TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA LABORAL

AUDIENCIA NÚMERO 285

Juzgamiento

Santiago de Cali, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 295

Acta de Decisión N° 066

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° 120 del 30 de abril del 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **GLORIA ELIZABETH GUILLEN GARCIA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, bajo la radicación N° 76001-31-05-018-2020-00278-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por la accionante en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS con **PROTECCIÓN S.A.** y como secuela de lo anterior se ordene su retorno al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** junto con los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, aportes, rendimientos debidamente indexados y se condene a las accionadas al pago de costas procesales.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, la actora nació el 02/09/1959; que efectuó cotizaciones al RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** hasta el 25/07/1997, calenda en que se surtió el traslado a **PROTECCIÓN S.A.** sin efectuársele comparativo entre ambos

regímenes en lo que respecta a la pensión, no se le dio a conocer las diferentes alternativas, beneficios e inconvenientes, así como las implicaciones del traslado de régimen.

Refiere que, requirió a **PROTECCIÓN S.A.** el 30/07/2020, con el fin de que le proporcionaran copia de ciertos documentos, tales como, formulario de afiliación, recibido del plan de pensiones, reglamento de funcionamiento entre otros; **PROTECCIÓN S.A.** manifestó al respecto que la asesoría se dio de forma verbal y no se entregaron proyecciones, toda vez que, dichas obligaciones nacieron a partir del 2014 y que podría optar por una pensión de garantía mínima en comparación a la mesada que obtendría en **COLPENSIONES** por valor de $2.365.337.

Finalmente indica que, elevó solicitud de traslado ante **COLPENSIONES** el 30/07/2020, no obstante, la entidad se negó por encontrarse a 10 años o menos para pensionarse.

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 8° y respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de mérito: *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y CARENCIA DEL DERECHO; COBRO DE LO NO DEBIDO; PRESCRIPCIÓN; LA INNOMINADA; BUENA FE; COMPENSACIÓN Y GENÉRICA.*

PROTECCIÓN S.A. por su parte indica que, son ciertos los hechos 4° y 5°; no le consta el 1°, 2° y 8°; en cuanto al resto señala que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró como excepciones de fondo:

VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN A PROTECCIÓN S.A.; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARÁ LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTADE 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; INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; CARENCIA DE ACCIÓN E INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES; INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGITIMA; INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGITIMA LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA TRASLADARSE DE REGIMEN y COMPENSACIÓN.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 120 del 30 de abril del 2021, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito formuladas por PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora GLORIA ELIZABETH GUILLEN GARCÍA, de condiciones civiles conocidas en el proceso, suscribió desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A, para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GLORIA ELIZABETH GUILLEN GARCÍA, tales como de forma enunciativa, cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro; y de manera correlativa, Colpensiones tendrá que aceptar el traslado de la demandante sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán ser trasladadas a Colpensiones de manera indexada con cargo a su propio peculio.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- acepte el traslado de la señora GLORIA ELIZABETH GUILLEN GARCIA sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Una vez realizado el traslado ordenado en el numeral tercero de la presente providencia, deberá actualizar la historia laboral de la señora GLORIA ELIZABETH GUILLEN GARCIA dentro de los 2 meses siguientes.

QUINTO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES como parte vencida en juicio y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán en los términos del artículo 365 y 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el Acuerdo PSAA16– 10554 del 05 de agosto de 2016. Se señalan como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV a cargo de cada una de las entidades.

SEXTO: Si no fuera apelada la presente providencia por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, se remitirá en Grado Jurisdiccional de Consulta para ante la Sala

Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali. Por secretaría dese cumplimiento a los demás ítems establecidos en el inciso final del art. 69 del CPT y S.S."

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, los apoderados judiciales de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** interpusieron recurso de apelación esgrimiendo para tal fin lo siguiente:

- COLPENSIONES se opone parcialmente al fallo en lo resuelto en el numeral 5°, toda vez que, la entidad no participó en el acto que se declara nulo pues la conducta desplegada fue por un tercero ajeno al RPMPD; indica que, Colpensiones respondió de manera oportuna la negativa del traslado deprecado por la actora en su momento por estricta prohibición legal; Colpensiones no es la facultada para declarar nulo el acto de afiliación pues no se ha probado vicio en el consentimiento; si bien la entidad del RPMPD es la que debe recibir los dineros de la actora resultantes de la ineficacia del traslado, Colpensiones no es la responsable de los actos generadores de la presente acción, por lo anterior solicita que no se condene en costas al fondo del RPMPD.

- PROTECCIÓN S.A. requiere que se revoque el numeral 3°, toda vez que, los gastos de administración es aquella comisión que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta del afiliado, de cada aporte se descuenta un 3% que se destina a financiar los gastos de administración y la prima de seguro previsional, descuento realizado conforme a la Ley 100 de 1993 que opera en ambos regímenes, durante todo el tiempo que ha estado afiliada la actora se ha realizado la gestión de los recursos, por lo que no es procedente la devolución de la comisión porque se encuentra causada; si la consecuencia de la ineficacia es que todo vuelva al estado anterior y de entenderse como nulo el contrato de afiliación, Protección no debió administrar los recursos de la demandante y por ello no se causaron rendimientos, entonces sobre la base de las restituciones mutuas debe entenderse que el fruto mejora del afiliado son los rendimientos y los gastos de administración son lo mismo para la AFP los cuales debe conservar si hizo rentar el patrimonio del afiliado como es el caso.

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

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

Objeto de la Apelación y Consulta

El problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **GLORIA ELIZABETH GUILLEN GARCIA** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS regentado por **PROTECCIÓN S.A.** y como secuela de lo anterior en caso afirmativo retorne al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros rubros, prescripción y costas procesales.

