



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

AUDIENCIA NÚMERO 028

Juzgamiento

Santiago de Cali, diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 031

Acta de Decisión N° 011

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° 349 del 04 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **IDALY VALERO GALINDO** 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° 76001-31-05-008-2020-00291-01.

ANTECEDENTES

La señora **VALERO GALINDO**, pretende que se declare la ineficacia de su traslado efectuado del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** hacia **PORVENIR S.A.**; se ordene el traslado de sus aportes, bono pensional, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y gastos de administración; finalmente solicitó que se condenen en costas procesales a las demandadas.

Informan los hechos relevantes de la demanda que, la actora nació el 17/02/1963; afirma que estuvo afiliada por varios años al ISS hoy **COLPENSIONES** y posteriormente se trasladó a **PORVENIR S.A.**; indica que al momento de surtirse la afiliación con el fondo privado no recibió información



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

necesaria, clara y por escrito de los siguientes elementos: proyección pensional, consecuencias negativas del traslado, plan de pensiones, reglamento de funcionamiento del fondo y derecho de retracto.

Manifiesta que, ha solicitado infructuosamente de forma verbal su traslado a **COLPENSIONES** ante **PORVENIR S.A.** durante los últimos cinco años; que el 05/08/2020, presentó derecho de petición solicitando a **PORVENIR S.A.**, la autorización de su traslado a **COLPENSIONES**, empero, la entidad se negó el 29/08/2020; finalmente aduce que el 29/07/2020, radicó solicitud de afiliación ante **COLPENSIONES**, no obstante, el fondo se negó.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES manifestó que son ciertos los hechos 1°, 2°, 11°, 12° y 13°; respecto del resto indicó que no lo constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *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.*

PORVENIR S.A. por su parte afirmó que no le constan los hechos 1°, 2°, 11°, 12° y 13°; en cuanto a los demás expresó que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito denominadas: *Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, Compensación y Excepción Genérica.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia N° 349 del 04 de diciembre del 2020, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la demandante IDALY VALERO GALINDO, identificada con Cédula de Ciudadanía 34.315.035, hizo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES E.I.C.E., a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y, en

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

consecuencia esta entidad deberá devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES E.I.C.E., 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, estos últimos con cargo a su propio patrimonio. La demandante se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES E.I.C.E.

TERCERO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., por haber sido vencida en el juicio. Como agencias en derecho se fija la suma de \$3.500.000 a favor de la parte demandante.

CUARTO: CONSULTAR la presente providencia conforme el artículo 69 del C.P.T. Y S.S.; oficiar al Ministerio de Salud y Protección Social y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al Superior.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con lo resuelto en primera instancia, los apoderados judiciales de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación contra el proveído bajo las siguientes premisas:

1. La apoderada de **PORVENIR S.A.** esgrime como argumentos que, el consentimiento de la demandante al momento de suscribir la afiliación y/o traslado fue libre y con su plena capacidad, que el formulario de afiliación es un documento publico que se presume autentico y no fue tachado ni desconocido, que al momento de la vinculación el fondo no tenía la obligación de guardar constancias escritas de la asesoría por lo cual Porvenir no cuenta con estos documentos.

Que la entidad cumplió con la carga de la prueba pese a la inversión de la misma contrario a lo dispuesto legalmente; que no se evaluó correctamente el material probatorio el cual aduce que demostraba la intención de la actora de permanecer en el RAIS; que del interrogatorio se establece que a pesar de que las afirmación de que el ISS acabaría y con el paso del tiempo y al ser un hecho notorio que este no acabaría y terminaría convirtiéndose en Colpensiones, la actora no solicitó su traslado al mismo.

Que no se acreditaron situaciones dolosas que atentaran contra el derecho de afiliación de la demandante conforme al art 271 de la ley 100 de 1993; que no se demostraron vicios del consentimientos tales como error, fuerza y



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

dolo; que la nulidad relativa es susceptible de prescripción; solicitó la revocatoria de la devolución de gastos de administración y demás emolumentos, expresando un enriquecimiento sin causa, un pago de lo no debido, buena fe y confianza legítima, que dichos gastos no forman del capital para el reconocimiento pensional sino como contraprestación a la gestión, así mismo señala que estos están afectados de prescripción; finalmente pretende la revocatoria de la condena en costas impuesta a la entidad.

