



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

AUDIENCIA NÚMERO 141

Juzgamiento

Santiago de Cali, catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 141

Acta de Decisión N° 039

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° 097 del 08 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **NASLY GARCIA POLO** 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° 76001-31-05-016-2018-00205-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas en la demanda consisten en que, se declare la ineficacia del traslado efectuado al RAIS con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 21/02/1997; se ordene el traslado a **COLPENSIONES** los aportes, rendimientos, bono pensional y se condene a **PORVENIR S.A.** al pago de costas y agencias en derecho.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, la actora nació el 31/12/1961; que estuvo afiliada al RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES**, desde 1984 a 1997; que se trasladó al RAIS con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, en abril de 1997.



Que la asesoría brindada por HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** consistió en la promesa de que su pensión sería muy superior en comparación a la que recibiría en el RPMPD, que el ISS se liquidaría debido a la crisis que atravesaba y que tenía derecho a un bono pensional por valor de \$80.000.000, del cual podría disponer para cubrir su pensión o retirarlo.

Que al cumplir sus 56 años, **PORVENIR S.A.** le entregó el 09/10/2017 cálculo de su pensión, estimado que arrojó una mesada de \$737.717 en contraste a la que percibiría en el RPMPD por valor de \$1.657.982; que en virtud de lo anterior, aduce que no se cumplió la expectativa creada por **PORVENIR S.A.** entorno a su pensión e indica que, no le dio información eficiente, oportuna y transparente de las consecuencias del traslado de régimen, forma de cálculo de la pensión en ambos regímenes, negociación de su bono entre otros

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° y 3°; del resto refiere que no le constan. No opuso, pero tampoco se allano a las pretensiones aduciendo que para la época del traslado Colpensiones no había entrado en operación y el ISS no tuvo injerencia alguna en el proceso de afiliación; formuló como excepciones de fondo: *Inexistencia de la obligación, Prescripción, Buena fe, Imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido y la Innominada.*

PORVENIR S.A. por su parte indica que, son ciertos los hechos 1°, 3°, 6°, 7° y parcialmente el 5°; que no le consta el 2° y 8°; respecto del resto expresa que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito: *Prescripción, Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, Buena fe, Prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, Enriquecimiento sin causa y la Innominada o genérica.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 097 del 08 de julio del 2020, resolvió:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR SA.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la afiliación de la demandante con PORVENIR SA.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, aceptar el regreso de NASLY GARCÍA POLO al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR SA una vez ejecutoriada esta providencia, realizar el traslado de todos los dineros cotizados a la cuenta de ahorro individual de NASLY GARCÍA POLO a COLPENSIONES.

QUINTO: CONDENAR en costas a PORVENIR SA. Tásense como agencias en derecho el valor de 2 S.M.L.M.V. Inclúyase por la secretaría del Juzgado. Las costas serán pagadas en partes iguales por los demandados.

SEXO: ENVÍESE el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional por ser adversa a COLPENSIONES.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, las apoderadas judiciales de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación, esgrimiendo como argumentos de su discrepancia lo siguiente:

- **COLPENSIONES** solicita que se revoque el fallo, toda vez que, a la demandante no le asiste el derecho a trasladarse de régimen, que no se ha probado fuerza o dolo, mas aun la permanencia de esta en el RAIS durante todo este tiempo sin manifestar inconformidad alguna respecto del desempeño y administración del fondo privado, ratificando su decisión de estar en el RAIS.
- **PORVENIR S.A.** aduce que, no se le puede aplicar al fondo de forma retroactiva normas que no estaban vigentes para la época de la afiliación como cálculos y doble asesoría entre otros, toda vez que, surgieron con posterioridad a la afiliación; la única obligación exigible era la suscripción del formulario de vinculación la cual se acató y no se le puede restar valor probatorio siendo una manifestación de la demandante de estar afiliada al RAIS con Porvenir; que la demandante permaneció durante mas de 20 años en el régimen efectuando traslados horizontales, ratificando su deseo de permanecer en el RAIS; que Asofondos comunicó el periodo de gracia que tenían todos lo afiliados al sistema para retornar al RPMPD, del cual no hizo

