TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

AUDIENCIA NÚMERO 117

Juzgamiento

Santiago de Cali, treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 114
Acta de Decisión N° 035

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° 163 del 30 de junio del 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MÓNICA MÉNDEZ SABOGAL** 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° 76001-31-05-015-2019-00541-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por la parte actora en el escrito de demanda consisten en que, se declare la nulidad del traslado efectuado del RPMPD administrado por CAJANAL – ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS regentado por HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**; se ordene su retorno al RPMPD a cargo de **COLPENSIONES**; se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de sus aportes y rendimientos; finalmente requirió que sean condenadas en costas procesales las entidades que presenten oposición a la prosperidad de las pretensiones.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, la actora nació 21/09/1962; que efectuó cotizaciones a CAJANAL desde el 02/05/1991 hasta el 28/02/1999; que laboró como servidora pública en la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, entre septiembre de 1988 y el 30/04/1991 y posteriormente como funcionaria de la Rama Judicial desde el 02/05/1991 hasta la fecha.

Que, en febrero de 1999 se acercaron a su lugar de trabajo asesores comerciales de HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y conforme a información sesgada, incompleta y errada se trasladó al RAIS; que la información presentada por el fondo privado para la consecución de su traslado se basó en las siguientes premisas: que no era beneficiara de transición y una mesada mayor en el RAIS; refiere que, se omitió informarle acerca de las características del RAIS.

Que elevó derecho de petición el 28/09/2017 ante **PORVENIR S.A.**, con el fin de obtener la nulidad de su afiliación; que el citado fondo privado no emitió respuesta, por ende, impetró acción de tutela contra la entidad, la cual salió favorable a sus intereses y **PORVENIR S.A.** manifestó que, si se dio respuesta oportunamente arguyendo que, no es procedente el trámite por la proximidad al cumplimiento de requisito de edad y que el formulario de vinculación fue suscrito de forma libre y voluntaria.

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°, 9° y respecto del resto señala que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *Inexistencia de la obligación y Cobro de lo no debido, la Innominada, Buena fe y Prescripción.*

PORVENIR S.A. por su parte indica que, son ciertos los hechos 1° y 6°; que no le constan el 2° y 3°; que el 9° es un requisito procedimental; en cuanto a los demás aduce que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito: *Prescripción, Prescripción de la acción de*

nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 163 del 30 de junio del 2020, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR no probadas la totalidad de las excepciones propuestas por los demandados.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad o ineficacia del traslado que efectuara la demandante del régimen especial al de ahorro individual administrado por Porvenir S.A., que data del 15 de enero de 1999.

TERCERO: CONDENAR al fondo privado Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración debidamente indexados y todos los frutos e intereses como lo demanda el artículo 1746 del Código Civil, esto dentro del término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a vincular válidamente a la demandante a dicho fondo público como si nunca se hubiera trasladado a un fondo de ahorro individual.

QUINTO: ABSOLVER a los demandados de las demás pretensiones de su contraparte.

SEXTO: CONDENAR en costas exclusivamente a Porvenir S.A., por la suma de TRES MILLONES DE PESOS ($3.000.000), en favor de la demandante a cargo del demandado Porvenir S.A. exonerar en costas a Colpensiones, y como agencias en derecho son esos TRES MILLONES DE PESOS ($3.000.000), en favor de la demandante.

OCTAVO: No se consulta la providencia como quiera que no fue adversa a los interese del fondo público, en el evento de no ser apelada por las partes."

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con el fallo de primera instancia, la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, esgrimiendo como argumentos de su discrepancia lo siguiente:

- Que la demandante al momento de tomar su decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional, Porvenir cumplió a cabalidad con sus obligaciones legales y parámetros establecidos para ese momento; que la demandante recibió información necesaria, veraz y suficiente para comprender las consecuencias del traslado; refiere que, legalmente al momento de la afiliación no se le exigía al fondo documentar la información

brindada, solo con la simple firma en el formulario bastaba; que se somete a un imposible jurídico al exigírsele a Porvenir la demostración del cumplimiento de formalidades que no se encontraban vigentes en aquel entonces y que nacieron con posterioridad las cuales no tienen naturaleza retroactiva.

Que el deber de información no puede entenderse de forma unilateral y la demandante estaba en la obligación de las condiciones pensionales, máxime que, se está frente a una afilada que no es lega en la materia, toda vez que, cuenta con formación profesional de abogada y además funge como Juez de la Republica, por ende, no existe una debilidad negocial manifiesta en cabeza de la demandante o una posición dominante por parte del fondo, relación jurídica reglamentaria por la ley 100/93, norma de conocimiento público.