2. El apoderado de **COLPENSIONES** indica que a la fecha cuenta con más de 47 años de edad, que para la época del traslado al RAIS registrada en Colpensiones esta estaba en pleno derecho de hacer dicha afiliación conforme a la ley; que la afiliación al RAIS cuenta con plena validez; que la ineficacia no procede conforme al literal E del art. 13 de la ley 100 de 1993, que a la fecha de solicitud del traslado, Colpensiones estaba en la obligación de aceptar el mismo, pues de haberse negado hubiera incurrido en la violación al derecho a la libre elección del demandante; que la demandante esta próxima adquirir la edad para pensionarse y legalmente no está permitido el traslado, solicitando la revocatoria del fallo.

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

Esta sentencia se conoce de igual forma en el Grado Jurisdiccional de Consulta por ser adversa a Colpensiones, respecto de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

Caso Concreto

Encuentra la Sala que se circunscribe el problema jurídico en establecer si es procedente o no declarar de ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por la señora **IDALY VALERO GALINDO** del RPMPD del **ISS** hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y como

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

secuela de la anterior declaración el traslado de sus recursos causados en el RAIS, estudio de la prescripción y Costas procesales.

Descendiendo al caso objeto de estudio en Consulta y Apelación; la Sala debe determinar si **PORVENIR S.A.** le suministró a la señora **VALERO GALINDO**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado; información que le permitiera conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo en cabeza **PORVENIR S.A.** hacia la demandante, 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 el 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.”



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

“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.”

Es menester resaltar que, recientemente 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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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).”

Sobre la ineficacia, es menester traer a colación la consecuencia legal contenida 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.**

La información adquiere especial relevancia en este tipo de actos, para lo cual las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado tanto ventajas como desventajas, así se estableció en Sentencia del 3 de septiembre del año 2014, SL12136-2014, Radicación N° 46292, la Corte Suprema de Justicia:

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

Ahora bien, respecto a las figuras de nulidad e ineficacia, es necesario puntualizar que la Alta Corporación 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*



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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)

Sobre las anteriores premisas esbozadas se tiene que, resulta desacertado analizar desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando sus consecuencias prácticas; entonces el presente proceso lo que busca es determinar si la AFP cumplió con su deber legal de información al momento del traslado de régimen y de no haberse dado la consecuencia es la ineficacia de dicho acto, así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral.

Respecto del formulario de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP **PORVENIR S.A.** es menester destacar que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado 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)

De lo anterior se extrae que, la simple firma en este tipo de documentos no exhibiría 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, puesto que, la aquí demandante debe conocer la totalidad de las aristas de su traslado o por lo menos los más relevantes que tienen incidencia tanto positiva como negativamente en su derecho prestacional a futuro, situación



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

que no se presentó. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

En cuanto a la carga de la prueba, la Corte ha sido enfática y ha establecido que les corresponde a los fondos de pensiones demostrar y acreditar las actuaciones encaminadas a que la actora conociera las implicaciones de sus traslados, veamos:

*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)*

Ahora bien, la regulación normativa entornó al derecho a la información está tipificada en las siguientes normas aplicables al caso a manera informativa:

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; en conclusión como se expuso material probatorio que no aportaron los fondos demandados en este asunto. 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).

Del interrogatorio practicado por la apoderada de Porvenir a la demandante, se tiene que la misma afirmó que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, que hubo una reunión con su jefe y representantes de Porvenir, los cuales manifestaron que el ISS se acabaría y debían trasladarse al fondo que decidió el empleador, que no entiende muy bien la información de sus



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

extractos y que no le llegan de un tiempo a la actualidad, que no ha presentado que o inconformidad alguna ante Porvenir y finalmente señala que la inconformidad con el fondo es relacionado con el monto de su pensión pues aduce que no correspondería a lo que ha trabajado, afirmando reiterativamente que no se le informó de las ventajas y desventajas; de lo anterior se observa que la actora no recibió la debida información de manera oportuna, completa y veraz del traslado de régimen y las consecuencias adversas de permanecer en el RAIS frente a su pensión de vejez a futuro.

