TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

AUDIENCIA NÚMERO 276

Juzgamiento

Santiago de Cali, seis (6) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 284
Acta de Decisión N° 062

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° 153 del 25 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **CARLOS JULIO DIAZ SÁNCHEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, proceso identificado con la radicación N° 76001-31-05-018-2020-00256-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por el actor en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado de régimen efectuado del RPMPD administrado hoy por **COLPENSIONES** al RAIS regentado por **COLFONDOS S.A.** el 08/08/1994 y el posterior efectuado con **PORVENIR S.A.** el 04/03/1998; que en virtud del regreso automático al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** se ordene a **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** devolver cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos , intereses, gastos de administración entre otro rubros 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 27/01/1962; que se afilió al ISS desde el 13/03/1985 y cotizó 606,57 semanas; que se trasladó a **COLFONDOS S.A.** el 08/08/1994 y posteriormente a **PORVENIR S.A.** el 04/03/1998, cotizando un total de 733 semanas; que los fondos privados no lo ilustraron e indicaron los efectos del traslado, no se le hizo proyección pensional y las condiciones en que se pensionaria.

Indica que, ha cotizado al Sistema General en Pensiones alrededor de 1.339,57 semanas en toda su vida laboral; refiere que, el 30/01/2020 elevó a través de apoderado solicitud de ineficacia de traslado de régimen pensional ante **COLPENSIONES**, **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**, 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 2° y 6°; respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y CARENCIA DEL DERECHO; COBRO DE LO NO DEBIDO; PRESCRIPCIÓN; LA INNOMINADA; BUENA FE; COMPENSACIÓN Y GENÉRICA.*

COLFONDOS S.A. señala que, son ciertos los hechos 1° y 8°; que parcialmente no es cierto el 3° y en cuanto a los demás expresa que no le constan. Se opuso parcialmente a las pretensiones y no propuso excepciones de mérito.

PORVENIR S.A. por su parte indica que, no son ciertos los hechos 3°, 4° y 7°; respecto del resto señala que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró como excepciones de mérito: *PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACIÓN Y EXCEPCIÓN GENÉRICA.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 153 del 25 de mayo del 2021, resolvió:

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

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que el señor CARLOS JULIO DIAZ SANCHEZ, 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 COLFONDOS S.A. y por consiguiente, la otra vinculación posterior efectuada a 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 del señor CARLOS JULIO DIAZ SANCHEZ, tales como, de forma enunciativa, cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán ser trasladadas a COLPENSIONES de manera indexada con cargo a su propio peculio.

CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade de manera indexada y con cargo a su propio peculio a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, los valores que hubiere recibido por concepto de cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- acepte el traslado del señor CARLOS JULIO DIAZ SANCHEZ sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Una vez realizado el traslado ordenado en el numeral TERCERO y CUARTO de la presente providencia, deberá actualizar la historia laboral del señor CARLOS JULIO DIAZ SANCHEZ dentro de los 2 meses siguientes.

SEXTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., como partes vencidas en juicio y a favor del 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.

SEPTIMO: 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 del extremo pasivo presentaron recurso de apelación esgrimiendo para ello que:

- **COLPENSIONES** manifiesta que, no participó en el acto que se declara nulo pues la conducta desplegada fue por un tercero ajeno como la AFP del

RPMPD; indica que, Colpensiones respondió de manera oportuna la negativa del traslado deprecado por el actor en su momento por estricta prohibición legal; si bien la entidad es la que debe recibir los dineros del actor resultantes de la ineficacia del traslado, esta no es la responsable de los actos generadores de la presente acción, por lo anterior solicita que no se condene en costas al fondo del RPMPD.

- **COLFONDOS S.A.** se opone a la devolución de gastos de administración, primas de seguros, toda vez que, del 3% de cada aporte se descontó para el pago de las comisiones de administración y los seguros, descuento autorizado por la ley; durante la vigencia de la afiliación Colfondos administró los recursos del afiliado diligentemente evidenciada en los rendimientos generados, entonces no es procedente la devolución de los gastos de administración por ser la contraprestación a la labor efectuada, además que ya se encuentran causados y el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS con Porvenir, por lo que la cuenta individual con Colfondos se encuentra en ceros; de las sumas adicionales de la aseguradora tampoco son procedente porque ya fueron pagadas a las correspondientes aseguradoras que cubren las contingencias IVM, por lo expuesto, solicita en caso de confirmarse el fallo se revoque lo ordenado en el numeral Cuarto.

