



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

AUDIENCIA NÚMERO 172

Juzgamiento

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO INTERLOCUTORIO N° 086

Acta de Decisión N° 048

MAGISTRADO PONENTE: DR. CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Procede la Sala integrada por **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ, MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO y LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** dentro del proceso ordinario laboral de MARTHA PATRICIA GIRALDO GARCÉS contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. radicación 76001-31-05-003-2019-00335-01, proceden a resolver el recurso de apelación contra el auto No 383 de 11/02/20, mediante la cual el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, negó la práctica de prueba de interrogatorio de parte por la parte demandada PORVENIR S.A.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La juzgadora de primera instancia negó la prueba de interrogatorio de parte y fundamentó la decisión en que el interrogatorio no es la prueba idónea para acreditar que la información dada para surtir el traslado; la prueba debe ser de orden documental.

RECURSO DE APELACIÓN

Contra dicha determinación PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación contra dicha determinación alegando que la jurisprudencia señala que la carga de la prueba está a cargo de los fondos; si no se practica el



interrogatorio se vulnera el derecho de defensa; señala que se busca probar qué información le dieron y provocar de ser el caso la confesión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para que el juez decrete las pruebas pedidas por las partes debe corroborar la pertinencia, conducencia, licitud y utilidad de la prueba. Nos detendremos en la primera condición que consiste en que las pruebas guarden íntima relación con el objeto de prueba.

Respecto al interrogatorio de parte el artículo 184 del Código General del Proceso exige que, *“En la solicitud indicará concretamente lo que se probar y podrá anexar el cuestionario, sin perjuicio de que lo sustituya total o parcialmente.”*

Al verificar la forma en que fue pedido el interrogatorio de parte que solicitó PORVENIR S.A., se observa que fue formulada la petición en estos términos *“Solicito al señor juez que fije fecha y hora para que el demandante comparezca a su despacho a absolver el interrogatorio de parte que le formularé, con exhibición de documentos”* (folio 409).

Como se puede ver, la solicitud de interrogatorio de parte no cumple con las pautas establecidas por el citado artículo 184 del CGP, pues, no se especifica de manera concreta lo que se pretende probar, lo que resulta impertinente dicha prueba, sin que tal aspecto se pueda a entrar a suplir con los argumentos esbozados en el recurso de apelación, el cual también resulta parco.

En ese orden de ideas, es dable dar aplicación al artículo 53 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social cuando determina que el juez podrá rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito.



Se condenará en costas a la parte apelante PORVENIR S.A., por haber perdido el recurso y en favor de la parte demandante. Agencias en derecho en segunda instancia \$200.000.oo.

En mérito de lo expuesto se RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR el auto No 383 de 11/02/20, emanado del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Costas en segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. apelante infructuoso. Agencias en derecho en segunda instancia \$200.000 en favor de la parte demandante.

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

Firman los magistrados integrantes de la Sala

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

Art. 11 Dec. 491/28-03-2020

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

LUIS GABRIEL MORENO LOVERA



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

AUDIENCIA NÚMERO 173

Juzgamiento

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA NÚMERO 158

Acta de Decisión N° 048

MAGISTRADO PONENTE: DR. CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

El magistrado ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala de Decisión, **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** proceden a resolver la **APELACIÓN Y CONSULTA** de la sentencia No. 046 de 11 de febrero de 2020 , dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MARTHA PATRICIA GIRALDO GARCÉS** contra **COLPENSIONES, HORIZONTE, hoy PORVENIR; COLMENA, hoy PROTECCIÓN; ING, hoy PROTECCIÓN y COLFONDOS** bajo la radicación No. 76001-31-05-003-2019-00335-01.

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA PATRICIA GIRALDO GARCÉS** por medio de apoderado judicial presentó demanda ordinaria en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS** con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación hecha al RAIS a través de **PROTECCIÓN S.A.** realizado el 6 de noviembre de 1994 por no ofrecerle la información necesaria para la escogencia más beneficiosa entre regímenes por parte de **COLMENA** ahora **PROTECCIÓN** y por consiguiente la afiliación realizada a **PORVENIR** en



octubre de 2006 y la afiliación realizada a COLFONDOS en julio de 2001 y diciembre de 2012.; que se declare que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES; que se ordene a COLPENSIONES a recibir a la demandante.

