



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

AUDIENCIA NÚMERO 056

Juzgamiento

Santiago de Cali, veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 053

Acta de Decisión N° 014

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° 141 del 29 de septiembre del 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **LUZ MIREYA MARTINEZ ARCE** 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° 76001-31-05-017-2019-00694-01.

ANTECEDENTES

La señora **MARTINEZ ARCE**, pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado efectuado del RPMPD al RAIS con **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior solicita que se ordene su retorno a **COLPENSIONES**; se ordene a **PORVENIR S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES** sus aportes, rendimientos y asumir las diferencias que haya lugar; finalmente solicitó que sean condenadas en costas a las demandadas.

Informan los hechos relevantes de la demanda que, la actora nació el 05/03/1964; que se vinculó al RPMPD desde el 09/02/1988; que se

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

trasladó a **PORVENIR S.A.** el 01/07/2001; indica que fue abordada por un promotor de **PORVENIR S.A.** quien le manifestó que obtendría en dicho fondo una pensión de valor superior en comparación a la que percibiría en el ISS; que en el proceso de afiliación no se le explicó las condiciones del traslado ni se le entregó proyección pensional; que no se le informó de manera clara y por escrito el derecho que tenía retractarse de su afiliación; que no se le informó la posibilidad de retornar al RPMPD antes de que le faltare menos de diez años para cumplir la edad para pensionarse. Aduce que solicitó ante **PORVENIR S.A.**, asesoría de su estado pensional, para lo cual señala el mentado fondo que a sus 60 años de edad su mesada ascendería a la suma de \$828.116; que solicitó la nulidad de su traslado de régimen ante **COLPENSIONES**, sin embargo, la entidad se negó.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES manifiesta que son ciertos los hechos 1°, 2°, 3°, 10° y 11°; en cuanto a los demás aduce que no le constan. Se opuso parcialmente 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, la Innominada o Genérica.*

PORVENIR S.A. por su parte indica que son ciertos los hechos 1° y 10°; que es parcialmente cierto el 11°; que no le constan el 2° y el 11° parcialmente; respecto del resto señala que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de fondo: *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 PÚBLICO

La profesional del derecho, la Doctora Aurora Martínez Arango, Procuradora 28 Judicial II, mediante escrito y en audiencia pública se limitó a expresar que en virtud de la carga dinámica de la prueba le correspondía al fondo privado del RAIS probar que cumplió con el deber de información con



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

transparencia máxima, de forma completa y comprensible conforme a los requisitos legales.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia N° 141 del 29 de septiembre del 2020, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora LUZ MIREYA MARTINEZ ARCE , de condiciones civiles conocidas en este trámite, con PORVENIR S.A. en el año 1998 y HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. en el año 2006, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora LUZ MIREYA MARTINEZ ARCE , de condiciones civiles conocidas en este proceso, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo al patrimonio propio de PORVENIR S.A. este último rubro y por todo el tiempo que permaneció afiliado la demandante con el RAIS.

CUARTO: DISPONER que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de la señora LUZ MIREYA MARTINEZ ARCE de condiciones civiles conocidas en el plenario, la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual.

QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de la condena en costas en su contra.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A., por haber sido vencida en juicio, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente al momento del pago, a cargo de esta AFP y a favor de la demandante.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

SEPTIMO: DISPONER la remisión de este expediente en CONSULTA ante el Superior Jerárquico Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Sala de Decisión Laboral- al haberse impuesto condena en contra de COLPENSIONES.

OCTAVO: DISPONER el envío del oficio ante el MINISTERIO DEL TRABAJO y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO informando sobre la remisión de este expediente en Consulta ante el 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, para lo cual manifestaron lo siguiente:

- El apoderado de **PORVENIR S.A.** indica que, el juzgador echa de menos unos elementos al momento del traslado, no obstante, a la luz del Decreto 663 de 1994, no se exigía que el fondo debiera proporcionar información respecto de constitución de bonos pensionales, condiciones y modalidades pensionales; que la obligación legal de información suficiente y necesaria por parte de la AFP, pero nada indicaba que se le proporcionara las desventajas del régimen; que la inversión de la carga de la prueba implica una obligación imposible debido a que la disposición normativa no exigía a los fondos guardar soporte físico de la información dada, dejando sin medios de defensa a las AFP mas que solo el formulario de afiliación.

Que la demandante realizó una serie de actos que denota su conocimiento del RAIS, como el traslado horizontal de Porvenir a Horizonte, muestra de su voluntad de permanecer en el RAIS; que las condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen cuenta con asidero legal siendo de público conocimiento, no pudiéndose escudar en su desconocimiento para la ineficacia.

Que en caso de confirmarse la decisión respecto de la declaratoria de ineficacia de la afiliación, solicitó que sea revocada la devolución de los gastos de administración, puesto que, se tratan de montos ya causados, remuneración de la AFP por la gestión realizada deviniendo en la generación de rendimientos; que dicho descuento del aporte por gastos de administración también se efectúa en el RPMPD, lo que llevaría a un enriquecimiento sin justa causa, desconociendo el

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

ejercicio de Porvenir y de la misma ineficacia, toda vez que, si se busca retrotraer los efectos de la afiliación, no se hubieran generado unos rendimientos, por lo cual no es dable aceptar la devolución de los rendimientos y gastos de administración que por derecho le corresponde a la AFP conforme a las restituciones mutuas.

