional por eso no puede concluirse que dicha acción sea imprescriptible.

El despacho no podía imponer la condena del numeral cuarto, puesto que, la ley 100/93 establece cuales son los valores que se transfieren cuando se trata de traslados de régimen o ineficacias, pues la norma solo establece que solo el capital y los rendimientos se trasladan sin que se incluyan los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, yendo en contravía de la norma a imponer la devolución de los mencionados conceptos; los gastos de administración operan en ambos regímenes entonces de regresarlos con destino a Colpensiones se constituiría en un enriquecimiento sin justa causa, pues la AFP publica no efectuó administración alguna de los recursos durante los últimos años; finalmente indica que, se aplique

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

el fenómeno prescriptivo en los gastos de administración, por lo esgrimido solicita se revoque lo dispuesto en los numerales 1°, 2°, 4° y 5°.

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 viable o no declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **MYRIAM OFELIA RUBIO COLLAZOS** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y el posterior traslado 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 rubros, estudio de la prescripción y costas procesales.

El eje central de discusión estriba en determinar si **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** le suministraron a la señora **RUBIO COLLAZOS** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*“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 desfavor 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 en su Sala de Casación Laboral 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***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

***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 de la demandante, razón por la cual lo que se busca en este tipo de asuntos no es la comprobación de error, fuerza o dolo, pues tratamos con una ineficacia producto de la desinformación del afiliado en temas neurálgicos y de suma relevancia para su futuro pensional.

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 la demandante y las demandadas regente del RAIS, se tiene estipulado por vía jurisprudencial 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 tan trascendental, 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'S como entidades financieras expertas en esta materia de alta complejidad, dar a conocer los rasgos positivos y negativos de cada régimen, tal como lo expone 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 al afiliado y el alcance de la misma.

Si bien milita en el expediente documental aportada por **PROTECCIÓN S.A.**, tales como simulaciones pensional, formato de re – asesoría posteriores a los traslados, estos no tienen la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información al momento de surtirse los traslados, toda vez 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 **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.

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** no le brindaron a la señora **MYRIAM OFELIA RUBIO COLLAZOS** 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 la 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 afiliada 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 la actora signados de ineficaces, veamos:



Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 11:03:40 AM
Afilado: CC 51696894 MYRIAM OFELIA RUBIO COLLAZOS [Ver detalle](#)

Afilado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 51696894							
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 régimen	1996-02-29	2004/04/16	PORVENIR	COLPENSIONES		1996-04-01	2008-07-31
Traslado de AFP	2008-06-17	2008/07/16	PROTECCION	PORVENIR		2008-08-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Masigua para: CC 51696894						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
1996-02-29	1996-05-13	01	AFILIACION	PORVENIR		

Un ítem encontrado.
1

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 **MYRIAM OFELIA RUBIO COLLAZOS** implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que serán impuestas a **PORVENIR S.A.** y **PORVENIR 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, primas de seguros previsionales entre otros rubros, 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 al numeral Tercero del fallo en estudio, en el sentido de ordenar a

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

PROTECCIÓN S.A. 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, contrario a lo esgrimido por la apoderada de Colpensiones.

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***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

***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.

Respecto de la aplicación del fenómeno prescriptivo en los gastos de administración ordenados a restituir al fondo público, bajo el manto de la ineficacia y la sanción impuesta al **PORVENIR S.A.** 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 **COLPENSIONES, 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° 178 del 31 de mayo del 2021, proferida por el



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la señora **MYRIAM OFELIA RUBIO COLLAZOS**, Confirmar el citado numeral en lo demás.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 178 del 31 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo 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.** como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.000.000 cada una y en favor de la señora **MYRIAM OFELIA RUBIO COLLAZOS**.

CUARTO: insértese la presente providencia en la página web de la Rama Judicial, en el link de sentencias del Despacho.

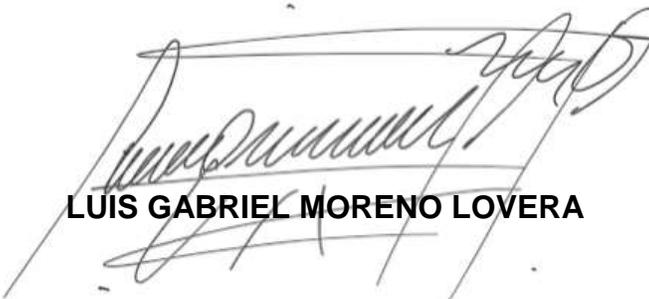
NOTIFÍQUESE POR EDICTO VIRTUAL
(AL2550-2021 Corte Suprema de Justicia)

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

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:

1f717fd9c15700c47939d4a1f2f19f9872e34c523e68e30993c801ff773865c0

Documento generado en 16/07/2021 06:15:52 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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