Fundamentó tales pretensiones en que nació el 8 de enero de 1964; que ha cotizado un total de 1846 semanas en toda su vida laboral entre el ISS y los fondos privados así: Colpensiones de enero de 1984 a octubre de 1994; AFP Protección noviembre de 1994 a junio de 2001, febrero de 2002 a septiembre de 2006 y entre julio de 2008 a noviembre de 2012; Porvenir entre octubre de 2006 y julio de 2008; Colfondos entre julio de 2001 a enero de 2002 y entre diciembre de 2012 a la fecha; que en 1994 se trasladó a COLMENA , luego a PORVENIR y posteriormente a Colfondos teniendo en cuenta el indebido asesoramiento realizado por cada uno de los fondos de pensiones; en diciembre de 2012 realiza su último traslado a Colfondos con 48 años de edad y más de 1200 semanas cotizadas sin que se le hubiere recomendado regresar a COLPENSIONES; que pidió a COLFONDOS una proyección pensional y su mesada sería de \$1'538.967 para cuando cumpla 57 años y en Colpensiones podría obtener una pensión superior a los 3 millones de pesos; cuando se trasladó al RAIS no fue informada de la pérdida de beneficios tales como la manera como se calcularía la pensión y que existía muchas posibilidades de que la pensión fuera inferior al Régimen de Prima Media, que de habersele explicado no se hubiera trasladado; que el 22 de mayo de 2019 radicó petición a COLPENSIONES solicitando el traslado, recibiendo respuesta desfavorable; que el 21 de mayo de 2019 solicitó a Colfondos le informara la forma en que fue informada de los beneficios que tendría en el RAIS; en el mismo sentido se dirigió a PROTECCIÓN, y a PORVENIR.

Admitida la demanda se corrió el traslado pertinente, procediendo las demandadas a contestar el libelo así:

COLPENSIONES son ciertos los hechos 1 a 6; no le constan los demás hechos. Se opuso a las pretensiones del libelo y formuló las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, legalidad de los actos administrativos que dicta la entidad. Basó su defensa en



general en que la demandante le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, incumpliendo el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

PROTECCIÓN S.A. no le consta la mayoría de los hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones. Basó su defensa en la afiliación libre y espontánea de traslado, error de hecho no vicia el consentimiento, prescripción, asesoría objetiva, integral y completa, prohibición de traslado. Formuló las excepciones que denominó validez de la afiliación a Protección S.A., buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la ineficacia de traslado, inexistencia de devolver el seguro previsional, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir contra sus propios actos y compensación.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda. Dijo no eran cierto los hechos de la demanda o no le constaban, salvo los tiempos en que estuvo en Porvenir. Fundó su defensa que no procede declarar la nulidad absoluta del acto de afiliación al RAIS, no hay argumentos que validen la declaración de ineficacia, el consentimiento de la parte demandante fue informado, se cumplió con los términos legales sobre el deber de información, autonomía de la voluntad, presunción de buena fe. Formuló excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

COLFONDOS se allanó a las pretensiones del libelo.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia No 046 de 11 de febrero de 2020, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia de traslado que hizo la señora MARTHA PATRICIA GIRALDO GARCÉS al RAIS administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y de los posteriores traslados entre fondos realizados a ING hoy PROTECCIÓN a COLFONDOS, a ING hoy PROTECCIÓN y a HORIZONTE hoy PORVENIR última a la que se encuentra afiliada; ordenó a PORVENIR S.A. trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta del demandante señora MARTHA PATRICIA GIRALDO GARCÉS al Régimen de



Prima media administrado por COLPENSIONES; ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de la demandante. Condenó en costas a las demandadas, salvo a COLPENSIONES a quien absolvió por este rubro.

RECURSOS DE APELACIÓN

EL DEMANDANTE señala que la devolución de saldos y demás emolumentos está a cargo de COLFONDOS último fondo al que está afiliado.

PORVENIR solicita se revoque la sentencia de primera instancia porque COLFONDOS es el último fondo al que se encuentra afiliada la demandante. Bajo este aspecto no es posible cumplir con lo ordenado en la sentencia.

COLPENSIONES señaló que en el caso no existió vicio del consentimiento, sino que se dio una libre elección; que no se cumplen los requisitos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para realizarse el traslado, pues, le faltaban a la demandante menos de 10 años para trasladarse.

