



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

AUDIENCIA NÚMERO 279

Juzgamiento

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

SENTENCIA NÚMERO 287

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° 089 del 01 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MARTHA LUZ GÁMEZ CEBALLOS** 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° 76001-31-05-004-2019-00618-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por la accionante en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS con COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** y los subsecuentes dentro del RAIS; como secuela de lo anterior se ordene su retorno al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**; se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de su capital acumulado en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y se condene a las accionadas al pago de costas procesales.



Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, la actora nació el 07/02/1966; que cotizó al ISS hoy **COLPENSIONES** desde el 02/10/1989; que posteriormente suscribió formulario de traslado el 17/08/1999 con COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.**

Refiere que, COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** la persuadió para trasladarse bajo la premisa de que era mandato legal vincularse con los fondos privados, debido a que los fondos del Estado desaparecerían; relata que, COLPATRIA y HORIZONTE se fusionaron en el 2000, terminando afiliada a esta última AFP; más tarde se trasladó a **PORVENIR S.A.** el 12/05/2008.

Aduce que, COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** no le brindó información acerca de la financiación de su pensión, condiciones y requisitos para acceder a la prestación en el RAIS, así mismo no se le dio a conocer los riesgos del régimen ni comparativos en ambos regímenes ni la posibilidad que tenía de retornar al RPMPD.

Manifiesta que, solicitó información acerca de su situación pensional ante **PORVENIR S.A.** el 27/07/2018, a lo que la entidad entrega simulación pensional, historia laboral y formularios de afiliación; señala que, contrató asesoría privada para conocer el monto de su pensión en el 2019, percatándose que la decisión de trasladarse de régimen la perjudicó; finalmente elevó peticiones ante **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** requiriendo la nulidad de su afiliación, no obstante, ambas 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, no le constan los enumerados como 4°, 9°, 11° al 18° y respecto del resto afirma que son ciertos. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de mérito: LA INNOMINADA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; CARENCIA DEL DERECHO; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE Y COBRO DE LO NO DEBIDO.

PORVENIR S.A. por su parte indica que, no le constan los hechos 1°, 2°, 5°, 6°, 25° y 26°; en cuanto a los demás señala que no son ciertos.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Se opuso a las pretensiones e impetró como excepciones de fondo:
PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN;
COMPENSACIÓN Y EXCEPCIÓN GENÉRICA.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 089 del 01 de junio del 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A., por las razones esgrimidas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora MARTHA LUZ GAMEZ CEBALLOS realizada en COLPATRIA PENSIONES Y CESANTIAS hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la demandante señora MARTHA LUZ GAMEZ CEBALLOS en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que proceda a recibir por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la totalidad de lo ahorrado por la demandante señora MARTHA LUZ GAMEZ CEBALLOS en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración, afiliando nuevamente a la demandante en dicha entidad y conservando para ese efecto la actora, todos sus derechos y garantías, que tenía en el régimen de prima media con prestación definida, antes de efectuarse el traslado al Régimen de Ahorro Individual.

QUINTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social modificado por el artículo 14 de la ley 1149 del año 2.007.

SEXTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a la suma de \$1.000.000 por concepto de costas procesales y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES a la suma de \$300.000 por concepto de costas procesales.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, los apoderados judiciales de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación esgrimiendo para tal fin lo siguiente:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

- **COLPENSIONES** indica que, la entidad es ajena a los hechos acontecidos pues el traslado de régimen se dio por voluntad de la actora, además de que Colpensiones es ajena a la información o asesoría que se le pudiese brindar en aquel momento de la afiliación al RAIS, no se le coaccionó para que se retirara del RPMPD; indica que, la demandante ya cumplió requisitos para pensionarse, entonces la norma prohíbe el traslado; el traslado de régimen goza de plena validez pues el mismo se dio en potestad del afiliado en ejercicio de su libre elección de régimen y con conocimiento de causa; Colpensiones ha actuado de buena fe y en estricto cumplimiento de la norma, por lo que se solicita se revoque el fallo y se absuelva a la entidad.
- **PORVENIR S.A.** manifiesta 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 la demandante, tal como se demuestra con la documental aportada en la contestación como la solicitud de afiliación donde se evidencia que se le suministró a la actora toda la información necesaria; adicionalmente la actora 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

El presente asunto 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).

Objeto de la Apelación y Consulta

El problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **MARTHA LUZ GAMEZ CEBALLOS** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS regentado por COLPATRIA-HORIZONTE hoy ambas **PORVENIR S.A.** y como secuela de lo anterior en caso afirmativo retorne al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros rubros, prescripción y costas procesales.

