



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

AUDIENCIA NÚMERO 222

Juzgamiento

Santiago de Cali, veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA NÚMERO 227

Acta de Decisión N° 050

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° 123 del 28 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **JOSE LARRY FRANCO HERNANDEZ** 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° 76001-31-05-001-2021-00144-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por el actor consisten en que, se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS con **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene su traslado al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** junto con sus aportes, rendimientos indexados y demás valores que reposen en su cuenta de ahorro individual 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 19/09/1960 y estuvo afiliado al RPMPD hasta julio



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

1997, calenda para la cual se trasladó a **PORVENIR S.A.** y donde permanece afiliado en la actualidad.

Refiere el actor que, previo al traslado el fondo no le dio a conocer una comparación de la pensión en ambos regímenes, alternativas, beneficios e inconvenientes del traslado, al punto de llegar a desanimarlo.

Que el actor requirió a **PORVENIR S.A.** el 22/10/2020 con el fin de obtener copia del recibido satisfactorio de su parte respecto del plan de pensiones, reglamento de funcionamiento, información del derecho de retractor entre otros documentos; **PORVENIR S.A.** genera respuesta solo el 04/03/2021 en cumplimiento de acción de tutela sin entregar la documentación solicitada; posteriormente **PORVENIR S.A.** le informa que puede aspirar a una pensión de salario mínimo en comparación con superior que podía percibir en el RPMPD.

Que el 10/11/2020, elevó ante **COLPENSIONES** solicitud de traslado y a la fecha no se ha generado respuesta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES manifiesta que, es cierto el hecho 1° y parcialmente el 8°, 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.*

PORVENIR S.A. por su parte señala que, no le constan los hechos 1°, 8° y en cuanto a los demás indica que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito: *Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, Compensación y Excepción Genérica.*

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Doctora Rosmira Guevara Arboleda, Procuradora 8 Judicial I, manifestó que, en virtud de la línea jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a Porvenir S.A., probar en el proceso que cumplió con el deber de información con transparencia máxima, de forma completa y



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

comprensible conforme a los requisitos legales para determinar la eficacia o no del traslado de régimen efectuado por el actor y solicitó que Colpensiones no sea condenada en costas procesales, toda vez que, la entidad no intervino en el acto de traslado de régimen, actuando en cumplimiento de un deber legal.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 123 del 28 de mayo del 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., realizado por el señor JOSÉ LARRY FRANCO HERNÁNDEZ. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante.

CUARTO: ORDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES admita al demandante en el régimen de prima media, sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales.

QUINTO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES fijando como agencias en derecho la suma de UN (01) SMMLV, a cargo de cada una y a favor del demandante.

SEXTO: CONSÚLTESE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el presente proveído, en caso de no ser apelado.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con el fallo de primera instancia, el apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y esgrimió que: se opone a toda condena impuesta a la entidad que representa, toda vez que, la AFP no faltó al deber de información para con del actor, se dio la asesoría en forma verbal al momento de efectuarse el traslado y el hecho de que no exista

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL**

constancia escrita de la misma no concluye que no se le dio la información y menos soporte de la declaratoria de ineficacia; la afiliación con Porvenir se dio de conformidad con la norma, incluso fue informado del derecho que tenía a retractarse, sin embargo, no lo hizo y continua vinculado al fondo; que la Juez no consideró que para la época de la afiliación no era exigible legalmente dejar constancias escritas de las asesorías o entregar proyecciones de la favorabilidad de un régimen u otro; la proyección efectuada sin previa solicitud de la prestación económica no constituye un derecho adquirido.

Que la acción para solicitar la ineficacia si está sujeta a prescripción, pues la acción no versa sobre el reconocimiento de un derecho pensional sino sobre la intención de trasladarse de régimen por parte del actor; no es viable el traslado de las sumas adicionales de la aseguradora por cuanto estas solo se causan frente al siniestro de invalidez o sobrevivencia, situaciones que no se han presentado porque no devenga pensión de invalidez ni sus familiares devengan pensión de sobrevivencia, de modo que la aseguradora no ha girado suma alguna por esta contingencia; no es procedente el traslado de los gastos de administración porque Colpensiones no ha realizado gestión alguna frente a los aportes del actor y podría constituirse un enriquecimiento sin justa causa en favor del demandante y Colpensiones; Porvenir actuó de buena fe y conforme a los parámetros legales establecidos, dichos gastos no está dirigiros a la cuenta del actor ni están llamados a financiar la prestación; tampoco es procedente la devolución de bono pensional por cuanto no obra en la cuenta del actor dicho concepto aun ni furtos ni intereses, toda vez que, la norma para traslados indica que solo se transfieren los rendimientos y aportes; recalca que, frente a los gastos de administración, furtos e intereses opera la prescripción o en dado caso la compensación solicitada en la contestación

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 también 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 **JOSE LARRY FRANCO HERNANDEZ** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene su retorno al RPMPD regentado por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros, estudio de la prescripción y costas procesales.