Caso Concreto

El eje central de discusión estriba en determinar si **PROTECCIÓN S.A.** le suministró a la señora **GUILLEN GARCIA** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado de régimen que le permitiera conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones; por ende, el deber de asesoría y buen consejo en cabeza de la mentada AFP comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del potencial afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente; esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en

torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

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

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

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

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

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

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

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

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

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 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 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 de régimen para determinar la eficacia del acto cuestionado.

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.

Ahora bien, la información adquiere un estatus primordial en este tipo de actos, así se estableció en Sentencia del 3 de septiembre del año 2014, SL12136-2014, Radicación N° 46292, la Corte Suprema de Justicia:

"Para este tipo de asuntos, se repite tales, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el ***monto de la pensión que en cada uno se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación****. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba siendo aplicable."*

Del formulario de afiliación suscrito entre la demandante y la demandada regente del RAIS, se ha estipulado por vía jurisprudencial frente al citado documento 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 tal motivo, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe una comprensión integral del acto del traslado por parte de la actora; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

La carga de la prueba en este tipo de asuntos recae sobre 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 a la actora del cual se extrae puntalmente que: se trasladó de régimen porque el asesor del fondo privado

le indicó que de acuerdo a simulador que tenía en su portátil le era tremendamente favorable trasladarse con ellos, que al acercarse a Protección para averiguar como se pensionaria se entero de su real situación, no solicitó ante su traslado a Colpensiones porque no tenia conocimiento de como hacerlo ni fue guiada o informada al respecto y en la actualidad no esta pensionada porque lo ofrecido por el fondo privado no le permitiría llevar una vida digna.

Es de subrayar que no se le está exigiendo al fondo cuestionado una asesoría por escrito, sino que acredite qué información dio y el alcance de la misma.

Ahora bien, la regulación del derecho de información frente a 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); advirtiendo este colegiado la ausencia total del cumplimiento de dichas disposiciones por parte de **PROTECCIÓN S.A.** al momento de surtirse el traslado de régimen, obligaciones que surgieron desde su creación con la Ley 100 de 1993.

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **PROTECCIÓN S.A.** no le brindó a la señora **GLORIA ELIZABETH GUILLEN GARCIA** asesoría integral, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen, no se le señaló los beneficios y los perjuicios de un régimen u otro, todo ello con la finalidad de que el trabajador pudiera 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 del fondo privado el cumplimiento del deber legal de información y buen consejo implica que nunca lo acató configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico

el traslado de régimen bajo la ficción jurídica de que la actora nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD.

Se anexa historial de vinculaciones de Asofondos que milita en el sumario, por medio del cual se observa el traslado efectuado por la actora signado de ineficaz, veamos

asofondos

SIAFP

USUARIO: PRPNULIDADES | PROCESO DE NULIDADES | 28 de Enero de 2021 | Registrar servicio | Buscar en Wiki SIAFP

Afiliados | Personas | Aportantes | Pagos | Estadísticas | Documentación | Entrega HL al RPM | Usuarios | Administrador

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 8:59:09 AM
Afiliado: CC 41889466 GLORIA ELIZABETH GUILLEN GARCIA Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 41889466

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	1997-07-25	2004/04/16	PROTECCION COLPENSIONES			1997-09-01	

Un item encontrado
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 41889466

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1997-07-25	1997-08-06	01	AFILIACION	PROTECCION	

Un item encontrado
1

Devolución de Gastos de Administración y Otros Rubros

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos de la demandante *(traslado de régimen)*, que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, debido a 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 **GLORIA ELIZABETH GUILLEN GARCIA**, implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que serán impuestas a **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 **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 y subsecuentes, dado que

el citado fondo tuvo en su poder los dineros que usufructuaron, por ende, debe transferirlos en toda su integridad a **COLPENSIONES**.

En razón de lo anterior y la consulta surtida en favor del ente público, se adicionará al numeral Tercero del fallo en estudio la obligación de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido en favor de la actora, así como la obligación de restituir a la demandante las cotizaciones voluntarias, 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.**

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, en especial la sentencia SL2946 de 16 de junio de 2021; todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado de la demandante al fondo común.

Prescripción

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

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

"Sobre el particular, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, ***la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un***

estado jurídico, son imprescriptibles*. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.*

Dicho de otro modo: ***no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración****. De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.*

(…)

Conforme lo explicado, ***los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados****. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión».”*

En conclusión, el derecho a solicitar la Ineficacia del Traslado no tiene término de prescripción, toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite temporal a reivindicar temas relacionados con su afiliación, cotizaciones y en general todo componente de la pensión, máxime que, los hechos o estados jurídicos son imprescriptibles, así lo determinó la Corporación de cierre.

Costas

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, lo resuelto por el A quo en este aspecto se encuentra conforme a derecho respecto de Colpensiones como parte vencida en juicio.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **COLPENSIONES** 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° 120 del 30 de abril del 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho 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 constituido en favor de la señora **GLORIA ELIZABETH GUILLEN GARCIA**, así como la obligación de restituir a la demandante las cotizaciones voluntarias, 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** r en lo demás el mentado numeral.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 120 del 30 de abril del 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, como agencias en derecho se estiman en la suma de $1.000.000 cada una y en favor de la señora **GLORIA ELIZABETH GUILLEN GARCIA**.

CUARTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

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

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Firmado Por:

Carlos Alberto Oliver Gale
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 005 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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:
7b72b87a4e0e78752f0dc05f9d797fa6b62d6ed43c23c626bb1a12933ee008d9
Documento generado en 13/08/2021 09:58:07 a. m.

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