TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

Acta número: 011
Audiencia número: 115

En Santiago de Cali, a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintidós (2022), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y conforme los lineamientos definidos en el artículo 15 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 287 del 15 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por la señora BLANCA MONICA RODRGIGUEZ RODRIGUEZ contra COLPENSIONES, PROTECCION S.A, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de PORVENIR S.A. al formular alegatos de conclusión solicita la revocatoria de la providencia de primera instancia, dado que la entidad demandada cumplió con la obligación de dar información a la demandante en los términos y condiciones en que esa obligación estaba establecida para la fecha del traslado de régimen pensional que hizo la promotora de esta acción, suministrando información verbal a través de asesores altamente capacitados, cumpliendo con los requisitos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, además, la demandante es una persona plenamente capaz en los términos de los artículo 1502 y 1503 del CC.

De otro lado, la mandataria judicial de SKANDIA S.A. considera que esa entidad no vulneró ningún derecho, porque al momento en que la actora se afilia al RAIS no existía disposición laguna respecto de la información que debía otorgar las administradoras del fondo de pensiones a sus futuros afiliados, razón por la cual, brindo a la actora una información clara, veraz, oportuna sobre las características del régimen pensional y la actora decidió firmar el formulario de afiliación, acto que no estuvo precedido de ningún vicio del consentimiento. Además, que las consecuencias de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado inicial, como si nunca se le hubiese administrado a la actora los dineros de la cuenta de ahorro individual y por ello nunca se generó rendimientos, razón por la cual, no es procedente ordenar la devolución de éstos.

Quien representa judicialmente a la actora, afirma que, de acuerdo con la línea jurisprudencial, en los casos en que se persigue la ineficacia del traslado inicial del régimen pensional al RAIS, se debe aplicar una carga invertida de la prueba a favor del afiliado, al ser el fondo de pensiones privado la parte con mejor posición para probar los hechos por los cuales pretende validar la correcta ejecución del acto jurídico del traslado de régimen pensional. Deber que se omitió en el asunto en autos, razón por la cual solicita sea confirmada la providencia de primera instancia.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 0109

Pretende la demandante que se declaré que COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. al trasladar del ISS, el 19 de agosto de 1994, no cumplió con su deber de ofrecer a su afiliada una información pertinente, veraz y oportuna sobre las reales circunstancias y desventajas que implicaba el traslado de régimen pensional, en consecuencia de lo anterior, solicita se decrete la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, se ordene a SKANDIA S.A. a trasladar al régimen de prima media con prestación definida, todos los aportes, rendimientos, como si nunca se hubiera surtido el cambio de régimen pensional y que COLPENSIONES acepte el traslado.

En sustento de esas pretensiones, anuncia la demandante que nació el 16 de enero de 1970. Se vinculó al ISS en el año 1990, el 14 de agosto de 1994, se traslado al régimen de ahorro individual, administrado por COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., atendiendo las recomendaciones del Ejecutivo de Cuentas, sin que mediara una asesoría, convencida de que esa decisión no tendría incidencia en su futuro pensional. Que, en enero de 2000, se traslada a PROTECCION S.A., en septiembre de 2008 cambia de administradora, vinculándose con la sociedad SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., en septiembre de 2009, se trasladó nuevamente a PROTECCION S.A., en junio de 2011, regresa a SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., en enero de 2013, se traslada a COLFONDOS y en octubre de 2014 se vincula a OLD MUTUAL hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Afirmando que ninguna de esas entidades le suministró una asesoría profesional porque no se le indicó que podía regresar al régimen de prima media.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES a través de mandatario judicial da respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones, argumentando que no le corresponde a esa entidad pronunciarse sobre la solicitud de ineficacia del traslado de régimen pensional, indicando que no se evidencia vicios del consentimiento y que se debe atender la limitante para los traslados entre regímenes pensionales establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Plantea las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, prescripción, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y la innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. igualmente, mediante apoderada da respuesta, oponiéndose a las peticiones, porque no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente las pretensiones, Formula como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada

o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

Por su parte PROTECCION S.A. se opone a las pretensiones al dar respuesta a la demanda a través de mandataria judicial, anunciando que esa administradora del fondo de pensiones, cumplió con todos los requisitos legales y la selección que hizo la demandante fue de manera libre, espontanea y sin presiones. Plantea las excepciones perentorias que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, validez del traslado, ratificación de la afiliación de la actora, prescripción, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, compensación, buena fe y la innominada o genérica.

