



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

AUDIENCIA NÚMERO 399

Juzgamiento

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

SENTENCIA NÚMERO 410

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° 175 del 20 de septiembre del 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **HERNANDO SAMUEL PINZON REDONDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, proceso identificado bajo la radicación N° 76001-31-05-004-2019-00621-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por el actor en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado efectuado al RAIS regentado por **COLFONDOS S.A.**; como secuela de lo anterior se declare ineficaces los posteriores traslados con **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**; se declare que esta válidamente afiliado a **COLPENSIONES**; se condene a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración; se condene a **COLPENSIONES** a actualizar su historia laboral y costas procesales.



Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor nació el 18/09/1958; que efectuó cotizaciones al ISS entre el 10/03/1994 al 31/10/1997; que se trasladó a **COLFONDOS S.A.** en el mes de octubre de 1997, toda vez que, dicha entidad la persuadió bajo la premisa de que era obligatorio la afiliación al mentado fondo privado porque los fondos estatales desaparecerían; aduce que, **COLFONDOS S.A.** no le brindó información clara, completa y precisa de las implicaciones negativas del traslado de régimen entre otros aspectos relevantes que inciden en su pensión; que posteriormente se trasladó a **PORVENIR S.A.** en el mes de agosto 2010 y luego a **PROTECCIÓN S.A.** en el mes de mayo del 2017, sin mediar información clara, completa y precisa de las consecuencias negativas de las afiliaciones.

Finalmente refiere que, elevó peticiones ante las accionadas solicitando la nulidad de su traslado de régimen, sin embargo, **COLFONDOS S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** despacharon desfavorablemente sus solicitudes y **COLPENSIONES** no ha emitido respuesta alguna.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A. indica que, son ciertos los hechos 1°, 16°, 28° y 29°; que no es cierto el 21°; que no es cierto de forma parcial el 15°, 17°, 18° y 19°; respecto del resto señala que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones denominadas: VALIDEZ DE AFILIACIÓN A PROTECCIÓN S.A.; VALIDEZ DEL TRASLADO DE REGIMEN DEL RPM AL RAIS; BUENA FE; INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; CARENCIA DE ACCION E INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES, LGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA TRASLADARSE DE REGIMEN; INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGITIMA; NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS; COMPENSACIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

PORVENIR S.A. manifiesta que, son ciertos los hechos 1°, 14° y 24°; que no es cierto del 17° al 21°, 13°, 23° y 25°; en cuanto a los demás aduce que no le



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

constan. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de merito: PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y BUENA FE.

COLFONDOS S.A. por su parte se allanó a las pretensiones de la demanda.

El A quo tuvo por no contestada la demanda por parte de **COLPENSIONES**, a través de Auto Interlocutorio No. 1090 del 30/06/2021, no obstante, **COLPENSIONES** propuso incidente de nulidad por indebida notificación, a lo que el A quo resolvió declarar la nulidad parcial del anterior auto y ordenó notificar y correr traslado en debida forma a la citada entidad.

COLPENSIONES al contestar expresó que, son ciertos los hechos 1°, 2°, 5°, 22° y 30°; respecto del resto indica que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; IMPOSIBILIDAD JURIDICA PARA CUMPLIR LO PRETENDIDO Y LA INNOMINADA.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali a través de la Sentencia N° 175 del 20 de septiembre del 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito, propuestas por las entidades demandadas, por las razones esgrimidas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor HERNANDO SAMUEL PINZON REDONDO realizada en COLFONDOS S.A. así como también se decretará la ineficacia de la afiliación realizada en PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.

TERCERO: ORDENAR a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., que proceda a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- la totalidad de lo ahorrado por el demandante señor HERNANDO SAMUEL PINZON REDONDO, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay y gastos de administración.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- que proceda a recibir por parte de LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS – PROTECCION S.A, la totalidad de lo ahorrado por el demandante señor HERNANDO SAMUEL PINZON REDONDO en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay y gastos de administración, afiliando nuevamente al demandante en dicha entidad y conservando para ese efecto el actor, todos sus derechos y garantías, que tenía en el régimen de prima media con prestación definida, antes de efectuarse el traslado al Régimen de Ahorro Individual.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

QUINTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de Consulta de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal laboral modificado por el artículo 14 de la ley 1149 de 2.007

SEXTO: CONDENAR a PORVENIR S.A a la suma de \$500.000 por concepto de costas procesales, a COLFONDOS S.A a pagar: la suma de \$800.000, por concepto de costas procesales, a PROTECCION S.A. la suma de \$500.000 y a COLPENSIONES a la suma de \$300.000 por concepto de costas procesales.”

