



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

AUDIENCIA NÚMERO 256

Juzgamiento

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

SENTENCIA NÚMERO 263

Acta de Decisión N° 056

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° 035 del 24 de febrero del 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **NEISA CARDONA VELASQUEZ** 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° 76001-31-05-018-2018-00697-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por la actora en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la nulidad absoluta del traslado efectuado del RPMPD hacia el RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene su retorno al RPMPD regentado por **COLPENSIONES** y se condene a las accionadas al pago de costas y agencias en derecho.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, la actora nació el 29/04/1966 y cotizó al ISS hoy **COLPENSIONES** un total de 590 semanas y 349 semanas con **PORVENIR S.A.** hasta el 19/05/2016; refiere que, el funcionario del fondo privado le ofreció varias ventajas entre las que se encontraba rendimientos superiores, prestamos a tasas preferenciales para

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

compra de vehículo y vivienda, además de la premisa esgrimida basada en la insostenibilidad y posible quiebra del fondo gubernamental.

Manifiesta que, en el proceso de afiliación no se le explicó las condiciones del traslado, ni se le realizó proyección pensional además de se omitió informarle acerca de su derecho de retracto; indica que, al solicitar su traslado de régimen este no se pudo llevar a término por estar a 10 años para pensionarse; relata que, elevó reclamación ante **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** solicitando la nulidad de su traslado, no obstante, las entidades se negaron.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES manifiesta frente a los hechos que, son ciertos el 1°, 7°, 8° y parcialmente el 10°; que no son ciertos de forma parcial el 2° y 3°; respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y CARENCIA DEL DERECHO; COBRO DE LO NO DEBIDO; PRESCRIPCIÓN; LA INNOMINADA; BUENA FE; COMPENSACIÓN Y GENERICA.*

PORVENIR S.A. por su parte indica que no le constan los hechos 1° y 8°; en cuanto a los demás expresa que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de mérito denominadas: *PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y EXCEPCION GENÉRICA.*

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Doctora Rosmira Guevara Arboleda, Procuradora 8 Judicial I, manifestó que, en virtud de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a Porvenir S.A. en virtud de la carga dinámica de la prueba, demostrar que en el proceso de traslado se cumplió con el deber de información con transparencia máxima, de forma completa y comprensible conforme a los requisitos legales, bajo los parámetros antes señalados.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA



El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 035 del 24 de febrero del 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito formuladas por PORVENIR S.A y COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora NEISA CARDONA VELÁSQUEZ, de condiciones civiles conocidas en el proceso, suscribió desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A, para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora NEISA CARDONA VELÁSQUEZ, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, los rendimientos que se hubieren causado y las cuotas de administración previstas en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta última debidamente indexada y a cargo de su propio patrimonio.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- acepte el traslado de la señora NEISA CARDONA VELÁSQUEZ sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Una vez realizado el traslado ordenado en el numeral tercero de la presente providencia, deberá actualizar la historia laboral la señora NEISA CARDONA VELÁSQUEZ dentro de los 2 meses siguientes.

QUINTO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A y COLPENSIONES como parte vencida en juicio y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán en los términos del artículo 365 y 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el Acuerdo PSAA16–10554 del 05 de agosto de 2016. Se señalan como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV a cargo de cada una de las entidades.

SEXTO: Si no fuera apelada la presente providencia por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, se remitirá en Grado Jurisdiccional de Consulta para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali. Por secretaría dese cumplimiento a los demás ítems establecidos en el inciso final del art. 69 del CPT y S.S.”

RECURSO DE APELACIÓN

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

COLPENSIONES discrepa de la condena en costas impuestas, toda vez que, el acto de afiliación y la conducta desplegada esta en cabeza de un tercero, se respondió de manera negativa al demandante frente al traslado en virtud de la

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

prohibición legal por la proximidad adquirir la edad para pensionarse, además que el actor ratificó su decisión de afiliación con el fondo privado al suscribir el formulario de vinculación; Colpensiones no es competente para declarar la nulidad del traslado, puesto que, no se probó ningún vicio en el consentimiento entonces la entidad no es responsable por los actos entre la demandante y el fondo privado, por ende, solicita se absuelva a Colpensiones de la condena en costas.

PORVENIR S.A. solicita se revoquen el fallo, toda vez que, no había razones fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia del traslado porque la entidad asesoró a la demandante en los términos establecidos por la ley en el año 94; asesoría que se dio de manera verbal sin la obligación de dejar constancia escrita de ella como lo ha decantado posteriormente en normas del 2014 y 2015, imponiéndosele una carga a los fondos que no existía para la época de la afiliación; por ende, se le violó el debido proceso y derecho a la defensa a la entidad pues se le exigen supuesto facticos que el legislador no había previsto.