La sociedad SKANDIA S.A. al dar respuesta a la demanda, a través de mandataria judicial expresa su oposición a las pretensiones porque no se prueba las razones que sustentan la supuesta indebida información al momento de la afiliación al RAIS, por el contrario, se evidencia la voluntad de la actora de pertenecer a ese régimen con la cantidad de cambios de administradora que hizo. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

En similares términos a los expuestos por las otras entidades demandadas, da respuesta a la acción PORVENIR S.A. anunciando que la demandante no ha demostrado causal de ineficacia que invalide la afiliación voluntaria al RAIS. Plantea las excepciones de mérito que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El proceso se dirime con sentencia, mediante la cual la operadora judicial declara no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva. Declara la ineficacia del traslado que la demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES a la administradora de fondo de pensiones COLPATRIA hoy sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. y, en consecuencia SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS deberá devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos y sumas recibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexados, éstos últimos con cargo a su propio patrimonio. PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y COLFONDOS S.A. deberán devolver debidamente indexados los gastos de administración durante el tiempo que la accionante estuvo afiliadas a esas administradoras, con cargo a su propio patrimonio. Declara que la actora se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES.

Para arribar a las anteriores conclusiones, la A quo, se apoya en varios precedentes jurisprudenciales sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, encontrando que las administradoras del régimen de ahorro individual convocadas al proceso no cumplieron con su deber de haber asesorado de manera integral a la actora sobre las características e implicaciones que conllevaban el traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, los apoderados de la parte pasiva, salvo quien representa a COLFONDOS S.A., formularon el recurso de alzada, argumentando en similares términos, que la selección del régimen pensional que hizo la actora fue de manera libre e informada de acuerdo con la normatividad vigente, que sólo se exigía el diligenciamiento del formulario, sin evidenciase dentro del plenario causal de nulidad y estuvo afiliada en prácticamente todas las administradoras del régimen de ahorro individual que permiten presumir su voluntad de querer pertenecer a ese régimen. Censuran la orden judicial de

transferir los gastos de administración, que son sumas legales, que no pertenecen al patrimonio de la actora y en ambos regímenes pensionales operan éstos. Además, que con los traslados que hizo la actora a varias administradoras del régimen de ahorro individual, se transfirieron los dineros de la cuenta de la demandante, por lo tanto, en las anteriores administradoras no hay ya capital de la actora. Solicitando se declaren probadas las excepciones propuestas. Además, refiere que apoderada de SKANDIA S.A. que esa entidad no tiene injerencia en el traslado del régimen pensional, porque la actora llega a esa administradora proveniente de otra administradora del régimen de ahorro individual y resulta extraño que después de 20 años la demandante aduzca un posible engaño.

Igualmente, el apoderado de COLPENSIONES, considera que no es procedente la ineficacia del traslado, porque la demandante se encuentra a menos de 10 años de edad para adquirir el derecho pensional, prohibición establecida en la Ley 797 de 2003. Razón por la cual solicita la revocatoria de la providencia de primera instancia.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primera instancia, es adversa a COLPENSIONES, se surte el grado jurisdiccional de consulta por ser la Nación garante de ésta, tal como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 8131 radicación 47158 de 2017.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar si hay lugar a la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la actora y de acuerdo con la respuesta se determinar si es procedente ordenar que se trasfiera a la administradora del régimen de prima media con prestación definida los valores correspondientes a gastos de administración y si prosperan las excepciones propuestas por las demandadas.

Para darle solución a esa controversia, encuentra la Sala que en el presente asunto no es materia de debate probatorio que la promotora de esta acción estuvo afiliada al ISS, desde el 25 de mayo de 1990 al 31 de marzo de 1996, como se evidencia con la copia de la historia laboral que lleva COLPENSIONES allegada con la contestación de la demanda que hizo esa entidad y que milita en el expediente digital. Se aportó copia del formulario que suscribió la actora con COLMENA el 30 de noviembre de 1999, además, se anexó el formulario diligenciado ante SKANDIA el 21 de julio de 2007, luego se vincula con PROTECCION S.A el 03 de julio de 2009, igualmente esa demandada allegó copia del formulario de afiliación que suscribió la demandante con COLPATRIA el 19 de agosto de 1994 con OLD MUTUAL en octubre de 2014.

Entra la Sala a resolver el problema jurídico planteado, tendiente a determinar si la afiliación que hizo la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad; es nula o ineficaz.

Es de recordar que nuestro Sistema de Seguridad Social en Pensiones está compuesto por dos regímenes excluyentes pero que coexisten: Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (art. 12 Ley 100/93). Además, el literal b) del artículo 13 de esa misma ley, prescribe que la selección de los dos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, y para tal efecto debe manifestar su elección al momento de la vinculación o traslado; éstos se pueden dar cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, con la prohibición de no poderse trasladar cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el Decreto 663 de 1993 y la Ley 795 de 2003.

