TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

AUDIENCIA NÚMERO 397

Juzgamiento

Santiago de Cali, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 408
Acta de Decisión N° 104

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° 262 del 30 de agosto del 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **HENRY ARBELAEZ CAICEDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, proceso identificado bajo la radicación N° 76001-31-05-005-2019-00716-01.

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 al RAIS con COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**; se ordene a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** y esta última a su vez recibir sus aportes, bonos pensionales y rendimientos.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor nació el 01/09/1956; que efectuó cotizaciones al ISS hoy **COLPENSIONES** alrededor de 766 semanas; que suscribió formulario de vinculación el 28/11/1995 con COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**; que **PROTECCIÓN S.A.** no le informó ni

verbal ni por escrito las ventajas y desventajas del traslado de régimen entre otros aspectos relevantes; que **PROTECCIÓN S.A.** le entrega simulación pensional arrojando una mesada de $2.173.873 en el RAIS a sus 63 años y una de $3.797.857 en el RPMPD a sus 64 años; que elevó solicitud de traslado el 14/11/2019 ante **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, no obstante, ambas entidades se negaron.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES frente a los hechos manifiesta que, son ciertos el 1°, 2°, 11°, 22°, 24° y 25°; 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; PRESCRIPCIÓN Y LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS POR LA ENTIDAD.*

PROTECCIÓN S.A. por su parte indica que, no le constan los hechos 1°, 9°, 24° y 25°; que no son ciertos del 12° al 19°; en cuanto a los demás señala que son ciertos. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones denominadas: *VALIDEZ DE AFILIACIÓN A PROTECCIÓN S.A.; 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 LEGITIMA; 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.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 262 del 30 de agosto del 2021, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por HENRY ARBELAEZ CAICEDO del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, administrado por la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCION S.A., posteriormente ING hoy AFP PROTECCION S.A.*
>
> *SEGUNDO: SE ORDENA a la AFP PROTECCION S.A., traslade al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES EICE, la totalidad de dineros recibidos con motivo de la afiliación de HENRY ARBELAEZ CAICEDO al RAIS, tales como*

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados; y retorne de su propio peculio los valores de las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES EICE que acepte el traslado de por HENRY ARBELAEZ CAICEDO al RPM, junto con la totalidad de los dineros provenientes del RAIS.

QUINTO: CONDENAR en costas y se fija la suma de un (1) SMMLV, a cargo de la AFP PROTECCION S.A., como agencias en derecho, a favor de la parte actora. Se absuelve de este rubro a Colpensiones."

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia las apoderadas judiciales del extremo pasivo impetraron su respectivo recurso esgrimiendo para tal fin cada una que:

COLPENSIONES indica que, conforme a precedente de la Corte Constitucional, la medida normativa que prohíbe el traslado de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para adquirir su edad pensional es razonable, puesto que, busca evitar la descapitalización del fondo común de prima media que sucedería en el evento de quienes no han contribuido al fondo común y por lo mismo no fueron tenidos en cuenta para el cálculo actuarial para determinar el pago de su futura pensión, poniendo en riesgo la garantía de la pensión de vejez de los demás cotizantes; finalmente solicito al superior atender y aplicar el art 13 de la Ley 100 de 1993, que no se han demostrado vicios en el consentimiento y asaltos de buena fe al momento de la afiliación al RAIS, traslado que se realizó libre y voluntariamente.

PROTECCIÓN S.A. se opone a la devolución de los gastos de administración, toda vez que, durante todo el tiempo que ha estado afiliado el actor a la entidad se ha administrado los recursos con la mayor diligencia y cuidado evidenciándose en los rendimientos que ha generado la cuenta de ahorro individual, entonces se tratan de prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse sobre todo en los contratos que tienen que ver con la seguridad social y de aplicarse en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante las restituciones mutuas se colige que el afiliado debe regresar los rendimientos a la AFP y esta última a su vez los gastos de administración al afiliado, pues de no haber existido contrato no se hubieran generado los rendimientos y no se habría cobrado la

cuota de administración; de la devolución del porcentaje de seguros previsionales indica que se le pagó a la respectiva aseguradora para que en el caso de presentarse algún siniestro por invalidez o sobrevivencia dicha entidad pagara la suma adicional para cubrir la prestación a reconocer, por ende, se solicita se absuelva a la entidad de retornar dicho rubro por estar imposibilitada para recobrar a la aseguradora por ser tercero de buena fe.

