TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

AUDIENCIA NÚMERO 026

Juzgamiento

Santiago de Cali, diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 029
Acta de Decisión N° 011

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, en asocio de los Magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** integrantes de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL**, proceden a dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Consulta y Apelación de la Sentencia N° 233 del 05 de noviembre del 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **NANCY LILIANA PEREZ LOPEZ** en contra de:

- **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**;

- **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**;

- **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**;

- **Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, bajo la radicación N° 76001-31-05-012-2019-00624-01.

ANTECEDENTES

La señora **PEREZ LOPEZ**, pretende que se declare la ineficacia de sus traslados efectuados del RPMPD al RAIS administrado por **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene su

traslado al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** junto con sus aportes, rendimientos debidamente indexados y demás valores depositados en su cuenta de ahorro individual; finalmente solicitó que sean condenadas las demandadas al pago de costas procesales y agencias en derecho.

Informan los hechos relevantes de la demanda que, la actora nació el 21/06/1962; aduce que efectuó cotizaciones a CAJANAL hasta noviembre de 1994, data en la cual se surtió el traslado de régimen con **COLFONDOS S.A.**; afirma que el 30/10/200, se trasladó a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**

Manifiesta que ninguno de los fondos le realizó u ofreció un comparativo entre el RPMPD y el RAIS, alternativas, beneficios e inconvenientes; que no se le proporcionó una suficiente, completa y clara información respecto de las implicaciones del traslado de régimen.

Que el 30/07/2019, requirió a **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** para el suministró de los recibidos en su momento del plan de pensiones, reglamento de funcionamiento, información del derecho de retracto entre otros; **PORVENIR S.A.** al emitir respuesta expresa que el soporte de la asesoría es el propio formulario de traslado debido a que esta se dio de forma verbal; afirma que las AFP´S del RAIS no entregaron la documentación solicitada; que **PORVENIR S.A.** le realizó proyección pensional y señala que no existe relación razonable entre sus ingresos y la cuantía de la prestación a reconocer.

Que 15/08/2017, presentó ante **COLPENSIONES** solicitud de traslado, no obstante, le fue negada por encontrarse a menos de 10 años para su edad pensional y el 16/08/2019 radicó solicitud de nulidad de afiliación ante la **UGPP**.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES manifestó que son ciertos los hechos 1° y 9°; respecto del resto adujó que no le constan. Se opuso las pretensiones 2° y 3°, en cuanto a la 1° ni se opuso ni se allano e indicó que debe probarse la nulidad de la afiliación y vicios del consentimiento; formuló como excepciones de mérito las

que denominó como: *Inexistencia de la obligación, Prescripción, Buena fe, Imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido, Presunción de legalidad de los actos jurídicos, Inobservancia del art. 48 de la CP-adicionado por el art. 1 del acto legislativo 1 del 2005 y la Innominada.*

La **UGPP** por su parte resaltó como ciertos los hechos 1°, 2°, 9° y 10°; en cuanto a los demás expresó que no le constan. Ni se opuso ni se allano a las pretensiones señalando que para la fecha del traslado la entidad no había nacido a la vida jurídica y no intervino en el proceso de afiliación de la actora entre otros argumentos; propuso como excepciones de fondo las que denominó como: *Falta de legitimación en la causa por pasiva, Inexistencia de la obligación, Prescripción, Buena fe y la Innominada.*

COLFONDOS S.A. afirmó que no le constan los hechos 4°, 5°, 6°, 9° y 10°; que son ciertos el 1° y 7°; que es parcialmente cierto el 2° y respecto del resto manifestó que no son ciertos. Se opuso las pretensiones y formuló como excepciones de mérito las que denominó como: *Inexistencia de la obligación, Buena fe, Ausencia de vicios del consentimiento, Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, Ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatoria administrado por Colfondos S.A. pensiones y cesantías, Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, Compensación y pago y la Innominada o Genérica.*

PORVENIR S.A. adujó que los hechos redactados del 3° al 6° y 8° no son ciertos; en cuanto al resto manifestó no constarle. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de fondo denominadas: *Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación y Genérica.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia N° 233 del 05 de noviembre del 2020 resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR PROBADA en favor de la UGPP la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y en consecuencia ABSOLVERLA de todas las pretensiones que se haya formulado la señora NANCY LILIANA PÉREZ LÓPEZ.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES, COLFONDOS Y PORVENIR S.A.

TERCERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado por la señora NANCY LILIANA PÉREZ LÓPEZ y de todas las afiliaciones que ésta haya tenido a administradoras del último régimen,conservándose en consecuencia, en el régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR a trasladar los aportes que tiene en su cuenta de ahorro individual la señora NANCY LILIANA PÉREZ LÓPEZ junto con los gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado por cada uno de los emolumentos aquí mencionados debidamente indexados.

QUINTO: SIN COSTAS a cargo de COLPENSIONES.

SEXTO: COSTAS a cargo de PORVENIR Y COLFONDOS a favor de la accionante. Tásense por secretaría del despacho fijando como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de este proveído.

SÉPTIMO: NO PROCEDE el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES ni de la UGPP, como quiera, que no se impone respecto de ellas condena alguna."

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo resuelto en primera instancia, el apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación contra el proveído bajo los siguientes argumentos:

Solicitó que se revoquen los numerales segundo, tercero, cuarto, sexto y cualquier otra condena impuesta por la sentencia de primer grado; esgrimió que no procede la ineficacia, toda vez que, la demandante no era una persona incapaz al momento de suscribir dicho acto, ni se faltó a ningún requisito formal para la validez de la afiliación tanto con Colfondos como con Porvenir, que de presentarse alguna irregularidad, debería catalogarse como una nulidad relativa la cual se puede ratificar y estar sujeta a prescripción.

Que el consentimiento de la actora se materializó con el traslado de régimen con Colfondos y el traslado con Porvenir; que las AFP´S

garantizaron el derecho de retracto y la posibilidad de retornar al RPMPD conforme a la ley; expresa que, de acuerdo a concepto emitido por la Superfinanciera en el 2015, no era obligación de los fondos guardar constancias escritas para la época del traslado y la ilustración de la favorabilidad del monto de la pensión.

Que en el presente asunto se presentado la prescripción de la acción de solicitar la nulidad; que las sumas ordenadas a devolver en el numeral cuarto, no es viable debido a que son comisiones ya causadas y autorizadas por la ley como contraprestación a la gestión de los recursos de la afiliada y de ordenarse la devolución de los gastos de administración, se patrocinaría un enriquecimiento sin causa, toda vez que, Colpensiones percibiría dicho concepto sin haber administrado los recursos de la actora por el interregno que estuvo afiliada al fondo.

Que de configurarse la nulidad y/o ineficacia en el entendido que el contrato nunca existió y las AFP´S no administraron los aportes de la demandante no se hubieran generado unos rendimientos y no seria viable su devolución; que respecto de las primas de seguros previsionales, destacó que, la compañía aseguradora cumplió con la cobertura del riesgo durante la vigencia de la póliza y estos juntos con los gastos no forman parte del capital para el reconocimiento de la pensión, no pudiéndose predicarse un imprescriptibilidad de estos recursos amparándose en el derecho a la pensión; finalmente solicitó se declare la excepción de Compensación de los gastos de administración, que no es posible el traslado de bonos pensionales porque no se ha generado, que no es procedente la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora porque no se generaron debido que no ocurrió ningún siniestro.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión Preliminar

La Sala conocerá el proceso en grado de Competencia Funcional de Consulta en atención a que considera que, dada la garantía de la Nación respecto a Colpensiones, se ve afectada con la decisión proferida en primera instancia.