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con lo resuelto en primera instancia, los apoderados judiciales de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** impetraron recurso de apelación esgrimiendo para tal fin cada uno que:

COLPENSIONES aduce que, no hubo pronunciamiento si el afiliado era lego o no por su calidad profesional y el valor probatorio de las manifestaciones del actor en interrogatorio de parte pues se observan comportamientos que le restan credibilidad al mismo; el despacho le da valor probatorio lo que indicó el actor que recuerda más el dinero que tenía en el fondo del RPMPD el cual se iba acabar y por ende lo perdería por lo que solicitó el traslado y recuerda eso aun transcurrido 24 años, si esto es así cual es la razón para que no recuerde los aspectos como las características del fondo, pues el tema de que el ISS se iba acabar no es un tema relevante para el objeto de la ineficacia del traslado, pues lo importante es establecer si el actor recibió información de las características y condiciones, por eso la Corte Suprema al invertir la carga de la prueba en estos procesos solicita que se haga el interrogatorio para esclarecer si el demandante conoció dichos aspectos neurálgicos; además de que no se pudo verificar que el actor en el año 2010 y 2017 pudo efectuar el traslado a Colpensiones pudiendo hacerlo o corroborar que el ISS efectivamente desapareció o no, pues podía hacer el traslado fácilmente y lo que hizo fueron dos traslados horizontales en el RAIS además de que manifestó que si conocía los requisitos, por ende , conoce el movimiento del RAIS, por lo anterior se absuelva a la entidad de las pretensiones.

PROTECCIÓN S.A. se opone a la devolución de los gastos de administración, toda vez que, 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, 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.

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

Esta sentencia se conoce de igual forma en 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 **HERNANDO SAMUEL PINZON REDONDO** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **COLFONDOS S.A.** y los subsiguientes traslados dentro del RAIS realizados con **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene su reingreso al RPMPD regido por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros rubros, analizar la prueba de interrogatorio de parte, prescripción y costas procesales.

3. Caso Concreto


 TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
 SALA LABORAL

El eje central de discusión estriba en determinar si **COLFONDOS S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** le suministraron al señor **PINZON REDONDO** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados, situación que le permitiera conocer adecuadamente y oportunamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones, de esta forma, 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 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)

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**."*

Respecto a los múltiples traslados de AFP:

*"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, **no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen** que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales"*.

En Sentencia SL1452-2019 del 3 de abril del año 2019, Radicación N° 68852 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiterada en la Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, Radicación N° 68838 de la misma ponente; providencias en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estudió la figura de la ineficacia del traslado e indicó como puntos de análisis los siguientes:

"Con el fin de ofrecer una mirada completa a los problemas jurídicos que plantea la recurrente, la Corte analizará (1) la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado."

Para finalmente concluir que:

"De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal cometió todos los errores imputados, Tercero, al sustraerse de su deber de verificar si la AFP brindó al afiliado información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado; segundo, al plantear que la suscripción del formulario de afiliación era suficiente para materializar el traslado; tercero, al invertir la carga de la prueba en disfavor de la demandante y, cuarto, al supeditar su ineficacia a que el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse."



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 materia 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 y posteriores producto de la omisión información de manera oportuna de antesala a la afiliación del demandante al RAIS, 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 para determinar la eficacia del acto cuestionado y por ende los posteriores.



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.