- **PORVENIR S.A.** discrepa lo resuelto en los numerales Primero, Segundo, Tercero y Sexto, toda vez que, si bien se alegaron vicios en el consentimiento por la contraparte en el traslado de régimen, estos solo quedaron como simples afirmaciones carentes de sustento legal, por lo que debieron despacharse desfavorablemente las pretensiones de la parte actora, al no probarse error, fuerza o dolo, pues Porvenir jamás incurrió en las conductas que falazmente indica el demandante, tal como se demuestra con la documental aportada en la contestación como la solicitud de afiliación donde se evidencia que se le suministró al actor toda la información necesaria; adicionalmente el actor no hizo uso dentro de la oportunidad su derecho de retracto y tampoco manifestó su deseo de retornar al RPMPD; para la época de la afiliación no se imponía a los fondos brindar una asesoría correspondiente al monto de la pensión, situación que se vino a dar a partir del 2014 por vía normativa.

Indica que, debe darse aplicación a las excepciones propuestas, pues la acción no versa sobre la adquisición o negación de un derecho pensional sino que está encaminado a obtener la ineficacia del traslado de régimen pensional para obtener un mayor valor de su mesada, de persistir la condena solicita se revoque la devolución de gastos de administración, dado que la entidad siempre actuó de buena fe, de conformidad a los efectos de la ineficacia de retrotraer todo al estado anterior, debe compensarse los rendimientos con los gastos de administración; por lo expuesto solicita que se revoque la condena en costas.

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 de igual forma 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).

Objeto de la Apelación y Consulta

Se circunscribe el problema jurídico a resolver en determinar si es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **CARLOS JULIO DIAZ SANCHEZ** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **COLFONDOS S.A.** y el posterior traslado realizado con **PORVENIR S.A.**; 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 rubros, estudio de la prescripción y costas procesales.

Caso Concreto

El eje central de discusión estriba en determinar si **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** le suministraron al señor **DIAZ SANCHEZ** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus

traslados, que le permitiera conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones, por lo cual, el deber de asesoría y buen consejo en cabeza de las mentadas 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".*

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 en su Sala de Casación Laboral 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 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, razón por la cual lo que se busca en este tipo de asuntos no es la comprobación de error, fuerza o dolo, sino desentrañar que información y alcance de la misma proporcionó el fondo pensional acusado previo a la autorización del traslado para determinar la eficacia del acto cuestionado.

Para ello, podemos traer a colación el efecto consagrado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, el cual prescribe que, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección 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.

De los formularios de afiliación suscritos entre el demandante y las demandadas regente del RAIS, se tiene estipulado por vía jurisprudencial 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´S como entidades financieras expertas en esta materia de alta complejidad frente al afiliado lego, dar a conocer la totalidad de rasgos positivos y negativos de cada régimen para desvirtuar la acusación del afiliado:

"*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)*

Se practicó interrogatorio de parte al actor del cual se extrae puntalmente que: el actor se trasladó de régimen porque varios asesores de los fondos privados se presentaron en su lugar de trabajo ofreciéndole ventajas como mejores rendimientos cada uno, que los traslados se efectuaron sin coacción, que desea retornar a Colpensiones porque tiene más estabilidad y en vista de como está la económica los fondos privados podrían desaparecer, no ha solicitado ninguna prestación económica ante los fondos.

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

Si bien milita en el expediente documental aportada por **PORVENIR S.A.** como publicaciones en diarios de amplia circulación nacional, dicho material probatorio no tiene la aptitud de subsanar la omisión del deber de informar al afiliado previo al suscribirse el acto primigenio de traslado de régimen, toda vez que, la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad.

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 **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** al momento de surtirse los traslados, toda vez que, el deber de información le es exigible a los fondos desde la creación dual de los regímenes con la ley 100/93.