Caso Concreto

Encuentra la Sala que se circunscribe el problema jurídico en establecer si es procedente o no declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por la señora **NANCY LILIANA PEREZ LOPEZ** del RPMPD del **ISS** hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **COLFONDOS S.A.** y el posterior traslado dentro del RAIS con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**; junto con el traslado de los recursos causados por la demandante en el RAIS, prescripción y costas procesales.

Descendiendo al caso objeto de estudio en Consulta y Apelación; la Sala debe determinar si **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** le suministraron a la señora **PEREZ LOPEZ**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados; 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 las AFP´S del RAIS hacia la actora, 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)*

Por otro lado, se tiene que al momento del traslado de régimen la demandante provenía de CAJANAL, entidad que para aquella época también fungía como administradora del RPMPD antes de su liquidación, no obstante, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes eligieron el RPMPD bien fuera por liquidación o por la cesación previsional de la caja que tuviere a su cargo, quedarían vinculados automática al ISS como administradora principal

del RPMPD, tal como se desprende de lo establecido en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, amén de así aceptarlo la Sentencia SL 2817 del 2019, entonces al ser COLPENSIONES la única administradora del RPMPD, es totalmente viable su retorno a la misma.

El Decreto 2196 de 2009 ordenó la supresión y liquidación de CAJANAL y en su artículo 4 ordenó el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, es por lo que, frente a la ineficacia del traslado la actora no debe volver a CAJANAL sino al ente que lo sustituye, COLPENSIONES.

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

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

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

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

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

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

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera ***la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada****.*

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

Es menester resaltar que, recientemente en Sentencia SL1452-2019 del 3 de abril del año 2019, Radicación N° 68852 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiterada en la Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, Radicación N° 68838 de la misma ponente; providencias en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estudió la figura de la ineficacia del traslado e indicó como puntos de análisis los siguientes:

"Con el fin de ofrecer una mirada completa a los problemas jurídicos que plantea la recurrente, la Corte analizará (1) la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado."

Para finalmente concluir que:

"De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal cometió todos los errores imputados, Tercero, al sustraerse de su deber de verificar si la AFP brindó al afiliado información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado; segundo, al plantear que la suscripción del formulario de afiliación era suficiente para materializar el traslado; tercero, al invertir la carga de la prueba en disfavor de la demandante y, cuarto, al supeditar su ineficacia a que el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse."

Por otro lado, en Sentencia SL3464-2019 del 14 de agosto del 2019 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló que:

"(…) declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre)."

Sobre la ineficacia, es menester traer a colación la consecuencia legal contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, el cual

prescribe que, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor a una multa determinada en la norma y **la afiliación respectiva quedará sin efecto**.

La información adquiere especial relevancia en este tipo de actos como lo son el traslado de régimen pensional, 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 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 el presente proceso, pues como se ha planteado, la consecuencia legal de la falta al deber de información es la ineficacia, así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral.

Respecto del formulario de afiliación aportado por las demandadas y suscrito entre la demandante y las AFP **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** es menester destacar que, 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)

De lo anterior se extrae que, la simple firma en este tipo de documentos no exhibiría una comprensión integral del acto del traslado por parte de la actora; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación, puesto que, la aquí demandante debe conocer la totalidad de las aristas de sus traslados o por lo menos las más relevantes que tienen incidencia tanto positiva como negativamente en su derecho prestacional a futuro, situación que no se presentó. *(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 Corte ha sido enfática y ha establecido que les corresponde a los fondos de pensiones demostrar y acreditar las actuaciones encaminadas a que cada afiliado conociera las implicaciones de sus traslados, veamos:

*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)*

Ahora bien, 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).

