



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

AUDIENCIA NÚMERO 059

Juzgamiento

Santiago de Cali, cinco (5) de marzo de dos mil veintiuno
(2021).

SENTENCIA NÚMERO 058

Acta de Decisión N° 017

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° 345 del 03 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **OSCAR LEÓN QUIROGA VÁSQUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** bajo la radicación N° 76001-31-05-008-2020-00305-01.

ANTECEDENTES

El señor **QUIROGA VASQUEZ** pretende por vía judicial que, se declare la ineficacia de su traslado efectuado del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS regentado por **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene a **COLPENSIONES**, aceptar su traslado de aportes y rendimientos provenientes de **PORVENIR S.A.**; finalmente solicitó que se condenen en costas procesales a las demandadas.

Informan los hechos relevantes de la demanda que, el actor nació el 19/08/1959; que cotizó al ISS hoy **COLPENSIONES**, desde el 16/03/1978; que en reporte expedido por la AFP **PORVENIR S.A.**, el 17/09/2020 se

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

observa que tiene 950 semanas en **COLPENSIONES** y 1.013 semanas en **PORVENIR S.A.**, sin embargo, destaca que estando afiliado a **PORVENIR S.A.** presenta pagos efectuados a **COLPENSIONES**, afirmando no tener certeza a que régimen pertenecía.

Manifiesta que, entre enero y febrero del 2006 efectuó traslado al RAIS con **PORVENIR S.A.**; afirma que **PORVENIR S.A.**, no le asesoró e informó las consecuencias del traslado de régimen, características del régimen, monto de su pensión, modalidades, condiciones para acceder a la prestación por vejez, posibilidad de trasladarse antes de faltarle diez años entre otros; aduce que solo firmó un formulario de afiliación para cesantías y no recuerda haber firmado para su vinculación en pensiones con **PORVENIR S.A.**

Que el 13/07/2020, elevó petición ante **PORVENIR S.A.** con el fin de obtener copia del formulario de traslado, proyección realizada y demás documentos de la asesoría, adicional a ello solicitó la nulidad de su traslado; que mediante misiva del 05/08/2020, **PORVENIR S.A.** entregó formulario de afiliación, simulación pensional, información de como acceder a la pensión y negó el traslado; que el 10/08/2020, solicitó ante **COLPENSIONES** la nulidad de su traslado, sin embargo, la entidad el 11/08/2020 niega lo pretendido alegando falta de competencia; finalmente afirma que es beneficiario del régimen de transición.

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°, 21°, 23° y 25°; que es parcialmente cierto el 20°; que no es cierto el 4°, 8°, 24° y 26°; respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo:

Plena validez del contrato de afiliación o traslado del demandante a Porvenir S.A., el Traslado del demandante obedeció a su decisión libre y voluntaria y por tanto esta revestido de legalidad y eficacia, Inexistencia de la obligación, Buena fe de la demandada, Legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad, Prescripción, Compensación y la Genérica o Innominada.



PORVENIR S.A. por su parte señala que no le constan los hechos 1°, 2°, 4°, 20°, 21°, 23° y 26°; que son consideraciones subjetivas de la contraparte el 9°, 10°, 14° y 25°; en cuanto a los demás afirma que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito: *Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, Compensación y Excepción Genérica.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 345 del 03 de diciembre del 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que el demandante ÓSCAR LEÓN QUIROGA VÁSQUEZ identificado con Cédula de Ciudadanía 16.632.138, hizo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES E.I.C.E., a la SOCIDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y en consecuencia esta entidad deberá devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES E.I.C.E., todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, estos últimos con cargo a su propio patrimonio. El demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES E.I.C.E.

TERCERO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., por haber sido vencida en el juicio. Como agencias en derecho se fija la suma de \$3.000.000 a favor de la parte demandante.

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

RECURSO DE APELACIÓN

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.** indica que, no comparte la decisión proferida respecto de la ineficacia y sus consecuencias, toda vez que, va en contravía al ordenamiento jurídico; que la limitación del despacho del interrogatorio de parte va en contra del artículo 203 del C.G.P. inciso 3°, pues solo se permitió hacer preguntas

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

asertivas porque se busca la confesión, siendo suficiente esto para declarar la nulidad de todo lo actuado; que en el proceso no se logró demostrar los elementos del artículo 271 de la ley 100 de 1993, ni se comparte la decisión de sus efectos al retrotraer a su estado original en parte, puesto que, esto no es el efecto de la ineficacia en estricto sentido como lo estableció la Corte Constitucional conforme al artículo 271 el cual no habla de retrotraer las cosas a su estado original; se logró probar que la información fue debidamente suministrada, que el consentimiento del actor fue informado con toda la legalidad, con el formulario de afiliación, requisito *sine qua non* para la existencia y validez.