La información adquiere un estatus primordial en este tipo de actos, en los cuales las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado y sus implicaciones 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.”*

De los formularios de afiliación suscritos entre el demandante y las demandadas regentes del RAIS, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral estipula respecto del citado medio probatorio que:

*“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado**”. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838-MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Por ende, 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 la totalidad de 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 señor **HERNANDO SAMUEL PINZON REDONDO** solicitado y decretado en favor de **COLPENSIONES** y en el cual intervino el juez, se transcribe lo siguiente para su análisis:

*Profesión: Médico pediatra especialista en enfermedades infecciosas
Grado de escolaridad: universitaria*

COLPENSIONES

1- ¿Usted recuerda en que año se trasladó del instituto de seguro social hoy Colpensiones hacia el fondo privado?

Respondió: Eso pudo haber sido como a mediados del 2010.

2- ¿De acuerdo a la pregunta anterior, antes del año 2010 realizó algún otro traslado?

Respondió: no, yo estuve desde el inicio fui trabajador del seguro social y todo lo que tenía que ver con pensiones estaba en Colpensiones, cuando entra en vigencia la ley de pensiones donde se nos aseguró que el seguro social iba dejar de existir y que había una nueva ley de pensiones por lo que había necesidad de trasladarse a fondos privados, no recuerdo si fue a finales del 97 o en el año 2000 o algo relacionado así en el 2010, se nos dijo que los dineros en el seguro social iban a desaparecer porque el seguro iba a desaparecer y por ello había necesidad de afiliarse a un fondo privado.

3- ¿De acuerdo a la información anterior, se la dieron en el año 2010 o antes?

Respondió: antes en el año 97 más o menos.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

4- ¿Como recuerda que efectivamente le indicaron que los dineros depositados en el seguro social iban a desaparecer y recuerda claramente esa situación y no recuerda con claridad en qué fecha o año efectuó el traslado?

Respondió: pues en la época en que nos metieron miedo que los dineros iban a desaparecer, era más importante el dinero que recordar la fecha, no tengo precisión si fue en el año 2010 o en el 97, no tengo certeza, creo que en el 97, pues con la nueva ley de pensiones se nos aseguró que los dineros que teníamos los que estábamos afiliado en su momento en el seguro social eso se iba acabar, eso fue el motivo por el cual pasamos al fondo privado, fíjese señor juez, me sentí engañado porque no recibí ilustración suficiente sobre qué significaba ese traslado, se nos llenó de temor y engaños para trasladarnos a un fondo privado.

5- ¿De lo que recuerda usted que otra información recibió?

Respondió: lo que más recuerdo de informaciones es que los dineros se iban a perder, que los fondos privados iban a reemplazar el seguro social y que no íbamos a tener ningún deterioro en nuestra pensión, eso lo recuerdo claramente.

6- ¿En que fondo se encuentra vinculado actualmente?

Respondió: protección.

7- ¿Estuvo vinculado a otro fondo?

Respondió: si en Colfondos inicialmente, después pase a otro fondo que no lo preciso, porvenir.

JUEZ

1- ¿Usted recuerda las circunstancias de tiempo, modo y lugar cuando ese asesor del fondo privado le dio la información que usted ha mencionado?

Respondió: cada vez que pase a los diferentes fondos, pase de manera individual y me hacían recomendaciones sobre cuáles eran los supuestos beneficios a la afiliación anterior, se hizo de manera personal.

2- ¿Que recuerda frente a los beneficios?

Respondió: la seguridad pues alegaban que tenían solidez económica y que nunca se iba a desaparecer mientras en otros fondos había riesgo de que la pensión iba a desaparecer, había seguridad con los dineros ahorrados, nunca me hicieron ni explicaron una comparación de cómo era Colpensiones y un fondo privado, solamente la asesoría iba en el temor y la solidez.

3- ¿Le informaron los requisitos para pensionarse?

Respondió: conozco los requisitos, había una información poco clara al respecto solo me indicaron que podía ahorrar más dinero y pensionarme más temprano, era claro que había que cumplir un numero de semanas por la ley de pensiones eso lo conozco.

4- ¿Le brindaron información que circunstancias afectaban el monto pensional?



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Respondió: no nunca recibí ese tipo de información o asesoría, ante ese temor de la desaparición del seguro social no se le hizo un análisis estructurado de la pensión en un fondo privado y el fondo público, recibí información tendenciosa y engañosa.

