



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

AUDIENCIA NÚMERO 006

Juzgamiento

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

SENTENCIA NÚMERO 006

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° 259 del 13 de octubre del 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **LUIS FERNANDO MARTÍNEZ ESCOBAR** 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° 76001-31-05-008-2020-00120-01.

ANTECEDENTES

El señor **MARTÍNEZ ESCOBAR**, 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 ISS hoy **COLPENSIONES** a **PORVENIR S.A.**; se ordene su retorno al RPMPD administrado en la actualidad por **COLPENSIONES**; se ordene a **PORVENIR S.A.**, devolver a **COLPENSIONES** la totalidad de sus aportes y rendimientos; finalmente que se condene al pago de costas y agencias en derecho a quien se oponga a la prosperidad de sus pretensiones.



Informan los hechos de la demanda que, el actor nació el 08/09/1959; que cotizó en el RPMPD 30 semanas entre el 05/02/1987 al 02/10/1995 y del mes de febrero de 1997 a marzo del mismo año 12 semanas, conforme a historia laboral emitida por **PORVENIR S.A.**; que cotizó en el RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** 1.045 semanas desde agosto de 1996 a julio del 2019 y actualmente sigue cotizando; que el 22/11/1996, en su lugar de trabajo se acercó una asesora comercial de **PORVENIR S.A.**, afirmó que esta le entregó información sesgada, errada e incompleta, toda vez que, le ofreció obtención inmediata y automática de la pensión vitalicia al cumplimiento de los requisitos de ley, que el trámite sería menos engorroso en comparación con el ISS, mejores condiciones económicas, prestamos sobre lo ahorrado entre otros beneficios, y expresó que el ISS entraría en liquidación y su bono pensional correría el riesgo de desaparecer; que **PORVENIR S.A.**, incumplió el deber de información completa respecto de las implicaciones del traslado en su derecho pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES manifestó que, los hechos 1°, 2° y 7° son ciertos; respecto del resto indicó que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las que denominó como: *Inexistencia de la obligación; Buena fe de la entidad demandada; Prescripción; Legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y la Innominada o genérica.*

PORVENIR S.A. por su parte no contestó la demanda, conforme a lo resuelto por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, mediante Auto Interlocutorio No. 929 del 30 de septiembre del 2020.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia N° 259 del 13 de octubre del 2020, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que el demandante LUIS FERNANDO MARTÍNEZ ESCOBAR, identificado con la Cédula de Ciudadanía 16.638.923, hizo del

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y en consecuencia esta entidad deberá devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES E.I.C.E., todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones íntegras que incluye gastos de administración debidamente indexados y rendimientos. El demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES E.I.C.E.

TERCERO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000 a favor de la parte demandante.

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

RECURSO DE APELACIÓN

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

La apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó que, se revoquen el numeral 2° y 3°; que en la demanda no se verifica argumentos válidos para declarar la ineficacia, que no se acreditó acciones dolosas y supuestos de hecho respecto de la afiliación del demandante al RAIS, conforme el art. 271 de la ley 100 de 1993; que lo expresado en la demanda sobre vicios del consentimiento deben entenderse como una nulidad relativa la cual es prescriptible; cuando los particulares suscriben negocios jurídicos en virtud de la autonomía de la voluntad privada, no resulta razonable que alguno de los contratantes preste su consentimiento a compromisos que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que descarta la posibilidad que el demandante no hubiere recibido ninguna clase de información respecto del cambio de régimen pensional.

Que de la carga de la prueba endilgada a la entidad manifestó que, para el momento de suscripción del formulario de afiliación, no era obligación de los fondos guardar constancias escritas de las asesorías; que respecto de la proyección de la mesada le era imposible a la AFP, realizar dicho cálculo ante lo incierto y variables del IBC del actor a futuro; que el error de derecho del demandante respecto de las condiciones del RAIS en comparación con las del RPMPD de haber permanecido en este último, no vicia el consentimiento de quien lo presta.



