TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

AUDIENCIA NÚMERO 030

Juzgamiento

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

SENTENCIA NÚMERO 033
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° 118 del 31 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **ARTURO CARABALI MUÑOZ** 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° 76001-31-05-004-2019-00098-01.

ANTECEDENTES

El señor **CARABALI MUÑOZ**, pretende que se declare la nulidad de su traslado del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS regentado por HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior de ordene su traslado a **COLPENSIONES** junto con la totalidad de lo ahorrado en su cuenta y rendimientos; finalmente solicitó que sean condenadas las demandadas al pago de costas procesales y agencias en derecho.

Informan los hechos relevantes de la demanda que, el actor nació el 29/05/1960; manifiesta que estuvo afiliado al ISS hoy

COLPENSIONES, desde el 20/10/1990 hasta agosto de 1994; que se trasladó a **PORVENIR S.A.** y continúa cotizando en dicho fondo hasta la fecha.

Indica que el 21/02/2019, radicó solicitud de traslado de régimen ante **COLPENSIONES**, empero, la entidad se negó esgrimiendo que se encontraba a 10 años o menos para adquirir la edad requisito para pensionarse.

Por último, aduce que la AFP **PORVENIR S.A.**, no le indicó como operaria dicho fondo y el RAIS, que no le proporcionó información completa y clara; indicó que los beneficios señalados por **PORVENIR S.A.** consistían en una mesada superior y la desaparición del ISS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES manifestó no constarle el hecho 5°, respecto del resto indicó que son ciertos. Se opuso las pretensiones y formuló como excepciones de mérito: *Inexistencia de la obligación, Inexistencia de vicios del consentimiento, Buena fe de la entidad demandada, Prescripción y la Innominada o Genérica.*

PORVENIR S.A. por su parte adujó que son ciertos los hechos 1° y 2°; que no le constan el 3°, 4° y que el 5° no es cierto. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de fondo denominadas: *Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.*

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PUBLICO

La profesional del derecho, la Doctora Rosmira Guevara Arboleda, Procuradora 8 Judicial, se limitó a expresar en la audiencia que en virtud de la carga dinámica de la prueba le correspondía a Porvenir, probar que el traslado realizado por el actor se hizo con la debida información, completa y comprensible en cumplimento de los requisitos legales, situación que no se presentó, deviniendo en la ineficacia y la devolución de todos los emolumentos a Colpensiones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 118 del 31 de julio del 2020 resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la nulidad o ineficacia de la afilaicon del señor ARTURO CARABALI MUÑOZ realizada en HORIZONTE S.A. PENSIONES Y CESANTIAS hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de merito proipuetas por las demandadas, por las razones esgrimidas en esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – la totalidad de lo ahorrado por el demandante señor ARTURO CARABALI MUÑOZ, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administracion.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – que proceda a recibir por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., la totalidad de lo ahorrado por el demandante señor ARTURO CARABALI MUÑOZ en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administracion, conservando para ese efecto el actor, todos sus derechos y garantias, que tenia en el regimen de prima media con prestacion definida, antes de efectuarse el traslado al regimen de ahorro inidvidual.

QUINTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el articulo 69 del codigo procesal laboral y de la seguridad social modificado por el articulo 14 de la ley 1149 del 2007.

SEXTO: condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a la suma de $900.000 pesos por concepto de costas procesales y agencias en derecho, y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – a la suma de $200.000 pesos por concepto de costas procesales y agencias en derecho."

RECURSO DE APELACIÓN

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

- El apoderado de **PORVENIR S.A.** manifiesta que el traslado se realizó en una época primigenia 1994, que en aquella época no existía claridad ni disposición normativa que estableciera cuales eran las características y condiciones que se debían otorgar en su momento para entender como valida la información proporcionada; que no existía disposición legal que exigiera a la entidad guardar soporte de la información otorgada, y la imposición de la obligación de la carga de la prueba en la entidad redunda en un imposible.

Que el actor ha realizado una serie de actos que denotan su conocimiento del régimen y no pude después de 20 años exigirle al fondo para efectos de validez de la filiación haber guardado soportes de dicha afiliación cuando no le era exigible en aquel momento; se revoque la devolución de gastos de administración, puesto que, estos son la remuneración del fondo profesional que redundo en el acrecimiento de la cuenta del actor como los rendimientos, si el efecto de la ineficacia es retrotraer aun estado anterior, en base a las restituciones mutuas, condenar al retorno de gastos y rendimientos se daría por alto que le corresponde al fondo los gastos como remuneración; finalmente solicitó la revocatoria de la sentencia y de confirmarse la ineficacia requirió que no se ordene la devolución de gastos de administración.