Frente al interrogatorio de parte como medio probatorio, los múltiples traslados, la calidad profesional de los promotores entre otros aspectos en los procesos que versan sobre ineficacia de traslado de régimen pensional que fundamentan la discrepancia del apoderado de **COLPENSIONES**, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia SL 3349 del 28/07/2021-radicacion No. 88826-Magistrado Ponente LUIS BENEDICTO HERRERA DIAZ, ha rememorado e indicado que:

“Resulta evidente la apreciación indebida del Tribunal en relación con lo depuesto en el interrogatorio de parte por el demandante en instancias, hoy impugnante en casación, pues donde el Colegiado ve una explicación del alcance de los dos regímenes, no hay más que el relato de unas explicaciones someras y ligeras, cuyo eje principal gravita en torno al desorden y al caos que reinaba en el ISS, que según lo narrado por el absolvente, le transmitieron los asesores de la AFP privada. Nótese que en ningún momento Rodríguez Cely acepta tener un conocimiento detallado, más allá de las promesas de una teórica rentabilidad superior, que nunca se concretó en determinarle cómo incidía en su masa de ahorro individual, para obtener una prestación pensional similar o superior a la del RPM.

(...)

Téngase presente que la Corte ha señalado que el mentado deber de información ha existido desde el inicio mismo del Sistema General de Pensiones, esto es 01 de abril de 1994, por cuanto se encuentra plasmado en normas vigentes para la época, y que lo que ha ocurrido es un proceso de ajuste y refinamiento, con el propósito de que los usuarios-afiliados, tengan cada vez mayor acceso a una información que de suyo debe ser oportuna, veraz y transparente.

(...)

En ese orden, debe reiterarse que desde la primera época, esto es, en vigencia de la versión original de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, num. 1.º art. 97 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), existía la obligación, por parte de las AFP, de ilustración sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, características cuya explicación se echa de menos en lo relatado por el absolvente que, se itera, describe que le transmitieron generalidades del sistema de ahorro pensional, hace referencia tangencial a una rentabilidad ofrecida y a la incertidumbre que generaba la supuesta liquidación del Seguro Social. Nada más.

El citado num. 1.º del art. 97 del Decreto 663 de 1993, en su versión original, vigente para la época en que se efectuó el traslado al RAIS, concretamente a la entonces AFP Pensionar, establecía:

- 1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado. (subrayas y cursiva de la Sala)*

La redacción del precepto no deja duda alguna respecto de la obligatoriedad del deber de entrega de información a los usuarios, lo cual es un imperativo, que se deduce nítidamente de la redacción

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

dada por el legislador en la frase: «deben suministrar a los usuarios (subrayas de la Sala)», por lo que la aparente desidia del interesado en indagar por las condiciones y características señaladas en precedencia, no tiene por virtud relevar o excusar al fondo privado de los deberes que legalmente le correspondían, pues en tratándose de normas de orden público, como las aquí referidas, atinentes a la seguridad social que es un derecho de carácter constitucional irrenunciable, éstas no quedan al arbitrio o disposición de los intervinientes en el acto, porque precisamente, el fundamento de la ineficacia es su incumplimiento.

En breve, el desinterés del potencial afiliado no releva en manera alguna a la AFP del cumplimiento de brindar información con la calidad y oportunidad que se ha señalado en la ley y en la jurisprudencia

(...)

De esta suerte, en la vida laboral normal de una persona es perfectamente factible hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre administradoras, sin que evento signifique que la AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información a que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores.

(...)

La concreción de una adecuada asesoría, pasa por asegurarse que el afiliado, en cada ocasión, de una manera inteligible, comprenda no sólo el funcionamiento general de cada uno de los regímenes, las semejanzas y diferencias que puedan tener, la regulación propia de cada uno de ellos, sino la forma en que se estructura o construye la prestación, más aún, cuando en el RAIS ello depende de múltiples factores macro y microeconómicos y de la modalidad que finalmente llegue a seleccionar el interesado, entre aquellas que permite la ley, con lo cual el nivel de detalle en ese caso es de mayor exigencia.

La comprensión, entre otros, de los tópicos someramente enumerados, es lo que permite completar la triada de que ha venido hablando la jurisprudencia, en el sentido de se conjuguen la información objetiva, la circunstancia subjetiva de cada individuo y la asesoría externa, que conlleven a la toma de la mejor decisión en materia pensional, que a no dudarlo, no es un tema menor, en el ciclo vital-laboral de cada individuo.