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

1. ***Cuestión Preliminar***

Se advierte que la Sentencia en estudio también 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).

2. ***Objeto de la Consulta y Apelación***

Se circunscribe el problema jurídico en establecer si, es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **HENRY ARBELAEZ CAICEDO** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** y como secuela de lo anterior en caso afirmativo el actor retorne al RPMPD regentado en la actualidad por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, sumas adicionales entre otros rubros, estudio de la prescripción y costas procesales.

3. ***Caso Concreto***

El eje central de discusión estriba en determinar si COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** le suministró al señor **ARBELAEZ CAICEDO** 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 lo anterior, el

deber de asesoría y buen consejo en cabeza de la mentada 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)*

3.1. 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)."

Frente a 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 si se configuró la ineficacia de un traslado de régimen pensional producto de la omisión de información de manera oportuna como antesala a la afiliación del 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.

Para tal fin, el efecto consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 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 la demandada 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 tal motivo, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe una comprensión integral del acto del traslado, dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin

información suficiente no hay autodeterminación. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

De la carga de la prueba en este tipo de asuntos se ha decantado que recae sobre las AFP´S como entidades financieras expertas en esta materia de alta complejidad y frente al afiliado lego dar a conocer los rasgos positivos y negativos de cada régimen, todo ello, para desvirtuar la acusación de desinformación que alega el 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)*

Es de recalcar que, no se le está exigiendo al fondo privado una asesoría por escrito, sino que acredite qué información dio al afiliado y el alcance de la misma, es decir, una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

La regulación del derecho de información de los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones, está tipificada en las siguientes normas aplicables al caso, veamos:

Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y deberes de los afiliados y de las administradoras, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece el derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse.

De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d); percatándose este colegiado la ausencia total del cumplimiento de dichas disposiciones por parte de COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** previo al traslado, obligaciones que surgieron desde su creación con la Ley 100 de 1993.

A manera de colofón es importante señalar que, las tesis antes esgrimidas en esta providencia, se encuentran ampliamente respaldadas por el máximo órgano de nuestra jurisdicción, toda vez que, en reciente Sentencia SL2946-2021 del 16 de junio del 2021 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró la posición mayoritaria de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional, extrayendo los siguientes puntos neurálgicos:

1- Deber de Información:

"Sobre el particular, de tiempo atrás, esta Corporación fijó un sólido precedente, consistente en que, desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL373-2021).

(…)

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debe estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

2- Formulario de afiliación:

"Conforme al reiterado criterio de esta Sala, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, 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, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021).

(…)

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017 reiterada en la CSJSL373-2021), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario

de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna."

3- Carga de la Prueba:

"En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL373-2021, la Corte sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. Precisamente, en esa oportunidad se señaló que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

Por lo anterior concluye sobre el particular que: "no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009)."

4- Aplicación del precedente:

"Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4373-2020 y CSJ SL373-2021, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho no constituyen prerrequisitos sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen.
(…)
Finalmente, la circunstancia de que la accionante haya elevado su inconformidad solo hasta el 2018, tampoco incide en la obligación que tenía la AFP, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios de pertenecer al anterior régimen."

5- Efectos de la ineficacia:

"En la medida que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, la Sala explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018)."

6- Excepciones.

"En cuanto a esta excepción que Colfondos S.A. propuso, corresponde reiterar lo dicho en precedencia, esto es, que 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).

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general 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 […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Finalmente, en lo que al medio exceptivo de prescripción planteado por las demandadas respecta, es de señalar que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene

como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).”