Que del efecto de retrotraer en consonancia con las restituciones mutuas, no tiene sentido que si el demandante nunca estuvo afiliado al RAIS y por lo mismo permaneció en el RPMPD sin solución de continuidad, sin embargo, a renglón seguido se le ordene a Porvenir trasladar las sumas de los ejercicios financieros, no generando rendimientos y se le obliga a la entidad a trasladar los gastos de administración, de estas ultimas indica que las obligaciones de tracto sucesivo no son susceptibles de restituciones ni la indexación de las condenas pues con los intereses financieros se cumple el fenómeno la pérdida del poder adquisitivo, debiéndose llamar también la prescripción sobre estas sumas debido a que, dichas sumas no están destinadas para financiar la pensión.

- La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoquen los numerales 1° y 2° del proveído, puesto que, la decisión del juzgador de declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS y su retorno al RPMPD administrado hoy por Colpensiones, va en contravía a la normatividad vigente porque al actor le falta un año para adquirir el requisito de edad para tener derecho a la pensión de vejez en el RPMPD, estando inmerso en la prohibición legal para trasladarse; que la afiliación del demandante se realizó en su ejercicio a la libre escogencia de régimen o fondo, por lo cual no puede predicar que hay un error o vicio en el consentimiento de manera que no existen razones fácticas ni jurídicas para que la entidad considere al demandante como afiliado sin solución de continuidad, debido a que el actor se encuentra válidamente afiliado a otro fondo.

Que la parte demandante no probó lo contrario pese a que recae en el la carga de la prueba conforme lo expresa la Corte Constitucional; que el demandante no se acercó al ISS hoy Colpensiones a solicitar un calculo actuarial ni mucho menos haya

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

hecho uso del derecho de retracto; que el actor no es beneficiario de régimen de transición porque al 1° de abril de 1994 contaba con 635,28 semanas y la edad de 34 años, no siendo procedente su traslado en cualquier tiempo conforme a los precedentes de la Corte Constitucional; que el actor aportó al plenario formulario de afiliación el cual en propias palabras del actor en interrogatorio fue suscrito voluntariamente.

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 el señor **OSCAR LEON QUIROGA VASQUEZ** del RPMPD del ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y como secuela de lo anterior la transferencia de los recursos causados por el demandante en el RAIS tales como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros, estudio de la prescripción y costas.

Descendiendo al caso objeto de estudio en Consulta y Apelación; el eje central estriba en determinar si **PORVENIR S.A.** le suministró al señor **QUIROGA VASQUEZ**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado; información que le permitiera conocer adecuadamente 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 el demandante, comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente; esta fase supone un acompañamiento al actor y su 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**.”*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*“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).”

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 nuestro órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su sala laboral 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 y sus particularidades exceptuando sus consecuencias prácticas, máxime que, contrario a lo esgrimido por la apoderada de Colpensiones, el objeto del litigio versa en determinar la procedencia de la ineficacia de un traslado de régimen pensional producto de la omisión información de manera oportuna como antesala a la afiliación y no un traslado de régimen en cualquier tiempo.

Del formulario de afiliación suscrito entre el demandante y la demandada regente del RAIS, la Corte dicta lo siguiente:



*“(…) 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 las aristas y efectos de su traslado y posterior permanencia en el RAIS. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

De la carga de la prueba, la Corte ha establecido que les corresponde a los fondos de pensiones demostrar y acreditar las actuaciones encaminadas a que los 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)**

De la regulación entornó al derecho de información, se tiene que la misma está tipificada en las siguientes normas aplicables al caso:

Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 los derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse.

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).

Sobre la ineficacia, es menester traer a colación dicho efecto, consagrado 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.**

De la norma previamente citada y conforme a lo esgrimido por el apoderado de **PORVENIR S.A.** acerca de que el artículo 271, tenemos que dicho precepto utiliza los verbos atentar o impedir y según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el primero significa emprender o ejecutar algo ilegal o ilícito, y el segundo estorbar o imposibilitar la ejecución de algo.

Del significado antes visto, en verdad la acción de no asesorar, ni brindar información en la forma prevista en la normatividad antes citada conlleva a la ejecución de algo contrario a la ley, es por lo que, en estricto gramatical la conducta descrita en esta sentencia si encuadra en la descripción verbal del artículo 271.

Aún más, los anteriores verbos son cualificados por la expresión en “cualquier forma”, lo que conlleva a que no solo es el dolo la forma de infringir el precepto, sino la negligencia, la impericia, la imprudencia, y en general la omisión, componente este último que se muestra con preponderancia en el expediente al no acreditarse por parte de la AFP, la asesoría e información que debía suministrar al demandante.

Por otro lado, la protección de los derechos fundamentales que describe el artículo 272 en armonía con el citado 271 de la Ley 100 de 1993, no debe analizarse desde un ámbito meramente lingüístico, sino desde una perspectiva constitucional en aras de proteger un valor, un principio y un

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

derecho como es la dignidad humana ligada a la seguridad social subyacente en la ineficacia del traslado y respecto a la cual se busca evitar que el hombre sea tratado con un medio, y no como un fin en sí mismo; resultando impróspera la apelación en este sentido.

Del interrogatorio de parte absuelto por el señor **OSCAR LEON QUIROGA VASQUEZ**, alega el apoderado de **PORVENIR S.A.** que la juzgadora de primera instancia le limitó su libre ejercicio de realizar preguntas no asertivas conforme al artículo 203 del C.G.P., la Sala observa que hay razón en su oposición puesto que, la norma lo faculta para efectuar preguntas no asertivas, veamos:

“ARTÍCULO 203. PRÁCTICA DEL INTERROGATORIO. Antes de iniciarse el interrogatorio se recibirá al interrogado juramento de no faltar a la verdad.