(...)

Así como la Corte ha determinado que el hecho de tener sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello se derive una suerte de purga en el deber de información o de convalidación en su incumplimiento, tampoco el hecho de que el impugnante se haya vinculado, de manera discontinua al RAIS, aún con la misma administradora, significa per se que se tenga suficiente ilustración, conocimiento o comprensión de cada uno de los regímenes o que, se itera, tal situación releve del cumplimiento de sus deberes a la AFP, como lo exigen las normas aplicables en el momento en que acaezca tal evento.

La afirmación sobre la profesión del reclamante tampoco tiene lugar, pues, ni aún trabajando en el sector financiero todos los administradores de empresas tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones en ese sentido.

En cada caso, habrá que examinar los elementos que conforman el plenario para determinar, individualmente, las circunstancias que rodean a quienes en un asunto como el presente, han activado el aparato judicial.

Lo anterior evidencia las protuberantes equivocaciones del Tribunal, por cuanto en manera alguna se evidencia el cumplimiento de los requisitos del artículo 191 del CGP, relativo a la confesión, en especial, el numeral 2) «Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria», pues, como quedó visto, en manera alguna Rodríguez Cely aceptó algún hecho que le fuera adverso o que favoreciera a Pensionar-Old Mutual-



Skandia, porque de sus dichos no brota, como ya se explicó, que en cada momento previo a su vinculación, haya recibido la información debida en la calidad, cantidad y oportunidad que se requería.”

Entonces, del examen del citado medio probatorio y conforme a lo decantado por el Órgano de Cierre, se colige que si bien es cierto el actor afirma conocer ciertos aspectos del traslado y su prestación, estos se hacen de manera genérica y superficial, por el contrario se denota un claro desconocimiento en aspectos relevantes, tales como, las consecuencias negativas del traslado, modalidades pensionales en el RAIS, las variables que afectan el monto de su pensión, comparativos entre ambos regímenes entre otros.

Aunado a lo anterior y analizando los reproches realizados por el apoderado judicial de la demandada **COLPENSIONES** es importante señalar que, estudiadas las preguntas realizadas por el abogado recurrente, ninguna indago sobre el verdadero conocimiento que pudiere tener el señor **HERNANDO SAMUEL PINZON REDONDO** respecto al sistema de seguridad social, así mismo ninguna pregunta fue realizada respecto a su calidad profesional particular, malla curricular cursada, o similares que pudieran confirmar o desvirtuar el conocimiento particular sobre el sistema pensional Colombiano.

Así mismo pese a la fuerte critica respecto al interrogatorio de parte y el valor probatorio otorgado por el A quo, en la práctica de dicho medio probatorio, las preguntas fueron genéricas, enfocadas a obtener datos precisos de fechas y no de fondo respecto a la existencia o no de un consentimiento debidamente enfocado, sin mencionar que tan solo se formularon alrededor de siete de las veinte preguntas posibles, por ello que el juzgador de instancia, de oficio y en un intento de subsanar dicha falencia, indago de forma precisa y concreta sobre temas neurálgicos tales información proporcionada, la existencia o no de información acerca de beneficios, requisitos pensionales y monto pensional, no siendo dable que mediante recurso de apelación, se pretenda que esta sala asuma información la cual no fue indagada en su debida oportunidad por **COLPENSIONES**, la cual tuvo su oportunidad mediante el interrogatorio de parte decretado y de la cual no hizo uso apropiadamente para esclarecer la información increpada mediante el recurso.



Ahora bien, 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 **COLFONDOS S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** al momento de surtirse los traslados, obligaciones que surgieron desde su creación con la Ley 100 de 1993.