Las partes presentaron alegatos de conclusión que corresponde a lo debatido en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Encuentra la Sala que se circunscribe el problema jurídico en establecer si es procedente o no declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por la señora MARTHA PATRICIA GIRALDO GARCÉS del RPMPD administrado por el **I.S.S.** hoy **COLPENSIONES**, al RAIS administrado por **HORIZONTE**, hoy **PORVENIR**; **COLMENA**, hoy **PROTECCIÓN**; **ING**, hoy **PROTECCIÓN** y **COLFONDOS**.

Descendiendo al caso objeto de estudio en Consulta y Apelación; la Sala debe discernir como eje central si **PROTECCIÓN** y los demás fondos demandados le suministraron a la señora MARTHA PATRICIA GIRALDO GARCÉS, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado; información que le permitiera conocer adecuadamente los



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 los fondos antes mencionados hacia a la señora MARTHA PATRICIA GIRALDO GARCÉS, 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)

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.”

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).”

Sobre la ineficacia, es menester traer a colación la consecuencia legal contenida 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.**

La información adquiere especial relevancia en este tipo de actos como lo son el traslado de régimen pensional y traslados entre AFP'S de un mismo régimen, para lo cual las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado, 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.”*

Es menester traer a colación el análisis realizado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la nulidad e ineficacia:

*“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)

Ahora bien, el afirmar que el demandante que concurre al proceso firmó libre y voluntariamente los formularios de afiliación visible a folios 287 (HORIZONTE hoy Porvenir), 325 (COLMENA), 326 (CITI COLFONDOS), 327 (SANTANDER) 328 Y 329 (CITI COLFONDOS), 330 COLFONDOS, son insuficientes; puesto que, de estos no se puede establecer que las AFP cumplieron con su deber legal de información y buen consejo; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación, por lo cual la simple firma en un formato preimpreso no exhibe una comprensión integral del acto del traslado por parte del actor, máxime que dicho documento por sí solo no es suficiente para determinar la validez del acto suscrito. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado 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)

En cuanto a quien le corresponde probar lo informado al momento del traslado de régimen, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en este tipo de procesos y ha establecido que:

*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)

Sobre el fundamento legal entornó al derecho a la información y su vertiginosa regulación en constante evolución, se desprende de las siguientes normas aplicables al caso:

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; en conclusión como se expuso material probatorio que no aportaron los fondos demandados en este asunto. 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).

Con base en esta normatividad se descarta los argumentos de los fondos demandados, acerca que dieron información completa y oportuna; normatividad que le es aplicable a Colpensiones así no existiera de forma expresa la doble asesoría.

A raíz de lo expuesto, se tiene que los fondos demandados no le brindaron a la señora MARTHA PATRICIA GIRALDO GARCÉS una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen el cual se hizo efectivo el 1 de noviembre de 1994 a COLMENA, hoy PROTECCIÓN (folio 413), y los sucesivos traslados entre fondos. Al no acreditar que cumplió con su deber de información y buen consejo para con el actor, implica que nunca la proporcionó, configurándose la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico al traslado de régimen, bajo la



ficción jurídica de que el demandante nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD; no prosperando la apelación en este aspecto.

No es de recibo lo argumentado por COLPENSIONES en cuanto a que, al demandante le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensionarse, estando prohibido el traslado por lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ya que, el objeto de la pretensión de este proceso no es la procedencia del traslado sino la ineficacia por falta de información en el acto de trasladarse.

Es pertinente hacer las secuencias de fondos para darle mayor claridad a la providencia apelada. Colmena 1994, luego Colfondos diciembre de 2000, posteriormente Santander 2002 -ING 2008, hoy PROTECCIÓN, Colfondos 2012.

Devolución de Gastos de Administración y Rendimientos

La ineficacia del traslado, determina que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del demandante, que hoy, le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, dada la proximidad al cumplimiento del requisito de edad para pensionarse de este; y en consecuencia para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P de la señora MARTHA PATRICIA GIRALDO GARCÉS, implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que debe subsanar COLFONDOS , con la devolución integral de los dineros recibidos con objeto del traslado de régimen. De igual manera los demás fondos en los que estuvo afiliada la demandante deben devolver dichos dineros durante el tiempo en que estuvo vinculada a los mismos.

Las pruebas que obran en el expediente dan cuenta de que el último fondo al que está afiliada la actora es COLFONDOS.

