**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**

**SALA LABORAL**

**AUDIENCIA NÚMERO 169**

Juzgamiento

Santiago de Cali, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA NÚMERO 170**

**Acta de Decisión N° 043**

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° 131 del 27 de abril del 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **JOSE NELSON REYES SANCLEMENTE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, bajo la radicación N° 76001-31-05-012-2020-00361-01.

**ANTECEDENTES**

Las pretensiones incoadas por el actor consisten en que, se declare la nulidad del traslado efectuado del RPMPD administrado por **COLPENSIONES** al RAIS regentado por **PORVENIR S.A.**; se ordene su regreso al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**; se ordene a **COLFONDOS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de su cuenta de ahorro individual y se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor nació el 04/10/1959; que cotizó 582,71 semanas ante el ISS hoy **COLPENSIONES** entre el 15/08/1984 al 05/05/1997; que se trasladó a

HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, en agosto del 2009; que en la actualidad se encuentra afiliado a **COLFONDOS S.A.** y reporta 1.724,43 semanas cotizadas.

Que elevó petición ante **COLPENSIONES** el 29/10/2019, con el fin de trasladarse de régimen, no obstante, la entidad se negó; que el 24/10/2019, solicitó a **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** la documentación relacionada con la afiliación y requirió a **COLFONDOS S.A.** su traslado al RPMPD, empero, **COLFONDOS S.A.** se negó al traslado el 20/08/2019 y **PORVENIR S.A.** el 08/11/2019 se negó a entregar la documentación por cuanto no se encuentra afiliado.

Refiere que, HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** incumplieron sus obligaciones legales al momento de la vinculación como el derecho de retracto, proyección pensional y reglamento de funcionamiento.

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

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

**COLPENSIONES** indica que, son ciertos los hechos 1°, 5°, 6° y parcialmente el 4°; que no se pronuncia del 10° por tratarse de una apreciación subjetiva y respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *Inexistencia de la obligación, Cobro de lo no debido, la Innominada, Buena fe y Prescripción.*

**COLFONDOS S.A.** expresa que, son ciertos los hechos 8° numerado como 7°, 9° enumerado como 8°, parcialmente el 4° enumerado como 3° y el 5° enumerado como 4°; que no es cierto el 13° enumerado como 10° y en cuanto a los demás indica que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetro las excepciones de fondo:

*Validez de la afiliación a Colfondos S.A., Validez del traslado de régimen del RPM al RAIS, Buena fe, Inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, Prescripción, Carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, Inexistencia de engaño y de expectativa legitima, Nadie puede ir contra de sus propios actos, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la*

*afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, Compensación y la Innominada o genérica.*

**PORVENIR S.A.** fue notificada por el Juzgado de Conocimiento el 03/11/2020, a través del correo electrónico notificacionesjudiciales@porvenir.com.co y para la misma calenda la accionada acusó de recibido la comunicación, no obstante, no ejercieron su derecho a la defensa en termino y por ello el A quo mediante Auto Interlocutorio No. 1006 del 25/03/2021 tuvo por no contestada la demanda por parte de **PORVENIR S.A.**

## DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 131 del 27 de abril del 2021, resolvió:

*"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES y COLFONDOS.*

*SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el señor JOSÉ NELSON REYES SANCLEMENTE y de todas las afiliaciones que éste haya tenido a administradoras del último régimen, conservándose en consecuencia, en el régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, sin solución de continuidad.*

*TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuenta de resago y cuentas de no vinculados, historia laboral sin inconsistencia de semanas y, los aportes voluntarios, si los hubiera, se entregarán al demandante, si fuere el caso.*

*CUARTO: CONDENAR a PORVENIR y COLFONDOS a devolver los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el periodo en que administraron las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio con los rendimientos que se hubieran producido de no haberse generado el traslado.*

*QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR, COLFONDOS y COLPENSIONES, a favor del accionante. Tásense por secretaría del despacho fijando como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas.*

*SEXTO: REMITIR el expediente ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.*

*SÉPTIMO: INFORMAR al MINISTERIO DEL TRABAJO y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO sobre la remisión del expediente al superior jerárquico."*

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con el fallo de primera instancia, la apoderada judicial de **COLFONDOS S.A.** interpuso recurso de apelación y solicita que, se revoque el numeral 4°, toda vez que, la comisión de administración es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan en la cuenta de su afiliado y pago de seguros, descuentos autorizados por la ley para la gestión de los recursos con la mayor diligencia y cuidado durante todo el tiempo que ha estado afiliado el demandante evidenciándose en los rendimientos generados, que los gastos operan en ambos regímenes y aduce que, que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelva a su estado anterior en estricto sentido debe entenderse que el contrato no existió y por ende la AFP no debió administrar los recursos del demandante, que los rendimientos no se causaron y tampoco se debió cobrar cuota de administración, sin embargo, de la lectura del art 1746 del C.C. se extrae que no se pude desconocer que el bien administrado produjo un fruto o mejora, el cual es para el actor los rendimientos y para el fondo los gastos de administración los cuales debe conservar Colfondos si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

- Las partes en esta instancia, 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 a resolver se circunscribe en establecer si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **JOSE NELSON REYES SANCLEMENTE** del

RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y posteriormente con **COLFONDOS S.A.**, por ende, como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene la transferencia al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** los recursos causados por el demandante en el RAIS tales como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros, estudio del fenómeno de la prescripción y costas procesales.