A 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:


 TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
 SALA LABORAL

“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 desfavor 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 prerequisites 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, **COLFONDOS S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** no le brindaron al señor **HERNANDO SAMUEL PINZON REDONDO** asesoría integral, adecuada y pertinente respecto de sus traslados con la finalidad de que el trabajador 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 de los fondos privados el cumplimiento del deber legal de información y buen consejo implica que nunca lo acataron configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico los traslados 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 actos signados de ineficaces, veamos:



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 2:28:57 PM
Afilado: CC 9283474 HERNANDO SAMUEL PINZON REDONDO Ver detalle

Vinculaciones para : CC 9283474

| Tipo de vinculación | Fecha de solicitud | Fecha de acceso | AFP destino | AFP origen | AFP origen antes de reconstrucción | Fecha inicial de efectividad | Fecha fin de efectividad |
|---------------------|--------------------|-----------------|-------------|--------------|------------------------------------|------------------------------|--------------------------|
| Traslado régimen | 1997-10-15 | 2004/04/10 | COLFONDOS | COLPENSIONES | | 1997-12-01 | 2010-07-01 |
| Traslado de AFP | 2010-05-10 | 2010/03/19 | PORVENIR | COLFONDOS | | 2010-08-01 | 2017-05-30 |
| Traslado de AFP | 2017-05-10 | 2017/06/20 | PROTECCION | PORVENIR | | 2017-07-01 | |

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 9283474

| Fecha de nacemento | Fecha de acceso | Códigos de nacemento | Designación | AFP | AFP involucrada |
|--------------------|-----------------|----------------------|-------------|-----------|-----------------|
| 1997-10-15 | 1997-10-24 | 01 | AFILIACION | COLFONDOS | |

Un ítem encontrado.

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 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 de afiliación al S.G.S.S.P. del señor **HERNANDO SAMUEL PINZON REDONDO** implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que recaen en **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** a título de sanción por la omisión del deber de información.

No es de recibo por este colegiado los argumentos esgrimidos por la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** en el sentido de que no están obligados a retornar los gastos de administración, toda vez que, 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 al sistema con destino a **COLPENSIONES**.

En razón de la consulta surtida en favor del ente público, se modificará el numeral Tercero del fallo en el sentido de ordenar a **COLFONDOS S.A.**, **PORVENIR S.A.** y



PROTECCIÓN S.A. transferir a **COLPENSIONES** los rubros por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, retornar al demandante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, y los pagos ejecutados por comisión de todo orden, conforme a los respectivos periodos de vinculación en cada uno de los fondos y con cargo a su propio patrimonio; se ordenara a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** las cotizaciones, rendimientos cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido en favor del demandante.

Se fundamenta lo previamente resuelto en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C., al no existir norma que regule la temática de ineficacia tanto en la Ley 100 de 1993 como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado artículo, posición que asume tanto la Jurisprudencia Civil como la Laboral, en especial la sentencia SL2946-2021¹; 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:

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).*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

“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.

3.4. 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 aspecto se encuentra conforme a derecho, por ello, se dejara indemne esta condena impuesta a las demandadas.

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: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 175 del 20 de septiembre del 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali y en el sentido de **CONDENAR a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** transferir a **COLPENSIONES** los rubros por concepto de gastos de administración, pagos por concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, retornar al señor **HERNANDO SAMUEL PINZON REDONDO** las cotizaciones voluntarias, si se hicieron y los pagos ejecutados por comisión de todo orden, conforme a los respectivos periodos de vinculación en cada uno de los fondos y con cargo a su propio patrimonio; se **CONDENA a PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** las cotizaciones, rendimientos, y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido en favor del demandante. Todas las sumas anteriores deben devolverse junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 175 del 20 de septiembre del 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR a COLPENSIONES** recibir todas las sumas ordenadas en el numeral Tercero del proveído de primera instancia con las modificaciones hechas en esta instancia.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 175 del 20 de septiembre del 2021, emanada del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** por la suma de \$1.000.000 cada una y en favor del demandante **HERNANDO SAMUEL PINZON REDONDO**.

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.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

**NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO
VIRTUAL EFICAZ**

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

Art. 11 Dec. 49128-03-2020

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:

0ea9cefc4b58d0075733a033e867eb3a394f3b3b85b298d03097de83b39e8559

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

REF. ORD. HERNANDO SAMUEL PINZON REDONDO
C/. COLPENSIONES Y OTROS
RAD. 004-2019-00621-01

Documento generado en 29/10/2021 10:04:58 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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