



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

**AUDIENCIA NÚMERO 002**

Juzgamiento

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA NÚMERO 002**

**Acta de Decisión N° 003**

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 QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**, proceden a dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Consulta y Apelación de la sentencia N° 204 del 26 de agosto del 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MARÍA VICTORIA GARCÍA GARCÍA** 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° 76001-31-05-018-2019-00605-01.

**ANTECEDENTES**

La señora **MARÍA VICTORIA GARCÍA GARCÍA**, 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 ineficacia o nulidad de su traslado del RPMPD al RAIS; se ordene su admisión al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**; se ordene a **PORVENIR S.A.** retornar a **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e interés, rendimientos, intereses e indexación.



Se condene a **PORVENIR S.A.** a devolver los porcentajes de gastos de administración con cargo a sus propios recursos; se condene a **PORVENIR S.A.**, pagarle la diferencia entre los aportes realizados al RAIS y los que deban acreditarse en el RPMPD, asumir el deterioro por el bien administrado tales como, mermas del capital destinado a financiar la pensión y pago de mesadas en el RAIS; que se condenen a las demandadas al pago de costas procesales.

Informan los hechos de la demanda que, la actora nació el 25/08/1962; que cotizó al I.S.S. administradora en su momento del RPMPD, entre el 27/04/1989 al 30/09/1992; que se trasladó el 15/08/1995, del I.S.S. hoy **COLPENSIONES** del RPMPD al RAIS con **PORVENIR S.A.**; que al momento de su afiliación al RAIS, **PORVENIR S.A.** la indujo a tomar una decisión errada, toda vez que, la AFP omitió suministrarle la información clara, necesaria, cierta, objetiva, transparente, comprensible y oportuna, respecto de las características, condiciones, beneficios, diferencia, riesgos y consecuencias del traslado de régimen pensional, entre otros.

Que formuló petición ante **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** el 15/08/2019 y el 16/08/2019 respectivamente, con el objeto de que autorizaran su traslado al RPMPD junto con sus aportes, rendimiento e intereses; que el 28/08/2019, **PORVENIR S.A.** negó lo peticionado; que a la fecha **COLPENSIONES** no ha emitido respuesta a la petición presentada.

### 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, el 2° es cierto; que es parcialmente cierto el 7°; que el 8° no es cierto; en cuanto a los demás adujo que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las que denominó como: *Inexistencia de la obligación y carencia del derecho; Cobro de lo no debido; Prescripción; La Innominada; Buena fe; Compensación y Genérica.*

**PORVENIR S.A.** por su parte señaló que los hechos, enumerados del 3° al 6° y 9° no son ciertos; respecto del resto expresó que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo las que

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

denominó como: *Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación y Excepción genérica.*

### DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia N° 204 del 26 de agosto del 2020, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito formuladas por PORVENIR S.A y COLPENSIONES, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora MARIA VICTORIA GARCIA GARCIA, de condiciones civiles conocidas en el proceso, suscribió desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A.*

*TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A, para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARIA VICTORIA GARCIA GARCIA, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, los rendimientos que se hubieren causado y las cuotas de administración previstas en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta última debidamente Indexada y a cargo de su propio patrimonio.*

*CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- acepte el traslado de la señora MARIA VICTORIA GARCIA GARCIA sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Una vez realizado el traslado ordenado en el numeral tercero de la presente providencia, deberá actualizar la historia laboral de la señora MARIA VICTORIA GARCIA GARCIA dentro de los 2 meses siguientes.*

*QUINTO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A y COLPENSIONES como parte vencida en juicio y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán en los términos del artículo 65 y 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016. Se señalan como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV a cargo de cada una de las entidades.*

*SEXTO: Si no fuera apelada la presente providencia por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, se remitirá en Grado Jurisdiccional de Consulta para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali. Por secretaria dese cumplimiento a los demás”*

### RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo resuelto en primera instancia, la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación contra el proveído bajo las siguientes premisas:



Que **PORVENIR S.A.** le ha brindado a la demandante una información totalmente clara, completa y comprensible a la luz de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios; y aun así la falladora de instancia declara una ineficacia cuando la entidad ha actuado de buena fe cumpliendo las disposiciones legales; que se declara la ineficacia contenida en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, norma que establece que existe una ineficacia cuando existen unos actos de impedir o atentar que suponen un dolo que no fue probado ni demostrado dentro del proceso. Manifiesta la Juez que, el expediente está huérfano de pruebas y que el formulario de afiliación carece de unos elementos para determinar la información que se le dio a la actora, es preciso aclarar que el formulario de afiliación no es un simple formato, es un documento público que se presume autentico, que no fue tachado de falso por la demandante.

