



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

AUDIENCIA NÚMERO 127

Juzgamiento

Santiago de Cali, treinta (30) de abril de dos mil veintiuno
(2021).

SENTENCIA NÚMERO 124

Acta de Decisión N° 035

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° 375 del 15 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **MARIO GERMAN RODAS MARTÍNEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, bajo la radicación N° 76001-31-05-008-2019-00505-02.

ANTECEDENTES

Las pretensiones de la demanda consisten en que, se declare la nulidad del traslado efectuado en mayo de 1994 del ISS hoy **COLPENSIONES** a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** y el realizado en diciembre del 2003 entre **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**; se declare que esta válidamente afiliado a **COLPENSIONES**; se ordene a **COLPENSIONES** resolver solicitud pensional cuando cumpla los requisitos de ley; finalmente requirió la condena de costas procesales a las demandadas.



Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor nació el 07/09/1963, por ende, cumple sus 62 años el 07/09/2025; que ha cotizado al sistema un total de 1.713 semanas; que en mayo de 1994 se trasladó a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente en diciembre del 2003 a **PORVENIR S.A.**

Que el 28/05/2013, **PORVENIR S.A.** le realizó simulación pensional; que el 23/04/2019, **PORVENIR S.A.** le certifica que su mesada a los 62 años ascendería a \$2.494.200; que no puede trasladarse a **COLPENSIONES** por la proximidad al cumplimiento de requisito de edad para pensionarse; refiere que, al trasladarse al RAIS no fue informado de la pérdida de beneficios, la forma de calcular su mesada en el RAIS y la posibilidad de que su mesada fuera inferior en RAIS en comparación a la del RPMPD.

Que el 11/06/2019, elevó petición ante **PROTECCIÓN S.A.** con el fin de obtener información y documentación relacionada con el traslado, no obstante, la entidad no ha dado respuesta; que el 12/06/2019, radicó similar solicitud ante **PORVENIR S.A.**, la cual fue resuelta el 25/06/2019; que el 11/06/2019, radicó petición ante **COLPENSIONES** acerca de la información de pérdida de beneficios al trasladarse al RAIS y solicitó su traslado, sin embargo, el 13/06/2019 la entidad aduce que el traslado fue libre, que no tenían la obligación para el momento del traslado de realizar asesoría y nos es posible anular la afiliación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES indica que, son ciertos los hechos 1°, 7°, 12° y aduce que no le constan los demás. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *Inexistencia de la obligación, Buena fe de la entidad demandada, Prescripción, Legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y la Innominada o genérica.*

PROTECCIÓN S.A. manifiesta que, es cierto el hecho 3° y parcialmente el 10°; que el 8° son cálculos sin fundamento a los que no está obligada a responder; que no es cierto el 9° y respecto del resto expresa que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de mérito

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

denominadas: *Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Inexistencia de la obligación, Cobro de lo no debido, Falta de Causa en las pretensiones de la demanda, Validez de la afiliación del actor al RAIS, Compensación, Buena fe de la entidad demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A. y la Innominada o genérica.*

Es pertinente subrayar que, la Sala tuvo conocimiento previo del proceso de la referencia y se profirió el Auto No. 069 del 16/07/2020 por medio del cual se declaró la nulidad de lo actuado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda respecto de **PORVENIR S.A.**, toda vez que, se incurrió en la causal prevista en el numeral 8° del artículo 133 del C.G.P., conservándose las actuaciones, diligencias y pruebas practicadas.