La vinculación se dio conforme a la ley 100 de 1993 y disposiciones vigentes; la demandante debe radicar solicitud pensional para evaluar la viabilidad del reconocimiento; refiere que, la acción para solicitar la ineficacia está sujeta a prescripción, pues la acción no versa sobre el reconocimiento de la prestación si no la intención de trasladarse de régimen pensional; que no es procedente la devolución de los gastos de administración pues estos están definidos por ley operando en ambos regímenes y de ordenarse su restitución se constituiría en un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante y Colpensiones por cuanto fue Porvenir quien administró y rentó el capital evidenciándose en los rendimientos, máxime que, dichos gastos no están encaminados a financiar la prestación.

Que no se tuvo en cuenta que, la Ley 100/93 establece cuales son los valores que se transfieren cuando se trata de traslados de régimen o ineficacias, pues la norma solo establece que solo el capital y los rendimientos se trasladan sin que se incluyan los gastos de administración yendo en contravía de la norma a imponer la devolución debidamente indexada; de confirmarse la decisión solicita se compense los gastos de administración con los rendimientos pues el fondo obró conforme a la norma; no es posible el traslado de bono pensional dado que no se ha recibido suma alguna por dicho concepto como consta en historia laboral aportada; tampoco es posible el traslado de las sumas adicionales porque no se han causado, no hay

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

sinistro por invalidez o muerte tal como lo manifestó la actora en interrogatorio de parte; finalmente alega que, la actora cotizó sobre el salario mínimo y solo hace tres años empezó a cotizar sobre tres salarios mínimo, entonces al haberse efectuado gran parte de las cotizaciones sobre el salario mínimo su pensión no será superior a este, por ende le conviene mantenerse en el RAIS porque solo necesita 1.150 entre otros requisitos en cambio en el RPMPD necesita 1.300 semanas.

Las partes presentaron alegatos de conclusión que se circunscribe a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la providencia se da respuesta a los mismos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA**Cuestión Preliminar**

Se advierte que la Sentencia en estudio se conoce de igual forma 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 viable o no declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **NEISA CARDONA VELASQUEZ** 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, bonos pensionales, rendimientos y gastos de administración debidamente indexados y se estudie el fenómeno prescriptivo.

El eje central de discusión estriba en determinar si **PORVENIR S.A.** le suministró a la señora **CARDONA VELASQUEZ** 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 ende, el deber de asesoría y buen consejo en cabeza de la mentada AFP comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del potencial afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente; esta fase supone el acompañamiento e interacción

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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**.”*



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

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

Para finalmente concluir que:

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

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

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

Respecto de los conceptos de nulidad e ineficacia, es necesario puntualizar que la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha indicado que:

*“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, **el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas** (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, **resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 impreciso analizar el presente asunto desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando solo sus consecuencias prácticas, por ende, el presente asunto gravita en determinar la procedencia de la ineficacia de un traslado de régimen pensional producto de la omisión información de manera oportuna como antesala a la afiliación de la demandante.

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.

Ahora bien, la información adquiere un estatus primordial en este tipo de actos, así se estableció en Sentencia del 3 de septiembre del año 2014, SL12136-2014, Radicación N° 46292, la Corte Suprema de Justicia:

*“Para este tipo de asuntos, se repite tales, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el **monto de la pensión que en cada uno se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación.** Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba siendo aplicable.”*

Del formulario de afiliación suscrito entre la demandante y la demandada regente del RAIS la jurisprudencia de la Corte estipula que:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*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 tal motivo, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe una comprensión integral del acto del traslado por parte de la actora; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

Ahora bien, de la carga de la prueba en este tipo de asuntos recae sobre las AFP´S como entidades financieras expertas en esta materia de alta complejidad, dar a conocer las características positivas y negativas de cada régimen, todo ello, para erigir la validez de citado acto con el consentimiento informado de la actora, tal 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)”*

Del interrogatorio de parte efectuado por **PORVENIR S.A.** a la señora **NEISA CARDONA VELASQUEZ**, se extrae puntualmente que: la manifestación reiterada que fue engañada en el sentido de que el fondo privado le ofreció una mesada pensional superior al mínimo sobre el cual cotizaba, que no ha elevado solicitud de prestación por vejez o invalidez y su inconformidad radica en el no cumplimiento de la promesa de una mesada superior; de lo anterior se colige que la actora desconoce situaciones puntuales y neurálgicas, tales como, la

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

posibilidad de retractarse de sus afiliaciones, 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 aspectos, evidenciándose una ostensible desinformación en el afiliado.