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** no le brindaron al señor **CARLOS JULIO DIAZ SANCHEZ** asesoría integral, adecuada y pertinente de las condiciones de cada traslado efectuado, 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 de los fondos privados el cumplimiento del deber legal de información y buen consejo implica que nunca lo acataron configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen primigenio y los posteriores bajo la ficción jurídica de que, el actor nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

Se anexa historial de vinculaciones de Asofondos que milita en el expediente, por medio del cual se observa los traslados efectuados por el actor signados de ineficaces, veamos:

asofondos

USUARIO: PVRJURIDICA ROBOT JURIDICA

11 de Mayo de 2021 Registrar servicio Buscar en Wiki SIAFP

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 RPM Documentación Usuarios Administrador de Tareas

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 12:44:43 PM
Afiliado: CC 16667876 CARLOS JULIO DIAZ SANCHEZ Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 16667876

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	1994-08-08	2004/04/16	COLFONDOS	COLPENSIONES		1994-09-01	1998-04-30
Traslado de AFP	1998-03-04	2004/04/16	PORVENIR	COLFONDOS		1998-05-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 16667876

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1994-08-08	1996-06-13	01	AFILIACION	COLFONDOS	
1998-03-04	1998-04-22	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	COLFONDOS

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Devolución de Gastos de Administración y Otros

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del demandante *(traslado de régimen y posteriores)*, que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, debido a la proximidad del cumplimiento del requisito de edad para

pensionarse implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público a cargo de **COLPENSIONES**, cargas que serán impuestas a **COLFONDOS S.A.** y **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 **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** en el sentido de que, no están obligados a retornar los gastos de administración y demás rubros, por cuanto, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado de régimen y subsecuentes, dado que los citados fondos tuvieron en su poder los dineros los cuales usufructuaron, por ende, debe transferirlos en toda su integridad a **COLPENSIONES** sin lugar a compensación.

En razón de lo expuesto y la consulta surtida en favor del ente público se adicionará al numeral Tercero del fallo la orden de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido a favor del actor.

Se fundamenta lo previamente resuelto en las restituciones mutuas, producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C., al no existir norma que regule la temática de ineficacia tanto en la Ley 100 de 1993 como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado artículo, posición que asume tanto la Jurisprudencia Civil como la Laboral; todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común.

Prescripción

De la citada excepción cabe destacar que, el traslado de régimen pensional está ligado al derecho irrenunciable e imprescriptible a la Seguridad Social, y más concretamente al derecho a la pensión de vejez, el cual tiene la connotación de imprescriptible; situación que se le comunica un aspecto esencial como el consentimiento informado al momento de un traslado de régimen, ello en consideración a que se constitucionalizó el derecho a la Seguridad Social en el artículo 48 de la Carta Política.

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

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

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

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

(…)

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

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

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, lo resuelto por el A quo en este aspecto se encuentra conforme a derecho respecto de cada demandada.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **COLPENSIONES**, **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**

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° 153 del 25 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar la cancelación y remitir al emisor cualquier bono pensional que se haya constituido a favor del señor **CARLOS JULIO DIAZ SÁNCHEZ**, confirmar en lo demás el citado numeral.

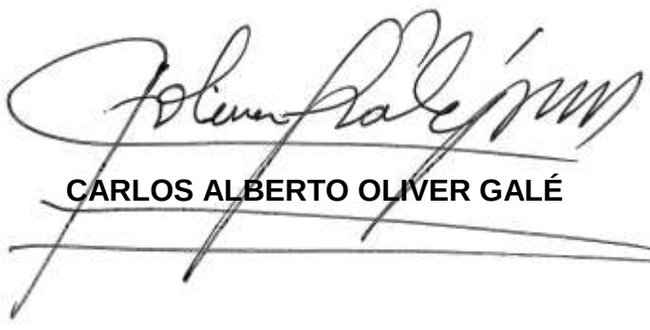
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 153 del 25 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** como agencias en derecho se estiman en la suma de $1.000.000 cada una y en favor del señor **CARLOS JULIO DIAZ SÁNCHEZ**.

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.

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

Se firma por los magistrados integrantes de sala



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

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 - Valle Del Cauca

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:
4680fe334e5122a24cf7280eda4266b554b531fec366904f2a193d6396170986
Documento generado en 06/08/2021 07:50:07 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica