



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

AUDIENCIA NÚMERO 253

Juzgamiento

Santiago de Cali, veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 258

Acta de Decisión N° 056

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° 147 del 25 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, instaurado por el señor **RICARDO ESTEBAN FORERO VÁSQUEZ** 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.**, proceso identificado con la radicación N° 76001-31-05-001-2021-00179-01

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por el actor en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD hacia el RAIS con **PORVENIR S.A.** y el posterior traslado con **PROTECCIÓN S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene su retorno al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**; se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** sus aportes en pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y asumir las diferencias que haya lugar derivadas del cálculo de equivalencias entre regímenes; lo ultra y extra petita que resulte demostrado en el proceso 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 02/09/1957; que cotizó al RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** 10 semanas y 1.242 semanas al RAIS con **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**; aduce que, su mesada pensional sería ostensiblemente mejor con **COLPENSIONES**, situación que no le fue a dada a conocer por parte de los fondos privados.

Relata que, en el proceso de afiliación y/o traslado **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** solo le ofreció varias ventajas para que se trasladara entre las cuales se encontraban, rendimientos superiores, préstamos a tasas preferenciales para compra de vehículo y vivienda, además de la premisa esgrimida en la insostenibilidad y posible quiebra del fondo gubernamental.

Aunado a lo anterior manifiesta que, no se le proporcionó información acerca de las condiciones del traslado, proyección pensional, derecho de retracto; que al solicitar su traslado de régimen este no se pudo llevar a término por estar a 10 años para pensionarse; finalmente señala que, elevó solicitud de ineficacia de traslado el 08/03/2021 ante **COLPENSIONES**, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, no obstante, **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** se negaron y **PORVENIR S.A.** no ha contestado a la fecha.

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, es cierto el 10° y respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO; LA INNOMINADA; BUENA FE Y PRESCRIPCIÓN.

PROTECCIÓN S.A. indica que, es cierto el hecho 11°; que son suposiciones lo enunciado en el 4°; que no son ciertos el 5° y 8°; en cuanto a los demás señala que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró como excepciones de fondo: PRESCRIPCIÓN; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, INEXISTENCIA DE DIFERENCIAS DERIVADAS DEL CALCULO DE EQUIVALENCIAS ENTRE REGIMENES, COBRO DE LO NO DEBIDO Y FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA; VALIDEZ DE LA

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

AFILIACION DE LA PARTE ACTORA AL RAIS; BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

PORVENIR S.A. por su parte expresa que los hechos 1° y 3° son ciertos los hechos; que es parcialmente cierto el 2° en lo que refiere a la afiliación con Porvenir del resto no le consta; que no le consta el 5°, 9°, 10° y 11°; respecto de los demás aduce que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de mérito denominadas: PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y BUENA FE.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 147 del 25 de junio del 2021, resolvió:

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

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., realizado por el señor RICARDO ESTEBAN FORERO VASQUEZ, desde marzo de 1997. 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 FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.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: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a devolver al sistema 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 COLPENSIONES a que ADMITA al demandante RICARDO ESTEBAN FORERO VASQUEZ nuevamente en el régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales.



SEXO: CONDENAR a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. en costas, fijándose como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV a cargo de cada una y a favor de la parte actora.

SÉPTIMO: 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 del extremo pasivo de la litis impetraron recurso de apelación e indicaron para tal fin que:

COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia en razón de los precedentes emanados de la Corte Constitucional, toda vez que, nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos de los demás afiliados del RPMPD y aduce que se descapitalizaría el fondo común, que la libre elección no es un derecho absoluto y permite señalamientos que puede conducir a una diversidad de trato; que en el evento de confirmarse la sentencia se ordene la indexación de las cotizaciones, rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos ordenados a devolver; se opone a la condena en costas pues si bien Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda no se debe desconocer que obró en un deber legal, además que la entidad no tiene responsabilidad alguna en la decisión tomada por el actor, toda vez que, del mismo escrito de la demanda y del interrogatorio de parte efectuado al actor, este manifestó que su traslado obedeció a supuestos engaños por parte de los otros fondo y no de Colpensiones.