- La apoderada de **COLPENSIONES** solicita se revoquen las condenas impuestas a la entidad, para lo cual aduce que, la demandante no reúne los requisitos para trasladarse de régimen en cualquier tiempo, no es beneficiaria del régimen de transición, además le falta menos de diez años para acceder a la pensión de vejez; que las pruebas obrantes en el expediente no lograron demostrar que el contrato de afiliación con la AFP privada carezca de legalidad y validez jurídica, no siendo procedente la ineficacia; adicionalmente indica que no se puede establecer la ilegalidad o invalidez del contrato en razón a las diferencias prestacionales de ambos regímenes, diferencias establecidas a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y promulgadas desde el 1° abril de 1994, por lo tanto no puede la demandante por el hecho de tener una mejor expectativa en el monto de su pensión en el RPMPD, negar que su afiliación al fondo privado fue libre, voluntaria y espontánea.

Que aceptar a la demandante a portas de recibir su pensión de vejez atentaría con el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que, Colpensiones no ha administrado los recursos de la demandante durante los últimos años y es posible que la entidad deba reconocer prestaciones vitalicias, lo que podría afectar el patrimonio que administra la entidad.

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**

Esta sentencia se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta por ser adversa a Colpensiones, respecto de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).



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 **LUZ MIREYA MARTINEZ ARCE** del RPMPD del ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y el posterior traslado a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**; junto con el traslado de los recursos causados por la demandante en el RAIS, tales como gastos de administración entre otros, sostenibilidad del sistema y estudio de la prescripción.

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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

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

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

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

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

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

Respecto a los múltiples traslados de AFP:

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 desfavor 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, debido a que las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado sus efectos positivos y negativos, así se estableció en Sentencia del 3 de septiembre del año 2014, SL12136-2014, Radicación N° 46292, la Corte Suprema de Justicia:



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*“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 a excepción de sus consecuencias prácticas, puesto que, el proceso versa sobre una ineficacia por falta del deber de información en el acto de trasladarse, deviniendo en la inocuidad de la tesis planteada en la apelación en este sentido por la apoderada de **COLPENSIONES**.

De los formularios de afiliación suscrito entre la demandante, **PORVENIR S.A.** y **HORIZONTE** es menester destacar 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*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 aristas de su traslado de régimen o por lo menos las más relevantes que tienen incidencia tanto positiva como negativamente en su derecho prestacional a futuro.

(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

Respecto de la carga de la prueba, la Corte ha establecido que le corresponde a los fondos de pensiones demostrar y acreditar las actuaciones encaminadas a que sus potenciales afiliados conocieran las implicaciones de su traslado, 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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 **PORVENIR S.A.** ni HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** no le brindó a la señora **LUZ MIREYA MARTINEZ ARCE**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones de los traslados 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
<i>Traslado de régimen</i>	(ISS) COLPENSIONES	PORVENIR	21/04/1998
<i>Traslado de AFP</i>	PORVENIR	(HORIZONTE) PORVENIR	01/11/2006

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 la demandante, implica que nunca lo acató, configurándose la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico los traslados efectuados 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, dada la proximidad del 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 **LUZ MIREYA MARTINEZ ARCE**, implica la imposición de

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

cargas que irían en desmedro del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que debe subsanar **HORIZONTE-PORVENIR S.A.**, con la devolución integral de los dineros recibidos y generados con objeto de los traslados.

Aunado a lo anterior se procederá adicionar al numeral Tercero del proveído, en el sentido de establecer que **HORIZONTE-PORVENIR S.A.** deberá retornar a **COLPENSIONES**, los pagos ejecutados por comisión de todo orden, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas adicionales de la aseguradora, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante; así como la obligación de devolver a la actora las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.** y **HORIZONTE**.

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; todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado de la demandante al fondo común producto de la ineficacia, resultando infructuosa la apelación de la apoderada de Colpensiones respecto de la afectación financiera del sistema.

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:



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

“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 Corporación de cierre.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, conforme al artículo 365 numeral 1 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR al numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 141 del 29 de septiembre del 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y HORIZONTE S.A.**, hoy **PORVENIR S.A.** retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

PENSIONES – COLPENSIONES, los pagos ejecutados por comisión de todo orden, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas pagados por concepto de primas a la aseguradora, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante; así como la obligación de devolver a la actora las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.** y **HORIZONTE.S.A.**, confirmar dicho numeral en lo demás.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 141 del 29 de septiembre del 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete 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 \$1.000.000 cada una y en favor de la 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.

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

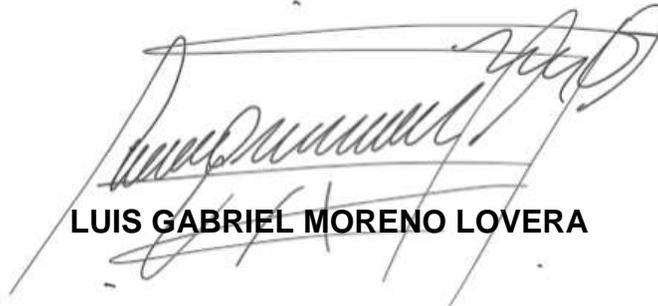
**NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO
VIRTUAL EFICAZ**

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE




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:

912e25fbf2e8ee05fd1ae70dd0654a9ca15cb01a6eade226ecf151df7b973fc1

Documento generado en 26/02/2021 02:17:34 PM

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