El *deber de información* es un elemento de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil; por lo cual las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que conlleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

Tal deber deviene del postulado señalado en el Decreto 663 de 1993 - *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*- artículo 72 literal f) y artículo 97, normas modificadas por la Ley 795 de 2003, que en su artículo 12 señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar *"debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas"*.

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los Decretos 2241 de 2010 y 2555 del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el sistema general de pensiones, como: i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.

Como ha quedado visto, el deber de información es una obligación que por ley tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones, y un derecho para los afiliados a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar al interesado de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Dicha razón justifica el contenido del artículo 3º del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a sus afiliados sobre la posibilidad de retractarse; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que "*las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse"* que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

Respecto a la nulidad del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de Rad. No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, rememora las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, las cuales manifestaron como principal razón en que se fundamentó la declaratoria de nulidad de la afiliación, es el deber de las administradoras de pensiones de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Así lo recordó nuestro órgano de cierre en la sentencia SL 373, radicación 84475 del 20 de febrero del 2021. Magistrada Ponente: Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, retomando los pronunciamientos realizados por esa corporación en sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, puntualizando:

> *"La obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.*
>
> *En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro"*

De lo anterior se desprende que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad siempre ha tenido la obligación de brindar información clara, completa y comprensible al momento en que se va a realizar un traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, indicando los beneficios, pero también las consecuencias adversas de su traslado, incluyendo consecuencias tales como la pérdida del régimen de transición, ya que se trata de una decisión trascendental, pues en algunos casos puede incidir en la posibilidad de acceder a una pensión. Carga de la prueba que estaba en cabeza de las administradoras de pensiones, de conformidad con los anteriores precedentes jurisprudenciales y además, expuesto en las sentencias SL 1421 y SL 1452 de 2019.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de justicia, en sentencia SL 1688 de 2018, sobre la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales es "la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado". Señalando el máximo órgano de la jurisdiccional laboral lo siguiente:

> *"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, resultaba 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.*
>
> *Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el*

derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor[1] o del consumidor financiero". (Subrayas fuera de texto original).

Descendiendo al caso que nos ocupa, si bien, aparece copia de los formulario, diligenciados por el demandante, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntaria, por parte del promotor de esta acción que impidan la ineficacia solicitada, porque en palabras de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de instancia SL 1421 de 2019, radicación 56174, preciso sobre esa temática, lo siguiente:

"Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil. Acreditar dichos presupuestos incumben a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para el afiliado, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión libre…"

En el proceso en curso, omitieron las administradoras de pensiones del régimen de ahorro individual acreditar que cumplieron con el deber de haberle brindó al demandante una información suficiente sobre los beneficios, bondades de cada régimen a fin de que tomará la mejor decisión en relación con su régimen pensional.

Igualmente, resalta la Sala que si bien, la demandante tuvo varias afiliaciones en el RAIS, la nulidad ocasionada al momento del traslado de régimen no convalida con los sucesivos traslados de fondos, estando en el interior del mismo régimen o su permanencia en éste por un periodo considerable.

Con respecto a la censura formulada por la parte pasiva, en cuanto la A quo ordena a las administradoras de pensiones demandadas, a devolver, además, las sumas que corresponde a gastos de administración. La Sala cambia el criterio expuesto en providencias anteriores, por

cuanto consideró que éstos eran ordenados por la Ley y nos apoyamos en precedentes jurisprudenciales, tales como la C-789 y C 1024 de 2004, además, SU- 062 de 2010, que refieren al requisito de equivalencia del ahorro, atendiendo que no se destina el mismo porcentaje para los gastos de administración como lo prevé el artículo 7 de la Ley 797 de 2003. Pero esta Sala acogiendo las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, expuestas en la SL 1421 y 4360 de 2019, ésta última que corresponde al fallo de instancia, emitido por esa corporación, donde preciso:

> *"Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones…."*
>
> *"Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargos a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 4964 de 2018,4989 de 2018, 1421 de 2019,1688 de 2019)*

Por consiguiente, atendiendo las enseñanzas de nuestro órgano de cierre, esta Sala cambia el criterio expuesto anteriormente, por cuanto la no devolución de los gastos de administración sólo opera para la acción en que se persigue el traslado y no la nulidad o ineficacia de éste. Lo que conllevará a mantenerse la decisión de primera instancia

Frente a la devolución de aportes, resulta imperioso remitirnos igualmente a la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL2601 de 2021 en la que se reitera el pronunciamiento expuesto en providencia SL2877-2020, en la que preciso que la devolución de aportes, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores cobrados por los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima también regulada el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, al considerar, que desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, razón por la cual se modificará la sentencia de primera instancia, ante el grado jurisdiccional de consulta

que se surte a favor de COLPENSIONES, para incluirse dentro del capital a trasferir por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual convocadas al proceso, al régimen de prima media, lo que corresponde a las sumas adicionales y fondo de garantía de pensión mínima, valores todos que deberá reintegrar de manera indexada.

