



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

AUDIENCIA NÚMERO 257

Juzgamiento

Santiago de Cali, once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA NÚMERO 266

Acta de Decisión N° 079

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 SEXTA DE DECISIÓN LABORAL**, proceden a dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Consulta y Apelación de la sentencia N° 82 del 06 de marzo del 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **FABIO REINEIRO IBARRA PEREA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, bajo la radicación N° 76001-31-05-014-2019-00367-01.

ANTECEDENTES

El señor **FABIO REINEIRO IBARRA PEREA**, por conducto de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** con el objeto de que se declare la nulidad de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en adelante RPMPD gestionado en su momento por el I.S.S. hoy **COLPENSIONES**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en adelante RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, debido a la omisión de esta última AFP al deber de información completa, clara y suficiente de todas las aristas del traslado.



Se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar la totalidad de sus aportes depositados en su cuenta de ahorro individual, bono pensional y rendimientos; se ordene a **COLPENSIONES** aceptar el traslado y las sumas expresadas en el acápite anterior; por ultimo se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Informan los hechos de la demanda que, el actor nació el 09/05/1962; que se afilió al I.S.S. desde el 31/12/1991; que el 03/05/2001 se trasladó a **PORVENIR S.A.**, debido a la variedad de beneficios y argumentos esgrimidos por la mentada AFP, entre los cuales destacaban una mesada muy superior en comparación a la que percibiría en el I.S.S. y la liquidación de dicha entidad que desembocaría en la pérdida de sus aportes.

Que los asesores de **PORVENIR S.A.**, no le informaron de su derecho de retractarse de su afiliación, las consecuencias negativas de permanecer en el fondo y la liquidación de su mesada pensional en ambos regímenes; que el 06/12/2005, solicitó su traslado al I.S.S.; que el 18/12/2007, **PORVENIR S.A.** le comunicó que devolverían sus aportes al I.S.S. y a esta última entidad debería seguir aportando, conforme a estudio de multifiliación realizado; que en el 2012, se enteró de que aun presentaba multifiliación con **PORVENIR S.A.**

Que el 01/11/2012, radica ante **PORVENIR S.A.** manifestación de permanecer en el RPMPD; que el 23/11/2012, **PORVENIR S.A.** indicó que está pendiente la reunión con **COLPENSIONES** para definir en el comité de multifiliación; que **PORVENIR S.A.** no emitió respuesta alguna, debido a ello radicó que ante la Superfinanciera el 18/11/2018, empero, **PORVENIR S.A.** adujo ante el ente de control que la solicitud de anulación era improcedente, puesto que, el actor nunca manifestó inconformidad alguna.

Que en diciembre del 2018, radicó solicitud ante **PORVENIR S.A.** para la entrega de documentación con el fin de verificar las actuaciones; **PORVENIR S.A.** entregó los documentos en su poder el 10/01/2019 y el 10/02/2019 solicitó simulación y traslado a **COLPENSIONES**; que el 06/03/2019, **PORVENIR S.A.** da respuesta presentando la simulación pensional en la cual se evidencia que su mesada pensional en **COLPENSIONES** sería mucho más alta y negó el traslado; que el mismo 10/02/2019, radicó petición de nulidad de traslado ante **COLPENSIONES**; que el 04/04/2019, **COLPENSIONES** niega lo solicitado.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES manifestó respecto de los hechos que, los enumerados 19°, 20° y 21° son ciertos; que el 2° no es cierto; en cuanto a los demás expresó que no le constan. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó como: *La Innominada, Inexistencia de la obligación, Carencia del derecho, Prescripción, Compensación, Saneamiento de una presunta nulidad y Validez de la afiliación al R.A.I.S.*

PORVENIR S.A. indicó que los hechos de la demanda 9° y del 14° al 18° son ciertos; que del 4° al 7° y del 10° al 13° no son ciertos; respecto del resto adujo que no le constan. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de fondo las que denominó como: *Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia N° 82 del 06 de marzo del 2020, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación del señor FABIO REINEIRO IBARRA PEREA al RAIS administrado por PORVENIR S.A., realizado en el mes de mayo del 2001. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el RPMPD, con los efectos indicados en la parte motiva de la providencia, esto es el traslado de todo el capital de la cuenta del afiliado, los rendimientos, gastos de administración y bono pensional.

SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES, aceptar el traslado del demandante al RPMPD administrado por dicha entidad.

TERCERO: COSTAS a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000 cada una en favor de la demandante

CUARTO: CONSULTESE la providencia en caso de no ser apelada.

RECURSO DE APELACIÓN



Inconformes con lo resuelto en primera instancia, los apoderados judiciales de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación contra el proveído, de acuerdo con los siguientes argumentos:

- El apoderado de **COLPENSIONES** manifestó que, se impuso una carga económica a la entidad que no debería sobrellevar, pues su representada actuó conforme a la ley; que respecto de las condenas el Juez no tuvo en cuenta ciertos dineros que deben ser esgrimidos en la sentencia, tales como seguros previsionales, dineros debidamente indexados, saldo de la cuenta de rezago u alguna otra merma que sufra los capitales del demandante.
- La apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó la revocatoria en su totalidad la sentencia, que la demanda está mal encausada por cuanto se solicitó la nulidad relativa, debido a ello no se encontró probado los vicios en el consentimiento del actor, tales como error, fuerza y dolo; el dolo debió ser probado por la parte actora, no hubo error porque el actor sabía que se trasladaba para adquirir su pensión, así como tampoco hubo fuerza como se demostró con el interrogatorio de parte, dado que la afiliación se dio de forma voluntaria, no debiendo prosperar la nulidad; que falta al principio de congruencia por cuanto se solicita la nulidad y se decreta la ineficacia; que se violó el derecho de defensa a su representada por cuanto los argumentos esgrimidos fueron encaminados a desvirtuar una nulidad y no una ineficacia

Señaló que el fundamentó de la providencia en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, en la declaratoria de la ineficacia no es acertado, puesto que, no se puede equiparar que deficiencia en la información sea igual a impedir la afiliación de una persona, pues una cosa es la omisión y lo otro es una acción positiva, puesto que es la última acción que contiene el presupuesto normativo señalado.

Que el Juez no valoró el conocimiento que tenía el actor, el cual fue demostrado por medio del interrogatorio de parte, tal como el conocimiento de la ley 100 de 1993, que su inconformidad era de tipo aritmético y el problema de multivinculación, demostrando negligencia del actor en la medida que nunca gestionó su traslado al RPMPD, máxime por su calidad de abogado.



Respecto de los gastos de administración señaló que al declararse la ineficacia se entendería que la actor nunca se trasladó a **PORVENIR S.A.**, por ende nunca hubo rendimientos por lo cual no habría lugar a su devolución en estricto sentido, y si el Tribunal llega a confirmar dicha condena, se tiene que si se retornan los gastos y rendimientos se constituirían en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y el demandante, pues dichas sumas se descontaron con el objeto de generar los rendimientos que ya se están trasladando y que la entidad actuó de buena fe.

En segunda instancia y conforme al Decreto 806 de 2020, se dio traslado a las partes para que aleguen de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Caso Concreto

Encuentra la Sala que se circunscribe el problema jurídico en establecer si es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por el señor **FABIO REINEIRO IBARRA PEREA** del RPMPD del **ISS** hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.**; junto con la respetiva devolución de sus aportes, rendimientos, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora e indexación.

Descendiendo al caso objeto de estudio en Consulta y Apelación; la Sala debe discernir si **PORVENIR S.A.**, le suministró al señor **FABIO REINEIRO IBARRA PEREA**, 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 **PORVENIR S.A.** hacia el señor **IBARRA PEREA**, 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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, 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.”*

Ahora bien, respecto a las figuras de nulidad e ineficacia, es necesario puntualizar que la Alta Corporación 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)

Sobre las anteriores premisas esbozadas se tiene que, resulta desacertado analizar desde la óptica de las nulidades pues como se ha planteado, la consecuencia legal de la falta al deber de información es la ineficacia,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

así lo ha adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, quedando sin asidero lo manifestado por la apoderada de **PORVENIR S.A.**

En el presente se encuentra un formato preimpreso genérico de afiliación, empero, dicho documento por si solo es insuficiente para determinar que la AFP **PORVENIR S.A.** dio a conocer la totalidad de las aristas del traslado con el objeto de cumplir 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 dado el caso no exhibe una comprensión integral del acto del traslado por parte del actor. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

De lo anterior, 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 la carga de la prueba, la mentada Corporación ha sido enfática 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*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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)

La regulación normativa entornó al derecho a la información está tipificada en 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).