Que en el evento de que el Tribunal no tenga en cuenta lo expuesto y confirme la decisión, señaló respecto de devolución de los gastos de administración, rendimientos y cotizaciones; considera que deber revocarse la parte de los gastos de administración y adujo que resulta inequitativo con el fondo pues lo despoja de las sumas que recibió durante la administración de los recursos del actor, pues se le brindo extractos, inversión de los recursos origen de los rendimientos; que dichos gastos son la remuneración de las AFP'S por la buena gestión de las sumas de dinero del demandante, que han generado unos rendimientos, que el fondo del RPMPD no efectuó ninguna administración en dicho periodo y podría constituirse un enriquecimiento sin justa máxime con la indexación de los recursos, no se observa disposición normativa que exprese que los gastos de administración formen parte del capital pensional.

El apoderado de **COLPENSIONES** indicó que, el actor a la fecha cuenta con más de 52 años de edad, que para la época del traslado al RAIS registrada en Colpensiones esta estaba en pleno derecho de hacer dicha afiliación conforme a la ley; que la afiliación al RAIS cuenta con plena validez; que la ineficacia no procede conforme al literal E del art. 13 de la ley 100 de 1993, que a la fecha de solicitud del traslado Colpensiones estaba en la obligación de aceptar el mismo, pues de haberse negado hubiera incurrido en el derecho a la libre elección del demandante; que el demandante esta próximo adquirir la edad para pensionarse y legalmente no está permitido el traslado, solicitando la revocatoria del fallo.

Esta 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 o no la declaratoria de ineficacia del traslado

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

de régimen pensional, efectuado por el señor **LUIS FERNANDO MARTINEZ ESCOBAR** del RPMPD del **ISS** hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y la respectiva devolución de sus aportes, rendimientos, 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 al señor **MARTINEZ ESCOBAR**, 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 **MARTINEZ ESCOBAR**, 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.”

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

“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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 el demandante, empero, dicho documento por si solo es insuficiente para dar por satisfecho que la AFP **PORVENIR S.A.** 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 este formulario 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)

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)*

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).

Ahora bien, no es de recibo por esta Sala de Decisión lo replicado por **COLPENSIONES** respecto a la prohibición legal de un traslado de régimen, toda vez que, el objeto de este proceso no es la procedencia del traslado sino la ineficacia por falta de información en el acto de trasladarse.

A raíz de lo ampliamente expuesto por esta Sala, se tiene que **PORVENIR S.A.**, no le brindó al señor **LUIS FERNANDO MARTINEZ**

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

ESCOBAR, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen, cabe destacar que, no obra contestación de la demanda por parte de **PORVENIR S.A.** y ante la imposibilidad de este fondo de acreditar con material probatorio 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 el traslado de régimen efectuado por el actor, bajo la ficción jurídica de que el mismo nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD; resultando impróspera la apelación de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** en lo que respecta a la ineficacia declarada.

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.

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 para el cumplimiento del requisito de edad para pensionarse del actor; y en consecuencia para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P del señor **LUIS FERNANDO MARTINEZ ESCOBAR**, 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 adicionar al numeral Segundo 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, 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 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.**

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.

Respecto a la solicitud de revocatoria de la indexación de los gastos de administración por parte de la apoderada de **PORVENIR S.A.**, se revocará este aparte del numeral Segundo, puesto que, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado.



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.*

(...)

*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.



Finalmente, respecto a la condena en costas procesales de **PORVENIR S.A.**, se tiene que la apoderada de dicha entidad solicitó la revocatoria de esta condena de primera instancia, no obstante, en la sustentación del recurso no hubo mención alguna, sin embargo, en gracia de discusión la Sala pasa esgrimir lo siguiente; la condena de costas y agencias en derecho 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., y al ser vencida **PORVENIR S.A.** hay lugar a dicha condena.

Se impondrán Costas en esta instancia a **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** como apelantes infructuosos, conforme a la preceptiva legal antes mencionada.

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: REVOCAR parcialmente el numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 259 del 13 de octubre del 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, UNICAMENTE respecto de la indexación de los gastos de administración;

Y **ADICIONAR** 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**, el pago ejecutado por comisión de todo orden, bonos pensionales si los hubiere, 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 al señor **LUIS FERNANDO MARTINEZ ESCOBAR** 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° 259 del 13 de octubre del 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, como agencias en derecho de segunda instancia se estipula la suma de \$900.000 cada una 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 GALÉ

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

043bf3b0ee04a8b5b96f607af9bebaa01d90ac2fdfe8f506931590e8b27071b0

Documento generado en 22/01/2021 10:14:13 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>