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** no le brindó al señor **HENRY ARBELAEZ CAICEDO** asesoría integral, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen con la finalidad de que este pudiera haber tomado su decisión informada, libre y voluntaria que se ajustara 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 bajo la ficción jurídica de que, nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

Se anexa historial de vinculaciones de Asofondos que milita en el expediente, por medio del cual se observa el acto signado de ineficaz, veamos:

asofondos — SIAFP

USUARIO: PRLFLOREZG01 | LAURA FLOREZ GIL | 13 de Agosto de 2020 | Registrar servicio | Buscar en Wiki SIAFP

Afiliados • Personas • Aportantes • Estadísticas • Documentación • Entrega HL al RPM • Usuarios • Historia Laboral • Ac

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 10:22:17 AM
Afiliado: CC 16625182 HENRY ARBELAEZ CAICEDO Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 16625182

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	1995-11-28	2004/04/16	COLMENA	COLPENSIONES		1995-12-01	2000-03-31
Cesion por fusión	2000-04-01	2013/10/04	ING	COLMENA		2000-04-01	2012-12-30
Cesion por fusión	2012-12-31	2012/12/29	PROTECCION	ING		2012-12-31	

3 registros encontrados, visualizando todos registros
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 16625182

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1995-11-28	1996-06-13	01	AFILIACION	COLMENA	
2000-04-01	2000-04-01	30	CESION	COLMENA	ING

2 registros encontrados, visualizando todos registros
1

3.2. Devolución de Gastos de Administración y Otros Rubros

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del demandante *(traslado de régimen)*, 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 **HENRY ARBELAEZ CAICEDO**, implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que recaen en **PROTECCIÓN S.A.** como sanción por la omisión del deber de información.

No es de recibo de 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, volviendo las cosas al estado anterior y, por otro lado, el citado fondo tuvo en su poder los dineros, los cuales usufructuó, por ende, deben devolverlos en toda su integridad con destino a **COLPENSIONES**.

Por otro lado, de las sumas adicionales de la aseguradora que discrepa el apelante **PROTECCIÓN S.A.** vale aclarar que, dichos emolumentos no se han causado al no evidenciarse reconocimiento alguno de prestación por invalidez o sobrevivencia, no obstante, en su lugar se ordenara la devolución de las primas de seguros previsionales.

En razón de la consulta surtida en favor del ente público, se adicionará al numeral Segundo del fallo en estudio los rubros por concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; además de la obligación en cabeza de **PROTECCIÓN S.A.** de remitir al emisor cualquier bono pensional constituido a favor del actor y devolver las cotizaciones voluntarias a este, si se hicieron, lo anterior en razón del tiempo de permanencia y/o vinculación en COLMENA-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, en especial la sentencia SL2946-

2021[1]; todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común.

3.3. 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

[1] *"Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).*

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 en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** por la no prosperidad de los recursos conforme al art. 365 numeral 1 del C.G.P.

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: REVOCAR del numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 262 del 30 de agosto del 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, el concepto de sumas adicionales de la aseguradora, por los motivos previamente indicados y en su lugar, CONDENAR a PROTECCIÓN-COLMENA-ING a devolver los pagos por concepto de seguros previsionales. **ADICIONAR** al numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 262 del 30 de agosto del 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A.-COLMENA e ING, a devolver el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; se **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.** remitir al emisor cualquier bono pensional constituido a favor del señor **HENRY ARBELAEZ CAICEDO** y devolver las cotizaciones voluntarias a este, si se hicieron, lo anterior en razón del tiempo de permanencia y/o vinculación en COLMENA-ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** Todas las sumas deben devolverse junto con sus rendimientos, CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 262 del 30 de agosto del 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** como agencias en derecho se estiman en la suma de

$1.000.000 cada una y en favor del demandante señor **HENRY ARBELAEZ CAICEDO**.

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

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:

b4ffc6158fe0940dcf35ac6b6135406d5e51742073d9d1671a5bbcc999578c64

Documento generado en 29/10/2021 10:04:48 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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