Caso Concreto

El eje central de discusión estriba en determinar si COLPATRIA-HORIZONTE hoy ambas **PORVENIR S.A.** le suministró a la señora **GAMEZ CEBALLOS** 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 con personas expertas en la materia que le permitan



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 desfavor 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:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*“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 de la 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 de régimen para determinar la eficacia del acto cuestionado.

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:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*“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.”*

De los formularios de afiliación suscritos entre la demandante y la demandada regente del RAIS, se ha estipulado por vía jurisprudencial frente al citado documento 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 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 frente al afiliado lego dar a conocer los 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.***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*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 a la actora del cual se extrae puntalmente que: el traslado de régimen se dio por orden de su empleador, el cual mando los asesores de Colpatria para ejecutar el traslado y bajo la premisa de que el ISS se acabaría, aduce que si bien no fue coaccionada obro en mandato de su empleador Banco Colpatria mismo dueño del Fondo de Pensiones Colpatria en aquel entonces, que solo le dieron información básica respecto de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y aportes heredables a sus beneficiarios, Colpatria no le indicó las ventajas y desventajas de cada régimen, no le indicaron los requisitos para acceder a su pensión en el RAIS ni que el monto de su pensión podría alterarse por varios factores y que no se trasladó antes al RPMPD porque le dio credibilidad a lo manifestado por los promotores creyendo que su mejor opción era cambiarse de régimen.

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); advirtiendo este colegiado la ausencia total del cumplimiento de dichas disposiciones por parte de COLPATRIA-HORIZONTE hoy ambas **PORVENIR S.A.** al momento de surtirse el traslado de régimen y posterior, obligaciones que surgieron desde su creación con la Ley 100 de 1993.



A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, COLPATRIA-HORIZONTE hoy ambas **PORVENIR S.A.** no le brindó a la señora **MARTHA LUZ GAMEZ CEBALLOS** asesoría integral, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen efectuado el 01/10/1999 y el posterior traslado entre AFP'S del RAIS realizado el 01/07/2008, 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 y posterior bajo la ficción jurídica de que la actora nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD.

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 **MARTHA LUZ GAMEZ CEBALLOS**, 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, no están obligados a retornar los gastos de administración y rendimientos, 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 anterior y la consulta surtida en favor del ente público, se adicionará al numeral Tercero del fallo en estudio como rubros a trasladar los conceptos por cotizaciones, primas de seguros previsionales, lo

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

depositado en el fondo de pensión de garantía de pensión mínima y toda comisión cobrada a la afiliada; así como la obligación de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido en favor de la actora, así como la obligación de restituir a la demandante las cotizaciones voluntarias, 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 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, 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*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 y PORVENIR 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° 089 del 01 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, los rubros a trasladar por concepto de

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

cotizaciones, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y toda comisión cobrada a la afiliada; **SE ORDENA A PORVENIR S.A.** cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido en favor de la señora **MARTHA LUZ GÁMEZ CEBALLOS**, así como la obligación de restituir a la demandante las cotizaciones voluntarias, 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** en lo demás el mentado numeral.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 089 del 01 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Cuarto 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 **MARTHA LUZ GÁMEZ CEBALLOS**.

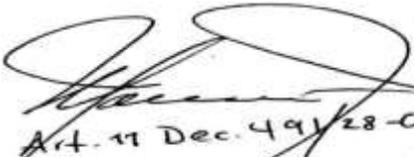
CUARTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de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

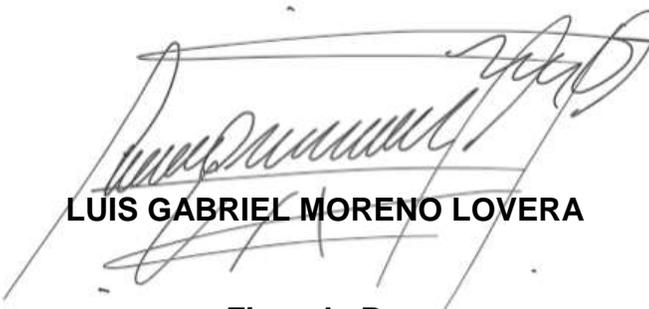
NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO VIRTUAL EFICAZ

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ




Art. 11 Dec. 491/28-03-2020
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 - 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:

**c1e1eba24b332b4aa221f66a30b6eb5793db03d258bd4553749721fc
de2adb1c**

Documento generado en 06/08/2021 07:50:20 AM

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