El eje central de discusión estriba en determinar si **PORVENIR S.A.** le suministró al señor **FRANCO HERNANDEZ** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado de régimen 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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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**.”*

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.

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** es decir ineficaz.

Del formulario de afiliación suscrito 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 la AFP y debe acreditar que su actuar se ajustó a los parámetros legales para obtener el consentimiento informado del actor para la validez del traslado:

*“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**.”*



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 al fondo una asesoría por escrito, sino que acredite qué información dio y el alcance de la misma.

Del interrogatorio de parte efectuado por el apoderado de **PORVENIR S.A.** al demandante se extrae que, el traslado de régimen se efectuó porque su empleador en aquel entonces ya tenía dispuesta la documentación para ello, que solo le mencionaron que obtendría unos beneficios y que por cotizar con un salario superior al mínimo legal era candidato para afiliarse con el fondo privado, empero, no recibió más información; de lo anterior se colige que al señor **FRANCO HERNANDEZ** no se le dio a conocer situaciones puntuales y neurálgicas como las implicaciones del traslado de régimen, posibilidad de retractarse, 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, evidenciándose una ostensible desinformación en el trabajador.

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.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 **PORVENIR S.A.** al momento de surtirse el traslado de régimen, obligaciones que surgieron desde su creación con la Ley 100 de 1993.

Se anexa historial de vinculaciones de Asofondos que milita en el expediente, por medio del cual se observan el traslado efectuado por el actor signado de ineficaz, veamos:

Procedimiento colombiano de administración de fondos de pensiones y cesantías

USUARIO: PVRJURIDICA

ROBOT JURIDICA

26 de Abril de 2021

Registrar servicio

Buscar en WNI SIAPP

A través de la opción eventos especiales que se encuentra en la consulta de Vista Integral e Historial de Novedades, pueden visualizar las modificaciones que los afiliados han tenido

Afiliados

Personas

Aportantes

Pagos

Entrega HL al RPMI

Documentación

Usuarios

Administrador de Tarifas

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 10:09:41 AM
Afiliado: CC 16479369 JOSE LARRY FRANCO HERNANDEZ [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 16479369							
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 regimen	1997-05-13	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			1997-07-01	

Un ítem encontrado.

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 16479369

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1997-05-13	1997-06-06	01	AFILIACION	PORVENIR	

Un ítem encontrado.

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **PORVENIR S.A.** no le brindó al señor **JOSE LARRY FRANCO HERNANDEZ** asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen y sus implicaciones, por ende, al no acreditar el fondo privado 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*), 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 LARRY FRANCO HERNANDEZ** implica la imposición de 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 este colegiado los argumentos esgrimidos en la apelación, en el sentido de que **PORVENIR S.A.** no está obligado a restituir los gastos de administración, intereses y frutos, toda vez que, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado de régimen, volviendo las cosas al estado inicial y, por otro lado, el citado fondo tuvo en su poder estas sumas, las cuales usufructuaron, 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, en el sentido de ordenar a **PORVENIR S.A.** transferir a **COLPENSIONES** 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 en lugar de bonos pensionales 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 **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 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.



Se solicita por el apelante la aplicación del fenómeno prescriptivo en los gastos de administración, intereses, frutos y rendimientos ordenados a restituir al fondo público, no obstante, bajo el manto de la ineficacia y la sanción impuesta al fondo dichas sumas debieron ser descontadas y atribuidas a la administradora del RPMPD, siendo por conexidad imprescriptibles y de no ordenarse su restitución al fondo primigenio se generaría un detrimento patrimonial a **COLPENSIONES**, máxime que, al apelante se le impone dicha condena a título de sanción con cargo a su propio patrimonio por la omisión al deber de información, razón por la cual dejará incólume esta parte del fallo.

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, Colpensiones y Porvenir al presentar oposición y excepcionar lo pretendido por el actor le cabe dicha condena a cada una, 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° 123 del 28 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

PENSIONES - COLPENSIONES - los conceptos de pagos 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 **JOSÉ LARRY FRANCO HERNÁNDEZ** en lugar de bonos pensionales 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 **PORVENIR S.A.** Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. Confirmar el citado numeral en lo demás.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 123 del 28 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Primero 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 del señor **JOSÉ LARRY FRANCO HERNÁNDEZ**.

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 GALE

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

Código de verificación:

e7ec5439a0994ed0dec26e3d2bfdac279b93c8e05709ba0325d29479d708901c

Documento generado en 25/06/2021 10:39:11 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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