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

uso; que de conformidad al art. 1502 del C.C. la demandante estaba en plena capacidad; que al impetrarse en la demandad una nulidad, recalca que se trata de las relativas que no era viable declararla por vicios del consentimiento y en el evento de que hubieren existido la actora se ratificó; que en el ordenamiento jurídico no existe norma que contemple la ineficacia por desinformación, la cual se adoctrino mediante jurisprudencia siendo la rama legislativa la que regula esto y no la judicial; que de la lectura del art. 271 de la Ley 100/93 no se extrae que se pueda deprecar una ineficacia por desinformación, puesto lo que castiga es la acción positiva que impide la afiliación de los trabajadores al sistema, constituyendo un hermenéutica equivocada.

Que no es posible el retorno de los aportes, toda vez que, de los mismos se destina una parte al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, en la medida que Porvenir ya no cuenta con la disponibilidad de dichos recursos y la demandante estuvo cubierta por los riesgos IVM, siendo imposible retornar la totalidad de los aportes porque el fondo ya no cuenta con ellos; la administración se llevo a cabo con la debida diligencia; que la propia actora manifestó que sus aportes podían heredarse, característica esencial del RAIS, denotando que si se cumplió con el deber de asesoría.

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 **NASLY GARCIA POLO** del RPMPD

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por HORIZONTE hoy **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 entre otros, estudio de la prescripción y costas procesales.

El eje central estriba en determinar si HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** le suministró a la señora **GARCIA POLO**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado de régimen; 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 e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

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

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

“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).”

Respecto de los conceptos 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 insanable 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 como lo alega la apoderada de Colpensiones.

Respecto de la aludida ineficacia, es menester traer a colación el 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.**

Sobre lo anterior, el argumento esgrimido por la apoderada 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. Siguiendo el 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 entreeve con preponderancia en el caso objeto de estudio.

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 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.

La información adquiere un estatus 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***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.”

Del formulario de afiliación suscrito entre la demandante y la demandada regente del RAIS 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 la ausencia total del cumplimiento de dichas disposiciones por parte de HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** al momento de surtirse el traslado de régimen, obligaciones que surgieron desde su creación con la Ley 100 de 1993.

Se practicó interrogatorio de parte efectuado por la apoderada de **PORVENIR S.A.** a la señora **GARCIA POLO**, del cual se extrae en lo que atañe que:

Refiere que en el año 97 se trasladó a Horizonte porque su empleador se lo ordenó, toda vez que, había un acuerdo; que no le dieron más información que la orden de trasladarse al fondo; que si ha recibido extractos; que si tenía conocimiento de que los aportes podrían ser heredables en el RAIS; que se encuentra inconforme cuando empezó a realizar los tramites para reunir los documentos porque se acercaba a la edad y posteriormente Porvenir le entregó calculo de su mesada dándose cuenta que no le convenia; que previo a lo anterior no solicitó asesoría.

La Juez formuló preguntas dirigidas a la demandante con el ánimo de establecer si Porvenir le informó de la conveniencia o no de permanecer en el RAIS y si en su debido momento Horizonte le realizó asesoría; a lo que la demandante de manera tajante respondió que no a todas las interrogantes.

A raíz de lo expuesto se colige que, HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** no le brindó a la señora **NASLY GARCIA POLO**, una asesoría completa, adecuada y oportuna de las condiciones del traslado de régimen y dado



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

que, 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.