Conforme a lo anterior se modificará el numeral segundo en el sentido de que COLFONDOS debe devolver cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, porcentaje de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales. Se ordenará cancelar el bono pensional



y se ordena su devolución al emisor. Se adicionará el numeral Tercero del proveído en estudio, en el sentido de establecer que los demás fondos deberán retornar a **COLPENSIONES** la totalidad de los gastos de administración, historia laboral actualizada del actor en semanas durante todo el tiempo que estuvo aportando al fondo; así como el retorno del pago ejecutado por comisión de todo orden, **las primas por seguros previsionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima**; sumas que se devolverán con sus respectivos rendimientos causados de no haberse dado el traslado de régimen, así como la obligación de devolver al demandante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio.

Se fundamenta esta decisión en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C.

No está sujeta a ponderación o semejantes la falta de información frente a la sostenibilidad del sistema de pensiones, pues, la consecuencia del sistema frente a tales omisiones es la ineficacia, amén de los bienes en juego de conformidad con los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, entre ellos la dignidad y la libertad que pesan más que la estabilidad financiera, respecto a la cual la armonización concreta debe buscarse en que al sistema debe devolverse todas las sumas de dineros que se describen anteriormente, para tratar de paliar la posible afectación del sistema de pensiones en especial el RPMPD.

Prescripción

En lo que respecta a la excepción de prescripción, cabe resaltar 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 adocinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión».*

En conclusión, el derecho a solicitar la Ineficacia del Traslado no tiene término de prescripción por la misma naturaleza intrínseca de los hechos o estados jurídicos que tienen incidencia directa o indirectamente en el derecho a la pensión; razón por lo cual, se ha de confirmar la decisión de primera instancia en este sentido.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por haber perdido la alzada. No hay costas a cargo del demandante por cuanto su recurso prospera; Costas a cargo de Porvenir en un 50% de las causadas por haber prosperado parcialmente el recurso, todo lo anterior, conforme al artículo 365 numeral 1 del CGP.

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 el numeral primero de la sentencia apelada y consultada No 046 de 11 de febrero de 2010, emanada del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de que el último fondo al que se encuentra afiliada la demandante es COLFONDOS. CONFIRMAR dicho numeral en lo demás.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada No 046 de 11 de febrero de 2010, emanada del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de que COLFONDOS S.A. deberá remitir a COLPENSIONES los valores correspondientes a cotizaciones que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante MARTHA PATRICIA GIRALDO GARCÉS, junto con gastos de administración, dineros correspondientes al porcentaje de garantía de pensión mínima, las primas por seguros previsionales, cotizaciones voluntarias si se hicieron, junto con sus rendimientos. Se ordena cancelar el bono pensional en caso de haberse sido emitido y devolverse al emisor.

ADICIONAR el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el sentido de que PORVENIR y PROTECCIÓN en los respectivos períodos de vinculación de la señora MARTHA PATRICIA GIRALDO GARCÉS deberán devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES:

Los pagos por comisión de todo orden, **las primas por seguros previsionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima**, los gastos de administración. Todas esas sumas se devolverán con sus respectivos rendimientos causados de no haberse dado el traslado de régimen, así como la obligación de devolver al demandante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en cada uno de dichos fondos.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la Sentencia Consultada y Apelada.



CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo COLPENSIONES en un 100% de las causadas y en un 50% de las causadas a cargo de Porvenir. Agencias en derecho \$900.000.00 a cargo de COLPENSIONES Y \$450.000 a cargo de PORVENIR y en favor de la demandante.

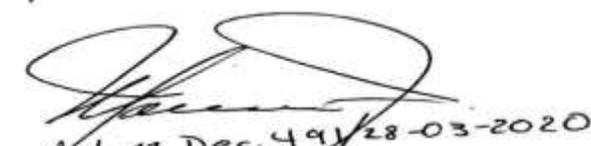
QUINTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página *web* de la Rama Judicial en el *link* de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema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

NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTROMEDIO VIRTUAL EFICAZ

Se firma por los magistrados que integran la sala,



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE



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



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. Martha Patricia Giraldo Garcés
C/ Colpensiones y Otro
Rad. 003-2019-00335-01

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

Despacho 005 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

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

Código de verificación:

35b3f7608de779a9a5e49d4a76077a993e7e732d0118040ce6c1cf1409e606d0

Documento generado en 31/08/2020 09:14:39 a.m.