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.

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

A raíz de lo expuesto se colige que, **PORVENIR S.A.** no le brindó a la señora **NEISA CARDONA VELASQUEZ** asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen, así como también los beneficios y los perjuicios de un régimen u otro, todo ello con la finalidad de que el trabajador pueda tomar una decisión informada, libre y voluntaria que se ajuste a sus intereses, tal como lo señala el artículo 13 de la ley 100 de 1993 literal b); por ende, al no acreditarse por parte del fondo privado el cumplimiento del deber legal de información y buen consejo 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 la actora nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD.



Se anexa historial de vinculaciones de Asofondos que milita en el expediente, por medio del cual se observa la vinculación efectuada por la actora signada de ineficaz, veamos:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 6:44:13 PM
Afiliado: CC 31944565 NEISA CARDONA VELASQUEZ [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP adyacentes de concentración	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1999-04-16	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			1999-06-01	

Un item encontrado.

Vinculaciones en el periodo de vigencia de la AFP involucrada

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1999-04-16	1999-04-27	01	AFILIACION	PORVENIR	

Un item encontrado.

Devolución de Gastos de Administración y Otros

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos de la demandante (*traslado de régimen*), que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, debido 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 de la señora **NEISA CARDONA VELASQUEZ**, implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que serán impuestas a **PORVENIR S.A.** a título de sanción por la omisión del deber de información.

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



Ahora bien, de la indexación de los gastos de administración no hay lugar, toda vez que, con el traslado de los rendimientos ya ordenados por el A quo se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en el capital del afiliado, en razón de ello, se revocara esta parte del fallo.

Respecto de las sumas adicionales de la aseguradora, cabe decir que, le asiste razón en su discrepancia al apoderado de **PORVENIR S.A.**, toda vez que, en el trasegar del proceso no se discutió tema alguno de una prestación por invalidez o sobrevivencia ni se ha elevado solicitud alguna por estas, no obstante, este rubro será sustituido por las primas de seguros previsionales que se descontaron en los periodos que estuvo vinculado la actora con la citada AFP; igual suerte corre la orden de retornar los bonos pensionales, por ello se ordenara la cancelación y remisión al emisor cualquier bono pensional generado a favor del actora si lo hubiere.

En razón de lo anterior y la consulta surtida en favor del ente público, se modificará el numeral Tercero del fallo en estudio en los términos antes indicados adicionando también para ello la orden de retornar las cotizaciones voluntarias al actor y las sumas destinadas al fondo de pensión de garantía de pensión mínima; 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 de la demandante al fondo común.

Prescripción

De la citada excepción cabe destacar que, el traslado de régimen pensional está ligado al derecho irrenunciable e imprescriptible a la Seguridad Social, y más concretamente al derecho a la pensión de vejez, el cual tiene la connotación de imprescriptible; situación que se le comunica un aspecto esencial como el consentimiento informado al momento de un traslado de régimen,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

ello en consideración a que se constitucionalizó el derecho a la Seguridad Social en el artículo 48 de la Carta Política.

Respecto al tema, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, planteó sobre la prescripción de la acción de ineficacia del traslado lo siguiente:

“Sobre el particular, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.

*En efecto, de manera reiterada y pacífica, **la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles.** Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.*

*Dicho de otro modo: **no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración.** De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.*

(...)

*Conforme lo explicado, **los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.** Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión».*

En conclusión, el derecho a solicitar la Ineficacia del Traslado no tiene término de prescripción, toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite temporal a reivindicar temas relacionados con su afiliación, cotizaciones y en general todo componente de la pensión, máxime que, los hechos o estados jurídicos son imprescriptibles, así lo determinó la Corporación de cierre.

Costas

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 respecto de las demandadas.



Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, de conformidad a la preceptiva legal antes citada.

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 el numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 035 del 24 de febrero del 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho 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 PENSIONES – COLPENSIONES** todos los valores recibidos con motivo de la afiliación efectuada por la señora **NEISA CARDONA VELASQUEZ**, tales como, cotizaciones, pagos por concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; así como también cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante si lo hubiere y la devolución de las cotizaciones voluntarias a la actora, si se hicieron; todas las sumas a retornar con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.** Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 035 del 24 de febrero del 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.

**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
Sala 005 Laboral
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. NEISA CARDONA VELASQUEZ
C/ COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RAD. 018-2018-00697-01

Código de verificación:

f12d04bd6e3b15caa3b286d9d87b36578545a79f2b54ffdb9cc19ca1a0c8399d

Documento generado en 30/07/2021 09:51:17 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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