A raíz de lo expuesto, se tiene que **PORVENIR S.A.**, no le brindó al señor **FABIO REINEIRO IBARRA PEREA**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen y ante la imposibilidad del fondo de acreditar con material probatorio idóneo el cumplimiento en su debido momento con su deber legal de información y buen consejo para con el demandante, implica que nunca lo acató, configurándose la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico al traslado de régimen realizado por el actor, bajo la ficción jurídica de que el mismo nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

Cabe destacar que, del interrogatorio de parte rendido por el actor refiere únicamente beneficios señalados en su momento por los asesores de **PORVENIR S.A.**, y destaca su problema de multivinculación suscitado en el 2005, el cual se resolvió con la afiliación efectiva a **PORVENIR S.A.** sin, que se le informara de ello; refiere que se dio cuenta de que estaba afiliado con **PORVENIR S.A.** hasta el 2012, procediendo a radicar petición el 01/11/2012 manifestando su deseo de retornar al RPMPD; por lo anterior se tiene que hay lugar a declarar la ineficacia por desinformación al momento del traslado, no prosperando la apelación de **PORVENIR S.A.** en este sentido.



Respecto al argumento acerca de que el artículo 271 comprende una conducta positiva, no la omisiva, tenemos que dicho precepto utiliza los verbos atentar o impedir.

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.

Siguiendo el significado antes visto, en verdad la acción de no asesorar, ni brindar información en la forma prevista en la normatividad antes citada 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”, lo que conlleva a que 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 al no acreditar la asesoría e información que tenía el deber de suministrar.

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 hombre sea tratado con un medio, y no como un fin en sí mismo.

Con relación a la afectación de la congruencia porque el demandante solicitó la nulidad y no la ineficacia del traslado, tenemos que, con fundamento en el principio *iura novit curia*, le corresponde al juez determinar la norma aplicable al caso sujeto a su examen, amén de que, no es tan trascendente el nombre de la institución que se estudia, sino el contenido fáctico de la misma cuya calificación jurídica está en cabeza del juez conforme al citado principio

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 del cumplimiento de los requisitos de edad y densidad de semanas para pensionarse de este; y en consecuencia para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P del señor **FABIO REINEIRO IBARRA PEREA**, implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que debe subsanar **PORVENIR S.A.**, con la devolución integral de los dineros recibidos con objeto del traslado.

Aunado a lo anterior se procederá a adicionar al numeral Primero del proveído en estudio por esta Sala, en el sentido de establecer que **PORVENIR S.A.** y deberá retornar a **COLPENSIONES** la totalidad de aportes, intereses, bono pensional si lo hubiere, junto al pago por comisión de todo orden, con la devolución de gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993; así como los seguros previsionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima, sumas con sus rendimientos causados de no haberse dado el traslado, así como la obligación de devolver al actor las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.**, prosperando la apelación propuesta por el apoderado de **COLPENSIONES** en este aspecto.

Se fundamenta esta decisión 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.

Prescripción de la Ineficacia

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 por la misma naturaleza intrínseca de los hechos o estados jurídicos que tienen incidencia directa o indirectamente en el derecho a la pensión; así lo determinó la Alta Corporación razón por lo cual, se ha de confirmar la decisión en ese aspecto.

Se impondrán Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, conforme al 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: ADICIONAR al numeral Primero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 82 del 06 de marzo del 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de, **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la totalidad de aportes, intereses, bono pensional si lo hubiere, junto al pago por comisión de todo orden, con la devolución de gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993; así como los seguros previsionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima, sumas con sus rendimientos causados de no haberse dado el traslado, así como la obligación de devolver al actor las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 82 del 06 de marzo del 2020, proferida por el Juzgado Catorce 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.** y de **COLPENSIONES**. **Agencias en derecho en segunda instancia la suma de \$900.000.** a cargo de cada una de las demandadas y en favor del 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.

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



Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

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

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:

61c8a54091703c73360c88d70f14997b05863fc630e10ffe88a878c027bf8137

Documento generado en 11/12/2020 06:49:56 a.m.

REPUBLICA DE COLOMBIA



REF. ORD. FABIO REINEIRO IBARRA PEREA
C/ COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RAD. 014-2019-00367-01

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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