



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

AUDIENCIA NÚMERO 092

Juzgamiento

Santiago de Cali, dieciséis (16) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 091

Acta de Decisión N° 026

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° 384 del 14 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **ELSA CALERO QUINTERO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la integrada como litisconsorte necesario **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, bajo la radicación N° 76001-31-05-014-2018-00567-01.

ANTECEDENTES

La señora **CALERO QUINTERO** pretende por vía judicial que, se declare la ineficacia del traslado de régimen efectuado del RPMPD al RAIS con **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene a **PORVENIR S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez aceptar la totalidad de sus aportes y rendimientos; se condene a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar su pensión de vejez, a partir del 25/08/2018 conforme a la ley 797 del 2003; finalmente solicitó que sean condenadas en costas procesales a las demandadas.



Informan los hechos relevantes de la demanda que, la actora nació el 25/08/1961; que estuvo afiliada al RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES**, desde el 26/07/1982 al 25/05/1995 acreditando 459 semanas; que se traslado al RAIS regentado por **COLFONDOS S.A.**, el 01/06/1995 bajo las premisas de que el ISS desaparecería, mejores condiciones de pensión tales como la posibilidad de pensionarse a cualquier edad y una mesada de valor superior; aduce que no se le dio a conocer de forma clara, completa y precisa de las condiciones del traslado, ventajas, desventajas, modalidades pensionales, monto de la pensión ni se le entregó proyección pensional.

Que en el mes de septiembre del 2004, efectuó traslado a **PORVENIR S.A.**, AFP a la cual se encuentra afiliada en la actualidad; que el 18/07/2018, elevó solicitud de traslado de régimen ante **COLPENSIONES**, no obstante, la entidad se negó; que el 31/07/2018 solicitó ante **PORVENIR S.A.** y el 23/08/2018 ante **COLFONDOS S.A.** proyección pensional y la respectiva constancia de asesoría completa y clara previa al traslado de régimen, sin embargo, **PORVENIR S.A.** solo entregó reglamento y **COLFONDOS S.A.** el 02/10/2018 da respuesta sin atender lo requerido.

Afirma que **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** no le informaron de manera clara y por escrito del derecho de retracto y la posibilidad de retornar al RPMPD antes de que le faltare 10 años o menos para adquirir el requisito de edad para pensionarse; que acredita 1.617 semanas al sistema general en pensiones y un capital de \$172.767.457 al 20/04/2018; por último, manifiesta que el fondo privado le reconocería una mesada de salario mínimo en comparación a la superior que recibiría en Colpensiones.

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°, 5°, 6°, 10° y 13°; respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *El traslado del demandante obedeció a su decisión libre y voluntaria y por tanto esta revestido de legalidad y eficacia, Inexistencia de la obligación y Cobro de lo no debido, la Innominada,*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Excepción de buena fe, Compensación, Imposibilidad de condena simultanea de indexación e intereses moratorios e Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas.

PORVENIR S.A. indica que son ciertos los hechos 1°, 2°, 3°, 5°, 7° y 15°; que no son ciertos el 8°, 11°, 12° y 14°; en cuanto a los demás expresa que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito: *Prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación; Falta de causa para pedir – inexistencia de la obligación, Buena fe y la Innominada.*

A solicitud de **PORVENIR S.A.**, el A-quo mediante Auto Interlocutorio No. 1346 del 27 de agosto del 2019, ordenó integrar al contradictorio a **COLFONDOS S.A.**, toda vez que, el demandante se trasladó inicialmente con la susodicha entidad y al contestar presenta allanamiento a la demanda y solicitó la no imposición de costas.

Previó a la decisión, en la etapa procesal de saneamiento, el A quo efectuó control de legalidad mediante Auto No. 2970 en audiencia concentrada, para lo cual arguye que:

“En estos procesos se está solicitando, a parte de la nulidad del traslado de régimen, que Colpensiones sea condenado al reconocimiento de la pensión de vejez, habiéndose presentado la reclamación administrativa por estas dos pretensiones.

Se considera

El artículo 6 del CPL modificado por la ley 712 de 2001, artículo 4, dice:” Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública solo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta...”