Adicionalmente se solicitan unas proyecciones que no eran requisitos *sine qua non* para la época del traslado, que solo bastaba con la simple firma en dicho formulario donde constaba que se hacía de forma libre, voluntaria y sin presiones, esto no quiere decir que no existiera el deber de información, el cual ha existido siempre lo que no existía era tener un consentimiento informado, una proyección o una doble asesoría, por tanto no es dable imponer cargas a las AFP'S cargas adicionales diferentes a las leyes de aquella época.

Que la demandante está inmersa en una prohibición legal para trasladarse, que no es dable que se escude la accionante en que no se le dio la información porque su plan de pensión no resulte acorde a sus aspiraciones, puesto que, en el interrogatorio de parte la demandante expresó su inconformidad con el RAIS con PORVENIR S.A. porque su mesada sería más alta en COLPENSIONES, pretendiendo beneficiarse de un régimen en el que no han estado después de varios años, queriendo tomar ventaja de ambos regímenes según lo que le convenga más que no es dable para este tipo de procesos.

Que respecto de la afirmación que la entidad no acreditó el cumplimiento de la diligencia y no allegó pruebas diferentes al formulario de afiliación, la conclusión no se ajusta a la realidad procesal, pues PORVENIR S.A. presentó al proceso toda la documentación en su poder pudiéndose verificar que existe un comunicado de prensa por medio del cual se le informó a todos los

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

afiliados las características bastantes importantes, documento que fue pasado por alto y que la demandante permaneció durante más de veinte años permitiendo un descuento con destino al fondo privado, son pruebas que en su conjunto conducen con certeza a concluir que la actora tenía el deseo de pertenecer al RAIS; que la normatividad también les impone a los afiliados deberes como informarse adecuadamente de las condiciones generales del sistema de pensiones, aprovechar los mecanismos de capacitación y divulgación entre otros; que dentro del interrogatorio la demandante demostró un olvido y no se preocupó por su derecho pensional sino estando a portas de una edad mínima para pensionarse, negligencia que no puede recaer en PORVENIR S.A.

En cuanto a los gastos de administración expresó que también dichas sumas son descontadas en el RPMPD y están no forman parte del capital pensional, que no pertenecen al afiliado pues así lo indica la ley; que el concepto de la Superfinanciera no establece que estos gastos se deban devolver ni las primas de seguros, dineros que están sujetos a la prescripción, pues estas sumas no están para financiar la pensión, por tanto solicito al Superior aclarar porque estos gastos de administración están sujetos a la prescripción si no forman parte de la pensión.

Que respecto de las restituciones mutuas endilgada por la Juez, la hizo de forma unilateral pues el único que tiene que restituir es PORVENIR S.A. a COLPENSIONES entidad que no estuvo en el negocio jurídico, que también debería aplicarse el saneamiento por el paso del tiempo establecido en el código civil, que declararse la ineficacia y retornar todo a su estado anterior, pues dichos gastos no se causaron y no deben devolverse; que hay una confesión de la actora que manifiesta que recibió asesoría respecto de algunas características del RAIS por medio del interrogatorio, debiéndose analizar todas las pruebas en su conjunto.

La presente sentencia se conoce en consulta por ser adversa a COLPENSIONES, respecto de la cual es garante la nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

En segunda instancia se corrió traslado a las partes para que aleguen de conclusión conforme a lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto Legislativo No 806 de 2020.

**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 la señora **MARIA VICTORIA GARCIA GARCIA** del RPMPD del **ISS** hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.**; la devolución de sus aportes, gastos de administración y costas procesales.

Descendiendo al caso objeto de estudio en Consulta y Apelación; la Sala debe discernir si **PORVENIR S.A.**, le suministró a la señora **MARIA VICTORIA GARCIA GARCIA**, 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 la señora GARCÍA, 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:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

*“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, para lo cual las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado tanto ventajas como desventajas, 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 insanable 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 el presente proceso, pues como se ha planteado, la consecuencia legal de la falta al deber de información es la ineficacia, así lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral.

En el presente se encuentran en el plenario formato preimpreso genérico de afiliación aportado por **PORVENIR S.A.**, empero, dicho documento por si solo es insuficiente para determinar que la AFP, dio a conocer la totalidad de las aristas del traslado de régimen; 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 de la actora. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado en repetidas ocasiones 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 Alta 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 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)*

Entonces del material obrante en el expediente, tales como el formulario de vinculación, el comunicado de prensa y el interrogatorio de parte rendido por la demandante; la Sala encuentra que el formulario y el comunicado de prensa son pruebas inocuas para dar certeza al juzgador que, a la señora **MARIA VICTORIA GARCIA GARCIA** se le dio a conocer las variables no solo positivas sino también negativas al trasladarse al RAIS, toda vez que, como se ha venido reiterando, para determinar que el consentimiento de la actora ha sido informado se hace necesario para las AFP demostrarlo con sustento real y efectivo conforme al art. 1604 del C.C.