PORVENIR S.A. inicialmente a través de su Curador Ad-Litem contestó la demanda, empero, en virtud de la nulidad decretada la firma López y Asociados se presentó como apoderada de la demandada y procedió a contestar a la demanda en los siguientes términos:

De los hechos refiere que, no son ciertos el 5°, 6°, 9° y 11°; que el 8° es una consideración cuantitativa de la contraparte de su eventual derecho pensional lo que impide su contestación y en cuanto a los demás señala que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de mérito denominadas: *Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, Compensación y Excepción genérica.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 375 del 15 de diciembre del 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que el demandante MARIO GERMÁN RODAS MARTÍNEZ identificado con Cédula de Ciudadanía 14.885.605, hizo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES E.I.C.E., a COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y en consecuencia la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., deberá devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES E.I.C.E., todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, estos últimos con cargo a su propio patrimonio. PROTECCIÓN deberá devolver debidamente indexados los gastos de administración

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

durante el tiempo que el accionante estuvo afiliado a esta AFP con cargo a su propio patrimonio. El demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES E.I.C.E.

TERCERO: COSTAS a cargo de PROTECCIÓN S.A., por haber sido vencida en el juicio. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000 a favor de la parte demandante a cargo de PROTECCIÓN y \$1.000.000 a cargo de PORVENIR S.A. y a favor del demandante.

CUARTO: CONSULTAR la presente providencia conforme el artículo 69 del C.P.T. Y S.S.; oficiar al Ministerio de Salud y Protección Social y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al Superior.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, los apoderados judiciales del extremo pasivo **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación, esgrimiendo como argumentos de su discrepancia lo siguiente:

- **PORVENIR S.A.** solicita se revoque la decisión a excepción del numeral 4° y aduce que, el consentimiento informado del actor se materializó con la suscripción del formulario, que el traslado de régimen no fue con la entidad, que el actor se ratificó con el traslado entre fondos del RAIS, si bien el actor no es profesional en este campo sus estudios le permiten discernir la decisión que tomó, que se le debió dar valor probatorio al formulario de vinculación que se presume auténtico, máxime que, el actor provenía de otro fondo del RAIS, que para el momento de la afiliación no existía la obligación de dejar constancias escritas de la afiliación por parte de los fondos y el hecho de que se dio de forma verbal no le quita la categoría de asesoría, que tienen asesores capacitados respecto de toda información concerniente al traslado y requisitos para pensionarse.

Que no se observan argumentos jurídicos para declarar la ineficacia y conforme al art. 271 de la ley 100/93 no se acreditaron actos dolosos, que al no adecuarse la situación al citado artículo debe estudiarse como nulidad relativa la cual es saneable y prescribe, que no se acreditan vicios como error, fuerza y dolo, que se le endilga a la entidad la no realización de proyección pensional, no obstante, refiere que al fondo no le era exigible dicho requisito al momento de la afiliación.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Que en caso de que se confirme la decisión, expresa que no es procedente la devolución de los gastos de administración, toda vez que, no forman parte del financiamiento de la pensión del actor, que es una retribución a los fondos por la rentabilidad que se genera, que en virtud de las restituciones mutuas atenta contra la buena fe y confianza legítima por cuanto se ordena judicialmente una suma que tiene titular legalmente, que podría generarse un enriquecimiento sin causa y pago de lo no debido a Colpensiones, finalmente solicita que se analice la prescripción de los gastos administración.

- **PROTECCIÓN S.A.** indica que, la comisión de administración es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan en la cuenta de su afiliado, descuentos autorizados por la ley para la gestión de los recursos con la mayor diligencia y cuidado durante todo el tiempo que ha estado afiliado el demandante, refiere que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelva a su estado anterior en estricto sentido debe entenderse que el contrato no se dio y por ende la AFP no debió administrar los recursos del demandante, que los rendimientos no se causaron y tampoco se debió cobrar cuota de administración.

Sin embargo, el art 1746 del C.C. que regula las restituciones mutuas de los intereses, frutos o mejoras, con base en este, debe entenderse que aunque se declare la ineficacia y se haga la ficción de que nunca existió contrato no se puede desconocer que el bien administrado produjo un fruto o mejora que son los rendimientos para el afiliado y respecto de la AFP es la comisión de administración que debe conservar Protección porque hizo rentar el patrimonio del afiliado, que se constituye un enriquecimiento sin justa causa en favor del demandante y Colpensiones que estos reciban los rendimientos sin reconocer o pagar por la gestión efectuada, solicita se absuelva a la entidad.