Comentario

La necesidad de agotar la vía o reclamo administrativo como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales. Tenemos entonces que los demandantes al solicitar la pensión de vejez ante Colpensiones para cumplir con el reclamo administrativo de que trata el artículo 6 del C.P.L, esta entidad no era la administradora de sus aportes a pensión, ya que se encontraban afiliados a Colfondos S.A, una y Protección S.A. la otra, y aun no existe declaratoria de nulidad de su afiliación al RAIS, o sea que la pensión solicitada no era un acto propio de Colpensiones en ese momento del cual debiera pronunciarse,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

debiéndose agotar esta vía posterior a la eventual declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen que se pueda presentar en estos procesos.

Por lo anterior, para evitar una posterior nulidad procesal, los procesos en mención se tramitarán para la obtención de la nulidad o ineficacia de la afiliación del demandante al Rais administrado por Colfondos S.A. Y Protección S.A. Respectivamente. Igual argumento se aplica para el proceso que adelanta la señora Elsa Calero Quintero con radicado 2018 - 567 la cual se encuentra afiliada a Colfondos S.A.”

De lo anterior, se observa que la apoderada de la señora **ELSA CALERO QUINTERO** en su oportunidad procesal, estuvo conforme con lo resuelto por el Juez, excluyéndose la pretensión de reconocimiento pensional.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 384 del 14 de diciembre del 2020, resolvió:

“Primero: Declarar no probadas las excepciones planteadas por las demandadas.”

Segundo: Declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la señora Elsa Calero Quintero con C.C. 31.873.450 al régimen de ahorro individual administrado por AFP PORVENIR S.A. Realizado en el mes de mayo de 1995 y el traslado de AFP realizado en el mes de Julio de 2004 a Colfondos S.A, Su actual fondo, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, con los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- Ordenar a Colpensiones – aceptar el traslado de la señora Elsa Calero Quintero al régimen de prima media con prestación definida administrada por dicha entidad.

Cuarto: Costas a cargo de la demandada PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES y como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000 que cada demandada debe pagar a favor de la parte demandante.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo resuelto en primera instancia, las apoderadas judiciales de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** impetraron recurso de apelación contra el proveído, para lo cual centraron sus argumentos en lo siguiente:

- La apoderada de **COLPENSIONES** Indica que, no es procedente la declaratoria de nulidad del traslado debido a que se crea un traumatismo al fondo a cargo del Estado, puesto que, la prestación estará a cargo de Colpensiones generando una

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

inestabilidad jurídica y financiera; que respecto de la obligación de brindar la información por parte de los fondos solo nació a partir del 2015, aduciendo que la ley no puede ser retroactiva; que de las sumas a retornar por la AFP privada deben incluirse los gastos de administración, primas de seguros previsionales, todo tipo de comisión y el porcentaje destinado al fondo de pensión de garantía mínima, a cargo de su propio patrimonio junto con los rendimientos; solicitó la revocatoria de la condena en costas, esgrimiendo que el traslado realizado es ajeno a la entidad y la efectividad y validez de la afiliación al no dependía de Colpensiones, que no se evidencia actuar negligente de la entidad y la negativa obedeció a los presupuesto exigidos por la ley.

- La apoderada de **PORVENIR S.A.** manifiesta que, la afiliación efectuada por la demandante es totalmente valida, teniendo en cuenta que, ya se había trasladado al RAIS por medio de Colfondos en la medida que la actora suscribió solicitud de manera libre y voluntaria y sin presiones luego de haber recibido asesoría por parte de Porvenir como consta en la casilla del formulario de afiliación en la cual se firma por la misma y que se anexó como prueba junto los otros documentos

En segunda instancia las partes presentaron alegatos de conclusión que corresponde a lo debatido en primera instancia y en el contexto de esta sentencia se da respuesta a los mismos. (Artículo 15 del Decreto Legislativo No 806 de 2020).

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

Se circunscribe el problema jurídico en establecer si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **ELSA CALERO QUINTERO** del RPMPD del ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **COLFONDOS S.A.** y el posterior traslado a **PORVENIR S.A.**, como secuela de lo anterior se ordene la transferencia de los recursos causados por la demandante en el RAIS tales como gastos de

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

administración, primas de seguros previsionales entre otros, estudio de la prescripción y costas procesales.

El eje central estriba en determinar si **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** le suministraron a la señora **CALERO QUINTERO**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados; 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 las mentadas 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 a la actora 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.”