PROTECCIÓN S.A. requiere que se revoque el numeral 4º, en cuanto a los gastos de administración, puesto que, la norma establece que del aporte un 3% se destina a financiar los gastos de administración y la prima de seguro, su descuento fue realizado conforme a la ley 100 de 1993, durante la afiliación se administraron los recursos gestión evidenciada en los buenos rendimientos; no es procedente la devolución de los gastos de administración pues ya se encuentran causados y el demandante no se encuentra afiliado en la actualidad con Protección sino válidamente afiliado al RAIS con Porvenir, por ello, su cuenta de ahorro individual se encuentra inactiva y con saldo 0, además que se reitera que los gastos se encuentran autorizados por ley como contraprestación a la gestión de administración.



PORVENIR S.A. expresa que, al momento de la afiliación con la entidad se cumplieron a cabalidad con todas las obligaciones en materia de información de acuerdo con los parámetros establecidos para aquella época, entonces el actor tenía conocimiento de las consecuencias del traslado que estaba realizando; el ordenamiento jurídico vigente de que data el traslado no se exigía documentar la naturaleza de la información que se estaba brindando, bastaba solo con la suscripción de manera libre y voluntaria del formulario de vinculación, sometién dosele a la entidad un imposible jurídico y material al exigir que se demuestre el cumplimiento de formalidades que no se encontraban vigentes y que nacieron con mucha posterioridad que no son de naturaleza retroactiva.

El deber de información no es unilateral y por ello el actor también estaba en la obligación de informarse de sus condiciones pensionales y mas aun cuando este no es lego en la materia por tener formación profesional de abogado y además fungir como servidor público rompiéndose la asimetría; la naturaleza de la relación no es típicamente contractual pues las condiciones están establecidas en la ley 100/93 por eso no se pueden modificar como también ser de conocimiento público; la elección de régimen pensional esta en cabeza del afiliado el cual ha ratificado su vocación de permanencia con actos de relacionamiento como el traslado horizontal con Protección.

De entenderse como ineficaz la afiliación y por ende Porvenir nunca administró los recursos del actor no generándose rendimientos, gastos de administración y demás rubros, refiere que, los gastos de administración son la retribución de las AFP por la gestión y no forman parte del capital pensional operando dicha comisión en ambos regímenes, por lo cual se constituiría en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones que hace mas de 20 años no efectúa administración alguna frente a los aportes del actor, incurriéndose en un detrimento patrimonial a Porvenir quien actuó de buena fe, transparente y con rectitud de cara a la afiliación, por lo anterior solicita se revoque íntegramente el fallo de primera 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.



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 declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **RICARDO ESTEBAN FORERO VASQUEZ** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y los posteriores traslados realizados dentro del RAIS con ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR 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 **PORVENIR S.A.** e ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** le suministraron al señor **FORERO VASQUEZ** 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 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**”*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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, sino desentrañar que información y alcance de la misma proporcionó el fondo pensional acusado previo a la autorización del traslado para determinar la eficacia del acto cuestionado.

Para ello, podemos traer a colación 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, 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, 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 frente al afiliado lego, dar a conocer los rasgos positivos y negativos de cada régimen para desvirtuar la acusación del afiliado:

*“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)*

Se practicó interrogatorio de parte al actor del cual se extrae puntalmente que: manifiesta que su consentimiento estaba viciado por error, toda vez que, los asesores de los fondos privados solo le indicaron los aspectos positivos del RAIS como por ejemplo la posibilidad de pensionarse anticipadamente pero sin mencionar el capital necesario para acceder a la prestación de dicha manera, no le indicaron los aspectos negativos del traslado ni las consecuencias del mismo, que se trasladó a otro fondo del RAIS porque le ofrecieron mejores rendimientos, empero, luego se percató que el sistema no lo permite y en todos obtiene lo mismo, que si estuvo afiliado a Colpensiones y Cajanal, que trató de trasladarse de régimen pero no era posible por faltarle menos de diez años para pensionarse, no realizó aportes voluntarios y que a pesar de ser abogado su

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

especialidad no es laboral y que tiene un limitado conocimiento del régimen pensional.