- **COLPENSIONES** aduce que, el demandante a la fecha cuenta con más de 52 años de edad y para la época del traslado al RAIS estaba en pleno derecho para hacer dicha afiliación, lo cual indica un procedimiento acorde a la ley por parte de la entidad; a la fecha la afiliación efectuada al RAIS cuenta con plena validez y respecto de la ineficacia alegada por el actor, refiere que no procede de conformidad con el literal E del art. 13 de la ley 100 de 1993,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

que para la fecha del traslado primigenio la entidad estaba obligada acceder a la solicitud, puesto que, de haberse negado al traslado de régimen se habría incurrido a la violación al derecho a la libre elección que tiene la demandante, que el demandante esta próximo adquirir su derecho a la pensión impidiendo su cambio de régimen por expresa prohibición legal, por ende, solicita se revoque el fallo.

- En segunda instancia, las partes presentaron alegatos de conclusión que se circunscribe a lo debatido en primera instancia, y en el contexto de la providencia se da respuesta a los mismos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA**Cuestión Preliminar**

Se advierte que la Sentencia en estudio se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta por ser adversa a Colpensiones, respecto de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

Caso Concreto

El problema jurídico a resolver se circunscribe en establecer por esta Sala de Decisión si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **MARIO GERMAN RODAS MARTÍNEZ** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por COLMENA - ING ambas hoy **PROTECCIÓN S.A.** y el posterior traslado con **PORVENIR S.A.**, como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene la transferencia al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** los recursos causados por el demandante en el RAIS tales como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros y estudio del fenómeno de la prescripción

El eje central estriba en determinar si COLMENA - ING ambas hoy **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** le suministraron al señor **RODAS MARTÍNEZ**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados; información que le permitiera conocer adecuadamente 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 hacia el demandante, comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente; esta fase supone un acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA E INEFICACIA DE TRASLADO

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

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

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*“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”.*

Es menester resaltar que, recientemente 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).”

Es pertinente traer a colación lo 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** en otras palabras ineficaz.

Del anterior precepto normativo, cabe destacar que, utiliza los verbos atentar o impedir y según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el primero significa emprender o ejecutar algo ilegal o ilícito, y el segundo estorbar o imposibilitar la ejecución de algo. Por lo cual, la acción de no asesorar, ni brindar información como alude la norma conlleva a la ejecución de algo contrario a la ley, es por lo que, en estricto gramatical la conducta descrita en esta sentencia si encuadra en la descripción verbal del artículo 271; aún más, los anteriores verbos son cualificados por la expresión en “cualquier forma”, razón por la cual no solo es el dolo la forma de infringir el precepto, sino la negligencia, la impericia, la imprudencia, y en general la omisión, componente este último que se muestra con preponderancia en el expediente.

Por otro lado, la protección de los derechos fundamentales que describe el artículo 272 en armonía con el citado 271 de la Ley 100 de 1993, no debe analizarse desde un ámbito meramente lingüístico, sino desde una perspectiva constitucional en aras de proteger un valor, un principio y un derecho como es la dignidad humana ligada a la seguridad social subyacente en la ineficacia del traslado y respecto a la cual se busca evitar que el ser humano sea tratado con un medio, y no como un fin en sí mismo; contrario a lo expresado por la apoderada de Porvenir.

La información adquiere un status 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 de 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.”*

Ahora bien, respecto a las figuras de nulidad e ineficacia, es necesario puntualizar que la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria 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 inexacto analizar el presente asunto desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando solo sus consecuencias prácticas, por ende, el presente asunto gravita en determinar la procedencia de la ineficacia de un traslado de régimen pensional producto de la omisión información de manera oportuna como antesala a la afiliación del demandante y no un traslado de régimen como lo alega el apoderado de Colpensiones.