El eje central de discusión estriba en determinar si HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** le suministraron al señor **REYES SANCLEMENTE** 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 el 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 un 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."***

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

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

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

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

Respecto a los múltiples traslados de AFP:

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

Es menester resaltar que, recientemente en Sentencia SL1452-2019 del 3 de abril del año 2019, Radicación N° 68852 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiterada en la Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, Radicación N° 68838 de la misma ponente; providencias en la cual la Sala 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** es decir 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 de 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 del demandante y no un traslado de régimen.

Del formulario de afiliación suscrito entre el demandante y las demandadas regentes 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)*

Es decir que, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe una comprensión integral del acto del traslado; 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)*

La carga de la prueba en este tipo de asuntos recae sobre las AFP y deben acreditar que su actuar se ajustó a los parámetros legales para obtener el consentimiento informado del actor para la validez de los traslados como lo expone 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)*

Es de recalcar que, no se le está exigiendo a los fondos una asesoría por escrito, sino que acrediten qué información dieron y el alcance de la misma.

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.** y **COLFONDOS S.A.** al momento de surtirse los traslados, dado que, desde el nacimiento de los fondos privados con la Ley 100/93 le fueron impuestas dichas obligaciones.

Se anexa reporte de Asofondos que milita en el expediente, por medio del cual se observa el historial de vinculaciones del actor, veamos:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 4:45:38 PM
Afiliado: CC 6715493 JOSE NELSON REYES SANCLEMENTE Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 6715493

| Tipo de vinculación | Fecha de solicitud | Fecha de proceso | AFP destino | AFP origen | AFP origen antes de reconstrucción | Fecha inicio de efectividad | Fecha fin de efectividad |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Traslado régimen | 1997-04-28 | 2004/04/15 | HORIZONTE | COLPENSIONES | | 1997-06-01 | 2005-07-31 |
| Traslado de AFP | 2005-06-23 | 2005/07/17 | COLFONDOS | HORIZONTE | | 2005-08-01 | |

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Milregua para: CC 6715493

| Fecha de novedad | Fecha de proceso | Código de novedad | Descripción | AFP | AFP reintegrada |
|---|---|---|---|---|---|
| 1997-04-28 | 1997-06-18 | 01 | AFILIACION | HORIZONTE | |

Un ítem encontrado
1

A raíz de lo expuesto se colige que, HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** no le brindaron al señor **JOSE NELSON REYES SANCLEMENTE** asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen y posterior, que no se le dio a conocer factores relevantes como la forma de calcular la pensión en cada régimen, comparativos de ambos regímenes en lo que respecta a la forma de acceder a las prestaciones, las diferentes modalidades de pensión en el RAIS, destinación de sus aportes y descuentos realizados de los mismos entre muchos otros; por ende, al no acreditar los fondos privados el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con el demandante implica que nunca lo acataron, configurándose la ineficacia deprecada cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen y posteriores bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

**Devolución de Gastos de Administración y Otros**

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del demandante *(traslado de régimen)* y

posteriores, que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, debido a la proximidad del cumplimiento del requisito de edad para pensionarse y para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P del señor **JOSE NELSON REYES SANCLEMENTE**, involucra la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que serán impuestas a **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** a título de sanción por la omisión del deber de información.

Es pertinente acotar que, no es de recibo por esta Sala los argumentos esgrimidos en la apelación, en el sentido de que **COLFONDOS S.A.** no está obligado a restituir los gastos de administración, toda vez que, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado primigenio al RAIS y posteriores, volviendo las cosas al estado inicial y, por otro lado, el citado fondo tuvo en su poder los dineros, los cuales usufructuó, por ende, deben devolverlos en toda su integridad.

En virtud de la consulta surtida en favor de **COLPENSIONES**, se adicionará al numeral Cuarto del fallo en estudio, en el sentido de ordenar a **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante.

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 del 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.

En sentido técnico, el bono pensional se ordena cancelar y se devuelve al emisor.

**Costas**

El legislador establece que, dicha noción 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, 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 **COLFONDOS S.A.** por la no prosperidad de su recurso.

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** la Sentencia Consultada y Apelada N° 131 del 27 de abril del 2021, en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.-HORIZONTE** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del señor **JOSE NELSON REYES SANCLEMENTE** si lo hubiere, confirmar el numeral en lo demás.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 131 del 27 de abril del 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** se fijan como agencias en derecho la suma de $1.000.000 en favor de la parte 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:
**e503a256286b64824706400ac2abc1db2abdc511786b72400fd1f67c886da010**
Documento generado en 28/05/2021 10:26:23 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

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