Que la demandante cuenta con plena capacidad conforme al Código Civil y la disposición de elección de régimen está en cabeza del afiliado; expresa que la demandante solo hasta el momento de pensionarse se dio cuenta de la posible mesada pensional en el RAIS y nunca demostró inconformidad alguna por espacio de 15 años; manifiesta que, de la condena impuesta al fondo en el sentido de retornar los gastos de administración y primas de seguro previsional discrepa, por cuanto, la actora nunca estuvo afiliada a Colpensiones y dichos valores cuentan con una destinación legal que salieron de la órbita del fondo de cara al cumplimiento de las obligaciones, por ende, refiere que no encuentra sentido la devolución de dichas sumas que sirvieron para la gestión de los recursos; que la entidad actuó de buena fe y se le garantizó a su afiliada la finalidad del sistema de seguridad social en pensiones, persona que esta válidamente afiliada al RAIS, con el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte.

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

Se advierte que la Sentencia en estudio 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

El problema jurídico se circunscribe en determinarse por esta Sala de Decisión si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **MÓNICA MÉNDEZ SABOGAL** del RPMPD administrado en su momento por CAJANAL al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene la transferencia al RPMPD regentado en la actualidad por **COLPENSIONES**, los recursos causados por la demandante en el RAIS tales como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales entre otros y estudio de la prescripción.

Es pertinente acotar que, milita en el expediente copia de las certificaciones de información laboral, formatos No. 1, 2 y 3A, emitidos por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, en los que se observa que la demandante reporta cotizaciones efectuadas a CAJANAL entre el 02/05/1991 al 28/02/1999, por ende, al momento de efectuarse el traslado de régimen la demandante provenía de CAJANAL, entidad que para aquella época también fungía como administradora del RPMPD antes de su liquidación, no obstante, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes eligieron el RPMPD bien fuera por liquidación o por la cesación previsional de la caja que tuviere a su cargo, quedarían vinculados automáticamente al ISS como administradora principal del RPMPD, así lo estableció la Sentencia SL 2817 del 2019 y se desprende del artículo 52 de la Ley 100 de 1993, entonces al ser **COLPENSIONES** la única administradora del RPMPD en la actualidad, es totalmente viable su retorno a este régimen en caso de declararse la ineficacia.

El Decreto 2196 de 2009 ordenó la supresión y liquidación de CAJANAL y en su artículo 4 ordenó el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, es por lo que, frente a la

ineficacia del traslado la actora no debe volver a CAJANAL sino al ente que lo sustituye, COLPENSIONES.

Ahora bien, el eje central estriba en determinar si **PORVENIR S.A.** le suministró a la señora **MENDEZ SABOGAL**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado al RAIS; 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 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."

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

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

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

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

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

Para finalmente concluir que:

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

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

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

Es pertinente traer a colación lo 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**, o en otras palabras ineficaz.

La información adquiere un status primordial en este tipo de actos, en los cuales las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado y sus implicaciones 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. 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)

De lo esbozado se tiene que, resulta inexacto 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 traslado de régimen simple.

Del formulario de afiliación suscrito entre la demandante y la demandada regente del RAIS, se observa como primigenio el realizado con **PORVENIR S.A.** el 15/01/1999 y otro posterior con HORIZONTE hoy la misma **PORVENIR S.A.** el 17/12/2001, al respecto la jurisprudencia de la Corte estipula que:

*"(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado**".*

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

Por ende, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe 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. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

De la carga de la prueba en este tipo de asuntos, se estipula en cabeza de las AFP y son estas quienes deben demostrar y acreditar sin asomo de duda que surtieron todas las actuaciones encaminadas a que los potenciales afiliados conocieran las implicaciones de su traslado tal como lo dictamina la Corte en su profuso análisis:

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)*

Finalmente, la regulación del derecho de información de los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones, está tipificada en las siguientes normas aplicables al caso, veamos:

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

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); percatándose este colegiado que contrario a lo manifestado por la parte pasiva **PORVENIR S.A.**, se evidencia ausencia total del cumplimiento de dichas disposiciones al momento de surtirse el traslado de régimen, toda vez que, desde la creación de la ley 100 del 93 y nacimiento de los fondos privados tenían a su cargo dichas obligaciones, por lo cual la Sala no encuentra asidero en lo esgrimido por la apelante y, máxime que, no obra en el sumario prueba alguna que demuestre lo contrario careciendo de fundamento las afirmaciones del apelante de que se dio la debida información.