Del formulario de afiliación suscrito entre el demandante y las demandadas regentes del RAIS, la jurisprudencia de la Corte estipula 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 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, puesto que, el potencial afiliado debe conocer de antemano las aristas de sus traslados y las implicaciones que devienen en su prestación a futuro, documento que no suple las deficiencias en materia informativa. *(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 se tiene que está en cabeza de las AFP y son estas quienes deben demostrar y acreditar sin asomo de duda que surtieron todas las actuaciones encaminadas a que los potenciales afiliados conocieran el alcance de sus traslados tal como lo dictamina la Corte en su profuso análisis:

*“Si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En consecuencia, si el afiliado afirma que, al realizarse el traslado de régimen pensional, **la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento.***

*En ese sentido, **tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. En consecuencia, como el afiliado al sistema no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.***

*Al respecto, el artículo 1604 del Código Civil establece que **«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»**, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. “ (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Finalmente, 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 - ING ambas hoy **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** al momento de surtirse los traslados, al no obrar dentro del sumario prueba alguna que demuestre lo contrario, dado que, desde el nacimiento de los fondos con la ley 100/93 le fueron impuestas dichas obligaciones.

Cabe destacar que, se practicó interrogatorio de parte efectuado por la apoderada de **PORVENIR S.A.** al señor **RODAS MARTÍNEZ**, del cual se extrae en lo que atañe que:

Su afiliación al RAIS fue libre y voluntaria, que se trasladó por las diferentes ofertas presentadas por el fondo, que recibió extractos y verificaba su rentabilidad de su cuenta, que solo hasta ahora elevó queja ante los fondos cuando consultó cual sería el monto de su mesada en Porvenir y Colpensiones, que su inconformidad radica en la diferencia ostensible de la mesada entre las citadas AFP.

A raíz de lo expuesto se colige que, COLMENA - ING ambas hoy **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** no le brindaron al señor **MARIO GERMAN RODAS MARTÍNEZ**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones, características e implicaciones de sus traslados y dado que, los susodichos fondos privados no acreditaron el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con el demandante 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 nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.



Se anexa el reporte de Asofondos que milita en la contestación de **PORVENIR S.A.**, por medio del cual se observan los traslados efectuados, veamos:

Asofondos | Proveedor colombiano de administradores de fondos de pensiones y cesantías

USUARIO: PYRJURIDICA | ROBOT JURIDICA | 26 de Noviembre de 2020 | Registrar servicio | Buscar en Wiki SIAFP

A través de la opción eventos especiales que se encuentra en la consulta de Vista Integral e Historial de Novedades, pueden visualizar las modificaciones que los afiliados han tenido:

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

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 11:29:17 AM
Afiliado: CC 14885605 MARIO GERMAN RODAS MARTINEZ [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 14885605

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	1994-04-28	2004/04/16	COLMENA	COLPENSIONES		1994-05-01	2000-03-31
Cesión por fusión	2000-04-01	2013/10/04	ING	COLMENA		2000-04-01	2003-04-30
Traslado de AFP	2003-03-26	2004/04/16	PORVENIR	ING	ING	2003-05-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Manigua para: CC 14885605

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1994-04-28	1996-05-13	01	AFILIACION	COLMENA	
2000-04-01	2000-04-01	30	CESION	COLMENA	ING
2003-03-26	2003-04-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	ING

3 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Devolución de Gastos de Administración y Otros

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del demandante (*traslado de régimen*) y posteriores, que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, debido a la proximidad del 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 **MARIO GERMAN RODAS MARTÍNEZ**, involucra la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que serán impuestas a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** a título de sanción por la omisión del deber de información.