Se anexa el reporte de Asofondos que milita en la contestación de **PORVENIR S.A.**, por medio del cual se observa el traslado efectuado al RAIS y es menester destacar que, contrario a lo señalado por la apoderada del fondo privado solo se presentó un único traslado, presentándose una cesión por fusión entre HORIZONTE Y PORVENIR, veamos:

21/8/2018 SIAFP

Asofondos | Asociación colombiana de administradores de fondos de pensiones y cesantías

USUARIO: PJGUTIERREZM | JAIME ALBERTO GUTIERREZ MUNOZ | 21 de Agosto de 2018 | Registrarse | Buscar en Wiki SIAFP

• Afiliados • Personal • Aportantes • Pagos • Entrega HL al RPM • Documentación • Usuarios • Gestor de Tareas

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 2:33:39 PM
Afiliado: CC 29350703 - NASLY GARCIA POLO [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para: CC 29350703							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de ejecución	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción de	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1997-02-21	2004/04/16	HORIZONTE COLPENSIONES			1997-04-01	2013-12-31
Cesion por fusion	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR HORIZONTE			2014-01-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migradas de Muestrita para: CC 29350703

Fecha de novedad	Fecha de acceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1997-02-21	1997-03-26	01	AFILIACION	HORIZONTE	

Un ítem encontrado.

Imprimir Registrar

<https://sialp.hensohn.com.co/WEB-PortalAsofondos/ASOFONDOS/ConsultasHistorialVinculaciones.do>

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**

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P de la señora **NASLY GARCIA POLO**, 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 por este cuerpo colegiado los argumentos esgrimidos en la apelación, en el sentido de que **PORVENIR S.A.** no está obligada a retornar las sumas ordenadas, 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.

En razón de la consulta surtida en favor del ente público, se adicionará al numeral Cuarto del fallo en estudio, los conceptos de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como también cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante y la devolución de las cotizaciones voluntarias a la actora, si se hicieron; todas las sumas a retornar con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**

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,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 adocinado 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

Respecto de este concepto vale aclarar que, el legislador establece que es una condena preceptiva que se impone a la parte que pierde el proceso y/o le resulta desfavorable el recurso de apelación de conformidad con el artículo 365 numeral 1 del C.G.P., sin consideraciones de orden subjetivo, por ende,



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

la decisión del A quo en este apartado del fallo se encuentra conforme a derecho, razón por la cual se dejara indemne este aspecto de la decisión en estudio.

Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** como apelantes infructuosos de conformidad a la norma citada en acápite anterior.

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 al numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 097 del 08 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali y en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado realizado por la señora **NASLY GARCIA POLO** del RPMPD administrado por el ISS hoy la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al RAIS regentado por HORIZONTE hoy la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 097 del 08 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, en el sentido que PORVENIR S.A. además debe devolver los conceptos de aportes, rendimientos, gastos de administración, los pagos por concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como también cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante y la devolución de las cotizaciones voluntarias a la actora, si se hicieron; todas las sumas a retornar con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en HORIZONTE - **PORVENIR S.A.** Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. **CONFIRMAR** el citado numeral en lo demás.



TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 097 del 08 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.000.000 cada una y en favor de la parte demandante.

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

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

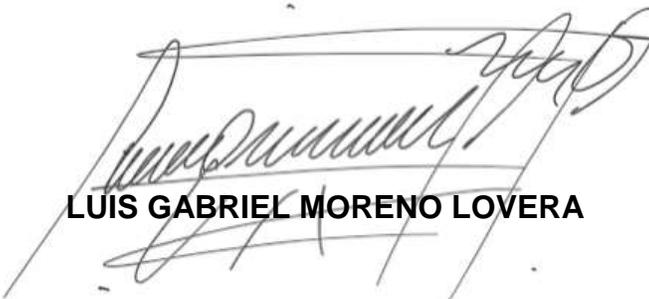
NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO VIRTUAL EFICAZ

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:

630660298cb8ba141da341d9a9f99ae21443543eb89f838c35bb1e4418f52940

Documento generado en 14/05/2021 11:58:37 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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