En la audiencia también podrán interrogar los litisconsortes facultativos del interrogado.

El interrogado deberá concurrir personalmente a la audiencia, debidamente informado sobre los hechos materia del proceso.

Si el interrogado manifestare que no entiende la pregunta el juez le dará las explicaciones a que hubiere lugar.

*Cuando la pregunta fuere asertiva, la contestación deberá limitarse a negar o a afirmar la existencia del hecho preguntado, pero el interrogado podrá adiccionarla con las explicaciones que considere necesarias. **La pregunta no asertiva deberá responderse concretamente y sin evasivas. El juez podrá pedir explicaciones sobre el sentido y los alcances de las respuestas.***

Si el interrogado se negare a contestar o diere respuestas evasivas o impertinentes, el juez lo amonestará para que responda o para que lo haga explícitamente con prevención sobre los efectos de su renuencia.

El juez, de oficio o a petición de una de las partes, podrá interrogar a las demás que se encuentren presentes, si lo considera conveniente.

La parte al rendir su declaración, podrá hacer dibujos, gráficas o representaciones con el fin de ilustrar su testimonio; estos serán agregados al expediente y serán apreciados como parte integrante del interrogatorio y no como documentos. Así mismo, durante la declaración el interrogado podrá reconocer documentos que obren en el expediente.”

Si bien es cierto que, lo esgrimido por el apoderado de **PORVENIR S.A.** en su inconformidad tiene asidero en la norma, no es menos cierto que le asiste razón al A quo, toda vez que, la primera pregunta formulada sugiere al interrogado que hubo un asesor de entrada sin haberse establecido previamente la existencia del mismo. Pese a lo anterior y analizada la prueba documental e interrogatorio de parte se tiene que, el demandante fue claro y contundente al

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

manifestar que no recibió algún tipo de información o asesoría respecto de los efectos de su traslado de régimen y demás factores propios e inherentes al mismo.

Por otra parte, la posible irregularidad denunciada por el apelante no constituye causal de nulidad, pues en esta materia, rige el principio de taxatividad, el cual implica que el proceso es nulo sólo en los casos señalados en la ley (art. 133 CGP), dentro de los cuales no se encuentra la situación planteada, ni se da una nulidad de la prueba por violación al debido proceso, en la medida en que no se afectaron garantías fundamentales del demandado.

A raíz de lo copiosamente expuesto, se tiene que **PORVENIR S.A.**, no le brindó al señor **OSCAR LEON QUIROGA VASQUEZ**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen efectuado el **01/11/1998** conforme a reporte de Asofondos que obra en el sumario y ante la imposibilidad de la AFP privada de acreditar con material probatorio idóneo, el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con el demandante implica que nunca lo acató, configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen efectuado por el actor, bajo la ficción jurídica de que el mismo nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

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 moverse libremente entre regímenes pensionales, dada la proximidad del 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 **OSCAR LEON QUIROGA VASQUEZ**, 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 Segundo del proveído en estudio, en el sentido de establecer que **PORVENIR S.A.** deberá retornar a **COLPENSIONES**, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los pagos ejecutados por comisión de todo orden, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

favor del demandante; así como devolver al demandante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.**

Se fundamenta esta decisión en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C., al no existir norma que regule la temática de ineficacia tanto en la Ley 100 de 1993 como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado artículo, posición que asume tanto la Jurisprudencia Civil como la Laboral; todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común.

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

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.*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.

De los gastos de administración que se ordenaron retornar a **COLPENSIONES**, se tiene que, son emolumentos que se generan en ambos regímenes y bajo los efectos de la ineficacia dichas sumas debieron ser descontadas por la administradora del RPMPD para la gestión del fondo común que va encaminado al reconocimiento de las prestaciones en el mentado régimen; siendo por conexidad imprescriptibles y de no ordenarse su restitución al fondo primigenio generaría un detrimento en el patrimonio de **COLPENSIONES** en favor de **PORVENIR S.A.** entidad última que se le impone dicha condena con cargo a su propio patrimonio por la omisión al deber de información, razón por la cual se ha de confirmar la decisión del juez en ese aspecto.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, conforme 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: REVOCAR parcialmente el numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 345 del 03 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, UNICAMENTE respecto de la indexación de los gastos de administración.

Y ADICIONAR en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, pago de las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los pagos ejecutados por comisión de todo orden, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante; así como devolver al demandante 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 en lo demás el numeral.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada N° 345 del 03 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** por la suma de \$1.000.000 y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** por la suma de \$800.000; en favor del demandante.

CUARTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.



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 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

REPUBLICA DE COLOMBIA



REF. ORD. OSCAR LEON QUIROGA VASQUEZ
C/ COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RAD. 008-2020-00305-01

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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:

d762baad7a71184d0913729c3298182756b2fbfd82231062f35774e4f0aa3cb4

Documento generado en 05/03/2021 07:29:13 AM

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