Es pertinente acotar que, no es de recibo por esta Sala los argumentos esgrimidos en las apelación, en el sentido de que **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** no están obligados a restituir los gastos de administración, toda vez que, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado primigenio al RAIS y posteriores, volviendo las cosas al estado inicial y, por otro lado, los citados fondos tuvieron en su poder los dineros, los cuales usufructuaron, por ende, deben devolverlos en toda su integridad.

En virtud de la consulta surtida en favor de **COLPENSIONES**, se modificará y adicionará al numeral Quinto del fallo en estudio, en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** la transferencia a **COLPENSIONES** las sumas 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; así como cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante, la devolución de las cotizaciones voluntarias al actor, si se hicieron, sumas con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en COLMENA - ING ambas hoy **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

Se fundamenta lo previamente resuelto en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C., al no existir norma que regule la temática de ineficacia tanto en la Ley 100 de 1993 como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado artículo, posición que asume tanto la Jurisprudencia Civil como la Laboral; todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común.

Prescripción

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



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

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

*En efecto, de manera reiterada y pacífica, **la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles.** Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.*

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

(...)

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

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

De prescripción frente a los gastos de administración, se tiene que, bajo los efectos de la ineficacia dichas sumas debieron ser descontadas por la administradora del RPMPD para la gestión del fondo común que va encaminado al reconocimiento de las prestaciones en el mentado régimen, siendo por conexidad imprescriptibles y de no ordenarse su restitución al fondo primigenio se generaría un detrimento a **COLPENSIONES**, máxime que, a **PORVENIR S.A.** se le impone dicha condena a título de sanción con cargo a su propio patrimonio por la omisión al deber de información, razón por la cual dejará incólume esta parte del fallo.



Costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, por la no prosperidad de sus recursos de conformidad con el artículo 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: MODIFICAR Y ADICIONAR al numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 375 del 15 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** restituir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, las sumas pagadas 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; así como cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante, la devolución de las cotizaciones voluntarias al actor, si se hicieron; sumas con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en COLMENA - ING ambas hoy **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. **CONFIRMAR** el citado numeral en lo demás.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 375 del 15 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 cada una y en favor de la parte demandante.

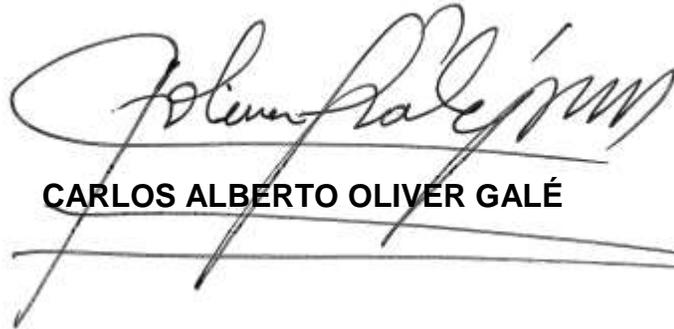


CUARTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de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

QUINTO: Por secretaría remítase copia de esta providencia a los correos registrados por las partes y apoderados. Déjese constancia en el expediente digital de esta remisión.

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

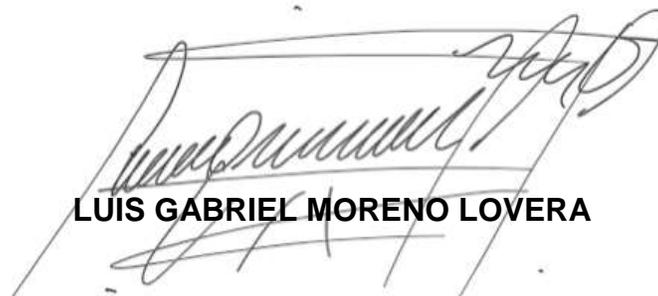
Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ



Art. 11 Dec. 49128-03-2020
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

Despacho 005 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

38444804ed27149fb4705fb6806a8a8dd685aacba4743afb602afcca8811a142

Documento generado en 30/04/2021 10:37:21 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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