Del interrogatorio de parte efectuado por la apoderada de **PORVENIR S.A.** a la señora **MENDEZ SABOGAL** se determinó que: efectuó el

traslado de régimen porque el asesor le manifestó que era lo mismo que su actual fondo, que estaba por fuera del régimen de transición; que el asesor era conocido de alguien cercano y le pidieron que le ayudara trasladándose porque este ganaría algo, refiere que no le explicaron nada más, que nunca autorizó ni firmó su traslado de Porvenir a Horizonte manifestando que eran cuestiones internas de los fondos, reitero en todo momento que no se le dio información alguna, indica que no tiene la obligación de conocer más allá del derecho civil que es su formación, que si trató de retornar al RPMPD pero refiere que el documento se perdió en administración judicial, que si registró beneficiarios para efectos hereditarios, que no realizó aportes voluntarios, que se sintió engañada al momento de darse cuenta del monto de su pensión, relata que tiene conocimiento de que el RPMPD le es mas favorable para su pensión debido a sus compañeros de la Rama Judicial; finalmente fue insistente y reiterativa en que no se le dio información acerca del RAIS, que en su experiencia laboral no reconoce pensiones ni tutelas de este tema.

Es de acotar en este punto que, la formación en derecho y grado de escolaridad de la demandante no exime a **PORVENIR S.A.** de su deber de información y contrario a lo argüido por la pasiva acerca de que, la demandante es lega en este tipo de asuntos, no es menos cierto que, el campo de acción de la demandante gira en el área civil, con limitados conocimientos del sistema general de pensiones y su normatividad.

A raíz de lo expuesto se colige que, **PORVENIR S.A.** no le brindó a la señora **MÓNICA MÉNDEZ SABOGAL**, una asesoría completa, adecuada y oportuna de las condiciones del traslado de régimen y posterior, conforme a reporte de Asofondos que milita en el expediente, veamos:

Y como el susodicho fondo no acreditó el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con la demandante implica que nunca lo acató, configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD.

Devolución de Gastos de Administración y Otros

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos de la demandante *(traslado de régimen)*, que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, debido al

cumplimiento del requisito de edad para pensionarse y para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P, es decir al RPMPD con CAJANAL, de la señora **MÓNICA MÉNDEZ SABOGAL**, implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que serán impuestas a **PORVENIR S.A.** a título de sanción por la omisión del deber de información.

No es de recibo los argumentos esgrimidos en la apelación, en el sentido de que **PORVENIR S.A.** no está obligada a retornar gastos de administración, por cuanto, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado de régimen, volviendo las cosas al estado anterior y, por otro lado, el citado fondo tuvo en su poder los dineros, los cuales usufructuó, por ende, debe devolverlos en toda su integridad.

Ahora bien, se adicionará al numeral Tercero del fallo en estudio, las sumas causadas por conceptos de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante y en general los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como también la devolución de las cotizaciones voluntarias a la actora, si se hicieron; lo anterior con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.** y HORIZONTE.

Se fundamenta lo previamente resuelto 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.

Prescripción

De la citada excepción cabe destacar 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, toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite temporal a reivindicar temas relacionados con su afiliación, cotizaciones y en general todo componente de la pensión, máxime que, los hechos o estados jurídicos son imprescriptibles, así lo determinó la Corporación de cierre.

Costas en esta Instancia a cargo **PORVENIR S.A.** por la no prosperidad del recurso impetrado, de conformidad 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: REVOCAR el numeral Octavo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 163 del 30 de junio del 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar, conocer el asunto en grado de competencia funcional de consulta respecto de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 163 del 30 de junio del 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado realizado por la señora **MÓNICA MÉNDEZ SABOGAL** del RPMPD administrado en su momento por CAJANAL hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al RAIS regentado por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el posterior efectuado con **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**

TERCERO: ADICIONAR al numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 163 del 30 de junio del 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, los conceptos de pagos por primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante y en general los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como también la devolución de las cotizaciones voluntarias a la actora, si se hicieron; lo anterior con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.** y HORIZONTE. Las anteriores sumas deben devolverse con sus respectivos rendimientos. **CONFIRMAR** el citado numeral en lo demás.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 163 del 30 de junio del 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PORVENIR S.A. como agencias en derecho se estiman en la suma de $1.000.000 en favor de la parte demandante.

SEXTO: 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.

SÉPTIMO: 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

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:

ba47c4660f806bf15fcdf6780cdca8448344f6f510bd8cc5922b03a013c603c5

Documento generado en 30/04/2021 10:36:36 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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