Del interrogatorio practicado por el apoderado de Porvenir a la demandante, se tiene como hechos relevantes que: los asesores de Colfondos y Horizonte se acercaron a su sitio de trabajo indicando mejores condiciones pensionales en los mentados fondos, que llevaron y diligenciaron los formularios para que fueran firmados por la actora; manifiesta inequívocamente que no recibió asesoría ni le proporcionaron información clara y oportuna de las condiciones de cada traslado; que a pesar de su formación académica en derecho aduanero partió de la buena fe de los fondos para no solicitar asesoría, debido a que le ofrecían una mejor oportunidad de pensión; que no percibe pensión de ningún tipo en la actualidad y sigue laborando; finalmente expresó que no presentó reclamación o queja ante los fondos. De lo anterior se observa que la actora no recibió la debida información de manera oportuna, completa y veraz de sus traslados y las consecuencias adversas de permanecer en el RAIS frente a su pensión de vejez a futuro.

A raíz de lo ampliamente expuesto, se tiene que las AFP´S del RAIS, no le brindaron a la señora **NANCY LILIANA PEREZ LOPEZ**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones de cada traslado que a continuación se relacionan conforme a reporte de Asofondos que obra al plenario:

TIPO DE TRASLADO	*ENTIDAD ORIGEN*	*ENTIDAD RECEPTORA*	*FECHA EFECTIVA DEL TRASLADO*
Traslado de régimen	***(CAJANAL) COLPENSIONES***	***COLFONDOS***	***01/12/1994***
Traslado de AFP	***COLFONDOS***	***(HORIZONTE) PORVENIR***	***01/12/2000***

Y ante la imposibilidad de las demandadas **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** 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 acataron, configurándose la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen primigenio y el posterior traslado 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.

Devolución de Gastos de Administración y Rendimientos

La ineficacia 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 la actora; y en consecuencia para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P de la señora **NANCY LILIANA PEREZ LOPEZ**, implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que deben subsanar **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**, con la devolución integral de los dineros recibidos con objeto de los traslados.

Aunado a lo anterior se procederá adicionar al numeral Cuarto del proveído en estudio, en el sentido de establecer que **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** deberán retornar a **COLPENSIONES**, bonos pensionales si se hubieren generado, así como los pagos ejecutados por comisión de todo orden y el

porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas con sus respectivos rendimientos causados de no haberse dado los traslados, 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 **COLFONDOS S.A.** y **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

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.

Respecto de la prescripción de los gastos de administración y demás emolumentos se tiene que, conforme a la línea jurisprudencial citada en acápites anteriores, dichos gastos deben ser retornados a Colpensiones quien debió administrar los recursos de la demandante, teniendo en cuenta que a través de la ineficacia, se retrotraen las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o en este caso los traslados objeto de discusión, además no podemos perder de vista que, de no hacerlo como se expresó previamente, afectaría en grado superlativo la sostenibilidad del fondo común, resultando infructuosa la apelación del apoderado de Porvenir en este sentido.

Costas

Finalmente, de la condena en costas procesales de primera instancia 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., entonces **PORVENIR S.A.** al ostentar la calidad de vencida le es aplicable dicha condena, razón por la cual se confirmara esta parte de la decisión.

Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, conforme a la preceptiva legal antes citada.

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 el numeral Séptimo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 233 del 05 de noviembre del 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar, conocer el asunto en grado de competencia funcional de consulta respecto de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

SEGUNDO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 233 del 05 de noviembre del 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, los pagos ejecutados por comisión de todo orden, sumas cobradas por primas de seguros y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas con sus respectivos rendimientos causados de no haberse dado los traslados, 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 **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**, Se ordena cancelar el bono pensional en caso de haberse emitido y devolverlo al emisor. Confirmar dicho numeral en lo demás.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 233 del 05 de noviembre del 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, como agencias en derecho de segunda instancia se estipula la suma de $1.000.000 en favor de la demandante.

QUINTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso

extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

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

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

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

Art. 11 Dec. 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:

c566d078718b9de445b1da1df357f21fcbace4978ed3100de76023eb012c13df

Documento generado en 19/02/2021 08:19:20 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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