Igualmente, se censura la sentencia con fundamentos que no son atendibles, porque si bien el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 dispone como se anunció en esta providencia, que no se puede hacer traslado entre regímenes pensionales cuando al afiliado le falten 10 años o menos para cumplir los requisitos para la pensión, en este caso, la acción incoada no era el traslado en sí, porque la acción que no ocupa es la de nulidad o ineficacia de ese acto de traslado y al declarase así, conlleva a que el estado de cosas retorne al estado en que se encontraban antes de que se produjera el vicio que generó la invalidez declarada y, en tales asuntos, como recae sobre el traslado, al afectado con la nulidad se le restablece la situación jurídica que tenía al momento de trasladarse al régimen de ahorro individual. Como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL 16190, radicación 48124 del 27 de septiembre de 2017.

En cuanto al reproche de no haberse declarado probadas las excepciones propuestas, la sala se pronuncia respecto a la de prescripción, porque de conformidad con las anteriores consideraciones están llamadas a no prosperar los demás medios exceptivos.

Si bien, se ha argumentado, al formularse la excepción de prescripción, que no está en riesgo el derecho pensional, sino la diferencia de la mesada. Debe la Sala aclarar que en el presente caso no se está reclamando la pensión, solo la nulidad y la Sala hace acopio de las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, expuesta en la sentencia SL 1421 de abril de 2019, antes citada y que se pronuncia en torno al medio exceptivo de la prescripción, concluyendo:

> *"De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad de traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución*

Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los supuestos fácticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia a propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo:"

Atendiendo el precedente jurisprudencial, donde la imprescriptibilidad del derecho a la pensión en sí mismo obedece a su naturaleza de prestación social de tracto sucesivo que se disfruta en forma vitalicia ligado a que como derecho conexo al mínimo vital y al derecho al trabajo, amén que ese derecho a la pensión está sometido a la condición suspensiva de que confluyan los requisitos mínimos exigidos por la ley, lo que implica necesariamente que durante ese lapso no es exigible y por lo tanto, no opera plazo extintivo alguno. Lo que conlleva a no atenderse los argumentos del recurrente y en su lugar, se confirmará la decisión de primera instancia frente a la declaratoria de no probada esta excepción.

Dentro del contexto de esta providencia se ha realizado el análisis de los argumentos expuestos por los apoderados de las partes en los alegatos de conclusión.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PROTECCION S.A. PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A. y a favor de la promotora de esta acción. Fijándose como agencias en derecho que corresponden a esta instancia, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, que cancelará cada entidad demandada.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia número 287 del 15 de octubre de 2021 Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, en el sentido de ordenar a las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. que trasladen a COLPENSIONES tanto los aportes y los rendimientos, como los gastos de administración, los intereses y frutos, el bono pensional –si lo hubo durante el tiempo en que estuvo afiliada la actora al régimen de ahorro individual, además, la devolución del porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y a las sumas adicionales de la aseguradora, debidamente indexados, por el período en que la demandante estuvo vinculada con cada una de las entidades citadas.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 287 del 15 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia cargo de COLPENSIONES, PROTECCION S.A. PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A. y a favor de la promotora de esta acción. Fijándose como agencias en derecho que corresponden a esta instancia, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, que cancelará cada entidad demandada.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004**-de-lasala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias)** y a los correos de las partes.

DEMANDANTE: BLANCA MONICA RODRIGUEZ RODRIGUEZ
APODERADO: JAIME ALBERTO GUTIERREZ MUÑOZ
Correo: jagutierrez@porvenir.com.co

DEMANDADAS

COLPENSIONES:
APODERADO: EDWIN JHOVANY FLOREZ DE LA CRUZ
Correo:
EJ.JURIDICO@HOTMAIL.COM

PORVENIR:
APODERADA: DIANA MARCELA BEJARANO RENGIFO
Correo: www.godoycordoba.com

PROTECCION S.A Y COLFONDOS S.A.
APODERADA: DILMA LINETH PATIÑO IPUS
Correo:
LINETHPATINO@HOTMAIL.COM

SKANDIA S.A.
APODERADA: ANA MARIA RODRIGUEZ MARMOLEJO.
Correo:
ANA.MARIARM@HOTMAIL.COM

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado
En uso de permiso

CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ
Magistrada
Rad. 008-2020-00444-01