- La apoderada de **COLPENSIONES** discrepa parcialmente respecto del numeral sexto, es decir, la condena en costas a Colpensiones, arguyendo que el traslado no estuvo en cabeza de la entidad sino del fondo al que actualmente está afiliado el demandante; que la AFP actuó de buena fe sometida a la ley; que al contestar la demanda la entidad debió oponerse a las pretensiones teniendo en cuenta que no existían hechos de derecho que le permitiera al demandante realizar el traslado, solicitando la absolución de la condena en costas a Colpensiones.

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 el señor **ARTURO CARABALI MUÑOZ** del RPMPD del **ISS** hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**; junto con el traslado de los recursos causados por el demandante en el RAIS, prescripción y costas procesales.

Descendiendo al caso objeto de estudio en Consulta y Apelación; la Sala debe determinar si HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** le suministró al señor **CARABALI MUÑOZ**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado de régimen; 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 HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** hacia el actor, comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para finalmente concluir que:

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

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

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

Sobre la ineficacia, es menester traer a colación la consecuencia legal contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, el cual prescribe que, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor a una multa determinada en la norma y **la afiliación respectiva quedará sin efecto**.

La información adquiere especial relevancia en este tipo de actos como lo son el traslado de régimen pensional, 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 y suscrito entre el demandante y HORIZONTE hoy **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 del actor; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación, puesto que, el aquí demandante debe conocer la totalidad de las aristas de su traslado 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, no siendo de recibo por esta Sala los argumentos esgrimidos por el apoderado de **PORVENIR S.A.**, respecto de la falta de regulación para el momento del traslado, veamos:

Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y deberes de los afiliados y de las administradoras, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde

se establece el derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse; en conclusión como se expuso material probatorio que no aportaron los fondos demandados en este asunto. De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d).

A raíz de lo ampliamente expuesto, se tiene que HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, no le brindó al señor **ARTURO CARABALI MUÑOZ**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del 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	***(ISS) COLPENSIONES***	***(HORIZONTE) PORVENIR***	***01/08/1994***

Y ante la imposibilidad de **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 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 demandante, bajo la ficción jurídica de que el misma nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

Se modificará la sentencia apelada y consultada en cuanto a que, no es posible de manera coetánea declarar la nulidad y la ineficacia del traslado, siendo en este caso la consecuencia legal la ineficacia.

Devolución de Gastos de Administración y Rendimientos

La ineficacia 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 **ARTURO CARABALI MUÑOZ**, implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que debe subsanar

PORVENIR S.A., con la devolución integral de los dineros recibidos con objeto del traslado.

Aunado a lo anterior se procederá adicionar al numeral Tercero y Cuarto del proveído en estudio, en el sentido de establecer que **PORVENIR S.A.** deberá retornar y **COLPENSIONES** recibir los bonos pensionales si se hubieren generado, sumas adicionales de la aseguradora, 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 el traslado de régimen, 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.**

Los mentados emolumentos conforme a la línea jurisprudencial citada en acápites anteriores, deben ser retornados a Colpensiones quien debió administrar los recursos del 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 el traslado 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.

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.

Se ordenará cancelar el bono pensional en caso de haberse emitido y se ordenará remitirlo al emisor.

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.

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 la Sala no puede desconocer la normatividad vigente bajo premisas subjetivas, entonces **PORVENIR**

S.A. y **COLPENSIONES** 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 **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, conforme a la legislación 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: MODIFICAR el numeral Primero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 118 del 31 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de, **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el señor **ARTURO CARABALI MUÑOZ** del RPMPD administrado por el ISS hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al RAIS regentado por HORIZONTE hoy **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral Tercero y Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 118 del 31 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Cuarto 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** y está a recibir, sumas cobradas por primas de seguros, 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 el traslado de régimen, 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.**, confirmar dichos numerales en lo demás. Se ordenará cancelar el bono pensional en caso de haberse emitido y devolverlo al emisor.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 118 del 31 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Cuarto 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.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** por la suma de $1.000.000, a cada una y en favor del 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:
4773e404e8f697d3d522af3b3cda40beee4452347e428edb1db87dc7fc1a77d9
Documento generado en 19/02/2021 08:19:29 AM

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