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*“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 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:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

“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 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.**

La información adquiere especial relevancia en este tipo de actos, debido a que las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado tanto los beneficios como los perjuicios, 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 Corporación de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria 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.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 el presente asunto desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando solo sus consecuencias prácticas, por ende, el presente asunto gravita 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 de la demandante y no un simple traslado de régimen.

Del formulario de afiliación suscrito entre la demandante y las demandadas regentes del RAIS, se tiene que la jurisprudencia de la Corte estipula 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 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 demandante debe conocer los pormenores y efectos de su traslado de régimen y posterior permanencia en el RAIS, que tienen

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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)

De la carga de la prueba, la Corte ha sido tajante y ha determinado que les corresponde a los fondos de pensiones demostrar y acreditar las actuaciones encaminadas a que sus potenciales afiliados conocieran las implicaciones de sus traslados, así lo determinó la Corte Suprema de Justicia:

*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 del derecho a la información está tipificada en las siguientes normas aplicables al caso:

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

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 copiosamente expuesto, se tiene que **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** no le brindaron a la señora **ELSA CALERO QUINTERO**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

traslado de régimen primigenio efectuado el **01/06/1995** con **COLFONDOS S.A.** y el posterior traslado realizado el **01/09/2004** con **PORVENIR S.A.**, conforme a reporte de Asofondos que milita en el expediente digital y ante la imposibilidad de las AFP'S privadas de acreditar el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con la demandante implica que nunca lo acataron, configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen y los subsecuentes efectuados por la demandante, 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, debido al 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 **ELSA CALERO QUINTERO**, implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que debe subsanar **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**, con la devolución integral de los dineros recibidos con objeto del traslado.

Aunado a lo anterior se adicionara al numeral Segundo del proveído en estudio, en el sentido de ordenar a **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** retornar a **COLPENSIONES**, la totalidad del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual de la señora **ELSA CALERO QUINTERO** junto con sus rendimientos, gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante, así como la devolución de las cotizaciones voluntarias efectuadas por la demandante, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**

Se fundamenta esta decisión en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C., al no

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.

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 Corporación de Cierre.

Costas

Frente a las Costas y Agencias en Derecho a cargo de **COLPENSIONES** se tiene que, la susodicha 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., sin considerar talantes de orden subjetivo, entonces **COLPENSIONES** al ostentar la calidad de vencida le es aplicable dicha condena, obrando el A quo conforme a derecho, por ende, se dejara incólume esta parte de la decisión.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** conforme a la norma previamente 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 Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 384 del 14 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado el 01/06/1995 por la señora **ELSA CALERO QUINTERO** del RPMPD administrado por el ISS hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al RAIS regentado por la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y el posterior traslado realizado el 01/09/2004 con la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**



Y **ADICIONAR** al citado numeral, el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la totalidad del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual de la señora **ELSA CALERO QUINTERO** junto con sus rendimientos, gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante, así como la devolución de las cotizaciones voluntarias efectuadas por la demandante, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. Confirmar en lo demás el numeral.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 384 del 14 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Catorce 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.** por la suma de \$1.000.000.00, cada una y en favor de la demandante.

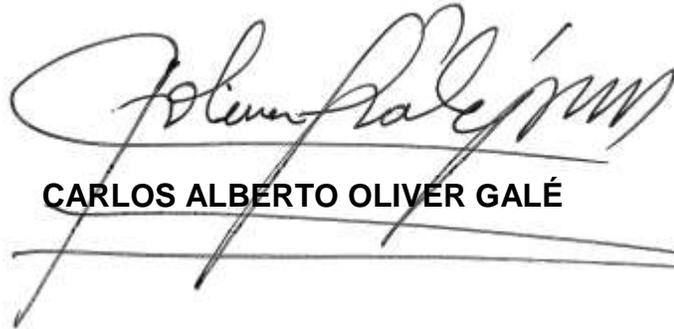
CUARTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de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



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:

d3f47ad8f9706c867410b69c1a792335a5a262005fd17187e42353ef27c38764

REPUBLICA DE COLOMBIA



REF. ORD. ELSA CALERO QUINTERO
C/ COLPENSIONES Y OTROS
RAD. 014-2018-00567-01

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Documento generado en 16/04/2021 08:43:52 AM

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