Es pertinente acotar que, la profesión del actor en el ámbito del derecho no exime las AFP de su deber de información para con los afiliados legos en este tipo de asuntos del Sistema General de Pensiones y su normatividad, contrario a lo expresado por la apoderada de **PORVENIR S.A.**

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.

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.** e ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** al momento de surtirse los traslados, toda vez que, el deber de información le es exigible a los fondos desde la creación dual de los regímenes con la ley 100/93.

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **PORVENIR S.A.** e ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** no le brindaron al señor **RICARDO ESTEBAN FORERO VASQUEZ** asesoría integral, adecuada y pertinente de las condiciones de cada traslado efectuado, así como también los beneficios y los perjuicios de un régimen u otro, todo ello con la finalidad de que el trabajador pueda tomar una decisión informada, libre y voluntaria que se ajuste a sus intereses, tal como lo señala el artículo 13 de la ley 100 de 1993 literal b); por ende, al no acreditarse por parte de los fondos privados el cumplimiento del deber legal de



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

información y buen consejo implica que nunca lo acataron configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen primigenio y los posteriores bajo la ficción jurídica de que, el actor nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

Se anexa historial de vinculaciones de Asofondos que milita en el expediente, por medio del cual se observa los traslados efectuados por el actor signados de ineficaces, veamos:

Asofondos | Plataforma colombiana de administración de fondos de pensiones y cesantías.

USUARIO: PVGSUAREZM01 | GINNA PAOLA SUAREZ MEJIA | 10 de Mayo 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 que los afiliados han tenido:

- Afiliados
- Personas
- Aportantes
- Pagos
- Entrega HL al RPM
- Documentación
- Usuarios
- Administrador de Tareas

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 11:21:26 AM
Afiliado: CC 3100701 RICARDO ESTEBAN FORERO VASQUEZ [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 3100701							
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	1996-11-19	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			1997-01-01	2002-05-31
Traslado de AFP	2002-04-01	2004/04/16	ING	PORVENIR		2002-06-01	2003-06-30
Traslado de AFP	2003-05-26	2004/04/16	PORVENIR ING			2003-07-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 3100701

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1996-11-19	1996-12-12	01	AFILIACION	PORVENIR	
2002-04-01	2002-11-15	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	ING	
2002-04-01	2002-05-22	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	ING	
2002-04-01	2002-05-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	ING	PORVENIR
2003-05-26	2003-06-26	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	PORVENIR	
2003-05-26	2003-06-06	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	ING

6 registros encontrados, visualizando todos registros.

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 **RICARDO ESTEBAN FORERO VASQUEZ** 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.

Ahora bien, de la indexación solicitada por la apoderada de **COLPENSIONES** vale decir que no proceden, toda vez que, con el traslado de los rendimientos ya ordenados por el A quo se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en las sumas ordenadas a transferir al RPMPD.

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 **PORVENIR 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 todos los fondos privados, si se hicieron; todas las sumas a retornar con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.** e ING hoy **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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 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 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° 147 del 25 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, los pagos por 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 de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del señor **RICARDO ESTEBAN FORERO VASQUEZ** 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 **PORVENIR 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° 147 del 25 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, 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 efectuadas por el señor **RICARDO ESTEBAN FORERO VASQUEZ**, si se hicieron; todas las sumas a retornar con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. **CONFIRMAR** el citado numeral en lo demás.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 147 del 25 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.



CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** -, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y **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 del señor **RICARDO ESTEBAN FORERO VASQUEZ**.

QUINTO: Insértese la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho.

NOTIFÍQUESE POR EDICTO VIRTUAL

(AL 2550-2021 Corte Suprema de Justicia)

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:



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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:

d62a200afe8fa183c5c4c44bd2fbe558c9382aca79f894991199cb34a74518f9

Documento generado en 23/07/2021 07:21:26 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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