Respecto del interrogatorio de parte rendido por la demandante; se logra entrever que la señora **GARCIA GARCIA** no conocía los posibles efectos negativos de trasladarse de régimen y solo expresó unos cuantos

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

beneficios que le ofrecieron para trasladarse, demostrándose sin lugar a dudas que esta no recibió la debida información de manera oportuna, completa y veraz del traslado de régimen.

En cuanto a la regulación normativa entornó al derecho a la información, cabe decir que la misma 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).*

Respecto al argumento acerca de que el artículo 271 comprende una conducta dolosa no demostrada en el proceso, la Sala se permite traer a colación lo siguiente:

La norma en cita 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.

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 dicha AFP.

Por otro lado, la protección de los derechos fundamentales que describe el artículo 272 en armonía con el citado 271 de la Ley

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

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.

A raíz de lo ampliamente expuesto por esta Sala, se tiene que **PORVENIR S.A.**, no le brindó a la señora **MARIA VICTORIA GARCIA GARCIA**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado y ante la imposibilidad de este fondo de acreditar con material probatorio idóneo, el cumplimiento en su debido momento con su deber legal de información y buen consejo para con la demandante, implica que nunca lo acató, configurándose la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen efectuado por la actora, bajo la ficción jurídica de que la misma nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD; resultando impróspera la apelación de **PORVENIR S.A.** en lo que respecta a la ineficacia declarada.

**Devolución de Gastos de Administración y Rendimientos**

La ineficacia del traslado, determina que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos de la demandante, que hoy, le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, dado el cumplimiento del requisito de edad para pensionarse de esta; y en consecuencia para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P de la señora **MARIA VICTORIA GARCIA GARCIA**, 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 declarado ineficaz.

Aunado a lo anterior se procederá modificar el numeral Tercero del proveído en estudio por esta Sala, en el sentido de establecer que **PORVENIR S.A.** deberá retornar a **COLPENSIONES** el pago ejecutado por comisión de todo orden, bonos pensionales si los hubiere, pagos por primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima, sumas con sus rendimientos causados de no haberse dado el mentado traslado, así como la obligación de devolver a la actora las cotizaciones voluntarias, si se

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.**

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 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.*

(...)

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

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.

Ahora bien, las sumas descontadas por gastos de administración y demás comisiones que se ordenaron retornar a **COLPENSIONES**, son los emolumentos que se generan en ambos regímenes y bajo la premisa 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 de vejez, invalidez y muerte, siendo por conexidad imprescriptibles y de no ordenarse su devolución al fondo primigenio afectaría la sostenibilidad del sistema pensional generando un detrimento en el patrimonio de **COLPENSIONES** en favor de **PORVENIR S.A.** entidad última que se le impone dicha carga a su propio patrimonio por la omisión al deber de información, razón por la cual se ha de confirmar la decisión del juez en ese aspecto.

Finalmente, y conforme a la Consulta surtida en favor de **COLPENSIONES**, respecto a la condena en costas procesales, se tiene que esta es una condena preceptiva que se impone a la parte que pierde el proceso y/o le resulta desfavorable el recurso de apelación conforme al artículo 365 numeral 1 del C.G.P., razón por la cual se ha de confirmar dicha condena de primera instancia en cabeza de **COLPENSIONES**. Se impondrán Costas en esta instancia a **PORVENIR S.A.** como apelante infructuoso.

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 Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 204 del 26 de agosto del 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho 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**, las cotizaciones que se encuentren en la cuenta de la demandante, los gastos de administración previstas en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el pago ejecutado por comisión de todo orden, bonos pensionales si los hubiere, los pagos efectuados por primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima, sumas con sus rendimientos causados de no haberse dado el mentado traslado, así como la obligación de devolver a la actora las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.**, confirmar dicho numeral en lo demás.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 204 del 26 de agosto del 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho 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.** como Agencias en derecho en segunda instancia se establece la suma de \$900.000.

**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**



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

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:

**be207d4a7c2ac594df5293998ed8820dde58b7a4ae714fba74ba7dacbf4ce160**

Documento generado en 22/01/2021 10:14:05 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

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