



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

AUDIENCIA NÚMERO 170

Juzgamiento

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

SENTENCIA NÚMERO 171

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° 155 del 23 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **IVÁN HORACIO CARDONA GÓMEZ** 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° 76001-31-05-006-2019-00127-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por el actor consisten en que, se declare la nulidad del traslado efectuado del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS regentado por HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**; se ordene a **COLPENSIONES** admitirlo nuevamente en el RPMPD; se ordene a **PORVENIR S.A.** transferir a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, rendimientos, intereses, gastos de administración e indexación y se condene a las accionadas al pago de costas procesales.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor nació el 08/01/1961; que se afilió al RPMPD administrado por

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

el ISS hoy **COLPENSIONES** desde marzo de 1987; que se trasladó al RAIS con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, en febrero de 1995.

Refiere que, previo a concretarse el traslado de régimen no recibió información suficiente por parte de HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** acerca de los términos y condiciones para adquirir su derecho a la pensión de vejez, no se le proyectó el valor de su pensión a futuro y no se le dio a conocer la posibilidad de retractarse de su afiliación; que los motivos para trasladarse de régimen se centraron en los argumentos esgrimidos por los asesores de HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** en el sentido de que, mejoraría sus condiciones pensionales como una mesada de valor superior y anticipadamente.

Que efectuó simulación pensional de la cual se extrae que, la mesada en **COLPENSIONES** es superior en comparación a la de **PORVENIR S.A.**; por lo anterior, elevó petición ante **PORVENIR S.A.** solicitando copia de la documentación del traslado entre otros; **PORVENIR S.A.** el 02/10/2018 da respuesta a la solicitud entregando algunos documentos y aducen que no cuentan con soporte de la asesoría brindada al momento del traslado.

Posteriormente elevó solicitud de traslado de régimen ante **PORVENIR S.A.** el 23/11/2018 y ante **COLPENSIONES** el 26/11/2018, no obstante, ambas se negaron.

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 12°, 13° y parcialmente el 1°, respecto del resto indica 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.*

PORVENIR S.A. por su parte expresa que, son ciertos los hechos 2°, 9°, 10°, 11°, 13° y parcialmente el 1°; que no le consta el 12° y del resto aduce que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y propuso como 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 Sexto Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 155 del 23 de julio del 2020, resolvió:

“Primero. - DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen efectuado por el señor IVAN HORACIO CARDONA GOMEZ identificado con la C.C.16.655.838 del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR, el cual tuvo lugar el 01 de febrero de 1995.

Segundo. - IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales al Afiliado (a).

Tercero. - ORDENAR a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por el Demandante en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS aquí demandada.

Cuarto. - ABSOLVER a las Demandadas de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por el Actor.

Quinto. - NO DAR PROSPERIDAD a las excepciones de fondo propuestas por las Demandadas

Sexto. - SINO FUERE APELADO este fallo, consúltese ante el Superior.

Séptimo. - CONDENAR a PORVENIR S.A. a pagar el equivalente a DOS (2) SMLMV a título de AGENCIAS EN DERECHO.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con el fallo de primera instancia, la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y esgrimió que: se le brindó información suficiente y necesaria para la toma de su decisión libre de afiliarse al RAIS con Horizonte y Porvenir, se cumplió con las obligaciones legales exigibles para la época, el formulario de afiliación cumple con los requisitos exigidos por la Superfinanciera constituyendo prueba fehaciente de la voluntad del actor de afiliarse al RAIS, obrando en dicho documento leyenda preimpresa que ha sido descartada por la Corte, no obstante, la decisión de afiliación al sistema se reviste de una importancia considerable y no se puede tomar a la ligera, por ello, ahora no puede venir argumentar el afiliado que no se le brindó información.

Que contrario a lo manifestado por la juez, no existe una posición dominante de Porvenir, por cuanto, la entidad y el actor cuentan con la misma posición negocial

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

porque se esta frente a una afiliación al sistema de seguridad social y no un contrato, toda vez que, ninguno puede negociar las condiciones de aseguramiento de IVM, las cuales están reguladas por la ley 100/93, por ello, recae también sobre el demandante la obligación de informarse de manera oportuna y no solo cuando esta a portas de adquirir su prestación, interés que radica en el monto de la mesada y no en la supuesta falta al deber de información.

Que en caso de confirmarse el fallo debe tenerse en cuenta las consecuencias jurídicas de la ineficacia de retrotraer todo a su estado inicial, es decir, que Porvenir no administró los recursos del actor y por ello no se hubieran generado rendimientos financieros, por ello, no sería procedente la devolución de los rendimientos; que similar es el caso de los gastos de administración, los cuales se encuentran autorizados por ley como contraprestación a la gestión efectuada por Porvenir que se evidencia en los rendimientos generados, sumas ya causadas y la transferencia de dichas sumas a Colpensiones constituiría un enriquecimiento sin justa causa por cuanto la entidad publica durante todo este tiempo no ha administrado los recursos; que la acción de reclamación de ineficacia esta prescrita, pues no se discute el derecho pensional sino el acto de afiliación, por ende, solicita se revoque la sentencia y se absuelva a la entidad.

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

Se circunscribe el problema jurídico en establecer si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **IVAN HORACIO CARDONA GOMEZ** del RPMPD administrado por el



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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

El eje central de discusión estriba en determinar si HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** le suministró al señor **CARDONA GOMEZ** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado de régimen y posterior que le permitiera conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones.

Por lo anterior, el deber de asesoría y buen consejo en cabeza de la mentada AFP 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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 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 errado analizar el presente asunto desde la óptica de las nulidades y sus particularidades



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.

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 de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor a una multa determinada en la norma y **la afiliación respectiva quedará sin efecto.**

De los formularios de afiliación suscritos entre el demandante y la demandada regente del RAIS, la Corte estipula respecto del citado medio probatorio 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 consiguiente, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe por su parte una comprensión integral del acto de trasladarse de régimen y dado que la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión, razón por la cual, sin información suficiente no hay autodeterminación. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Ahora bien, de 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.

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 y posterior, obligaciones que surgieron desde su creación con la Ley 100 de 1993.

Se anexa el reporte de Asofondos que milita en la contestación de **PORVENIR S.A.**, por medio del cual se observan el historial de vinculaciones del actor con los fondos pensionales, veamos:



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Asofondos

El primer colibrí de la información
en Internet. Conoce y comparte.

USUARIO: PVDARIASPO3

DAVID EDGARDO ARIAS PAUCAR

2 de Noviembre de 2019

Registrar servicio

Buscar en Wiki SIAPP

Q

?

?

?

?

Asociados

Personas

Aportantes

Pagos

Entrega HL al RPM

Documentación

Usuarios

Gestor de Tareas

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 12:52:31 AM
Afiliado: CC 16655838 IVAN HORACIO CARDONA GOMEZ Ver detalle

Vinculaciones para: CC 16655838							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de arcesas	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de vigencia	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1995-01-21	2004/04/16	HORIZONTE COLPENSIONES			1995-02-01	2002-04-30
Traslado de AFP	2002-03-21	2004/04/16	PORVENIR	HORIZONTE		2002-05-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migradas de Manizaba para: CC 16655838						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
1995-01-21	1996-06-13	01	AFILIACION	HORIZONTE		
2002-03-21	2002-04-05	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	HORIZONTE	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** no le brindó al señor **IVAN HORACIO CARDONA GOMEZ** asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen y posterior, 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 el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con el demandante implica que nunca lo acató, configurándose la ineficacia deprecada cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen 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 *posterior*, 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 **IVAN HORACIO CARDONA GOMEZ** implica la imposición de



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que serán impuestas a **PORVENIR 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 **PORVENIR S.A.** no está obligado a restituir los rendimientos y gastos de administración, toda vez que, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado primigenio al RAIS y posterior, 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 razón de la consulta surtida en favor del ente público, se adicionará al numeral Tercero del fallo en estudio, los conceptos 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 la obligación de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante y la devolución de las cotizaciones voluntarias al actor, 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.** y posteriormente con la misma **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 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 dimanan 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

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 demandada al presentar oposición y excepcionar lo pretendido por el actor, le cabe imponérsele dicha condena, encontrándose conforme a derecho la decisión del A quo en este apartado del fallo, razón por la cual se dejara indemne este aspecto de la decisión en estudio.



Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** por la no prosperidad del recurso impetrado.

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: ADICIONAR al numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 155 del 23 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali 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 la obligación de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del señor **IVAN HORACIO CARDONA GOMEZ** y la devolución de las cotizaciones voluntarias al actor, si se hicieron; todas las sumas a retornar con cargo a su propio patrimonio, acorde a los respectivos periodos de vinculación en HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y posteriormente con la misma **PORVENIR S.A.** Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. CONFIRMAR el mentado numeral en lo demás.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 155 del 23 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: 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.

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



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

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

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

Art. 11 Dec. 49128-03-2020

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

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

REF. ORD. IVÁN HORACIO CARDONA GÓMEZ
C/ COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RAD. 006-2019-00127-01

Código de verificación:

3c37f36e5b61a43b0fb972c0873e7c4dc76753499a0bb17e3fb9b0fdf0889d83

Documento generado en 28/05/2021 10:26:25 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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