No es de recibo por esta Sala de Decisión lo replicado por el apoderado de **COLPENSIONES** en cuanto a la prohibición legal de ejecutar un traslado de régimen a portas del cumplimiento de la edad, ya que, el objeto de la pretensión de este proceso no es la procedencia del traslado sino la ineficacia por falta de información en el acto de trasladarse, deviniendo en la no prosperidad del recurso en este aspecto.

A raíz de lo ampliamente expuesto, se tiene que las **PORVENIR S.A.**, no le brindó a la señora **IDALY VALERO GALINDO**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen que a continuación se relacionan conforme a reporte de Asofondos que obra al plenario:

<i>TIPO DE TRASLADO</i>	<i>ENTIDAD ORIGEN</i>	<i>ENTIDAD RECEPTORA</i>	<i>FECHA EFECTIVA DEL TRASLADO</i>
<i>Traslado de régimen</i>	<i>(ISS) COLPENSIONES</i>	<i>PORVENIR</i>	<i>01/07/1996</i>

Y ante la imposibilidad de **PORVENIR S.A.** de acreditar con material probatorio idóneo, el cumplimiento en su debido momento con su deber legal de información y buen consejo para con la demandante, implica que nunca lo acató, configurándose la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen efectuado por la actora, bajo la ficción jurídica de que la misma nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD.

Respecto al argumento acerca de que el artículo 271 comprende una conducta positiva, no la omisiva, tenemos que dicho precepto utiliza los verbos atentar o impedir.



Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el primero significa emprender o ejecutar algo ilegal o ilícito, y el segundo estorbar o imposibilitar la ejecución de algo.

Siguiendo el significado antes visto, en verdad la acción de no asesorar, ni brindar información en la forma prevista en la normatividad antes citada conlleva a la ejecución de algo contrario a la ley, es por lo que, en estricto gramatical la conducta descrita en esta sentencia si encuadra en la descripción verbal del artículo 271.

Aún más, los anteriores verbos son cualificados por la expresión en “cualquier forma”, lo que conlleva a que no solo es el dolo la forma de infringir el precepto, sino la negligencia, la impericia, la imprudencia, y en general la omisión, componente este último que se muestra con preponderancia en el expediente al no acreditar la asesoría e información que tenía el deber de suministrar.

Por otro lado, la protección de los derechos fundamentales que describe el artículo 272 en armonía con el citado 271 de la Ley 100 de 1993, no debe analizarse desde un ámbito meramente lingüístico, sino desde una perspectiva constitucional en aras de proteger un valor, un principio y un derecho como es la dignidad humana ligada a la seguridad social subyacente en la ineficacia del traslado y respecto a la cual se busca evitar que el hombre sea tratado con un medio, y no como un fin en sí mismo.

Devolución de Gastos de Administración y Rendimientos

La ineficacia determina que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos de la demandante, que hoy, le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, dado el cumplimiento del requisito de edad para pensionarse de la actora; y en consecuencia para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P de la señora **IDALY VALERO GALINDO**, implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que debe subsanar **PORVENIR S.A.**, con la devolución integral de los dineros recibidos con objeto del traslado.



Aunado a lo anterior se procederá adicionar al numeral Segundo del proveído en estudio, en el sentido de establecer que **PORVENIR S.A.** deberá retornar a **COLPENSIONES**, los pagos ejecutados por comisión de todo orden, sumas pagadas por primas a la aseguradora y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas con sus respectivos rendimientos causados de no haberse dado el traslado de régimen, así como la obligación de devolver a la actora las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.** Se ordenará cancelar el bono pensio0nalñ si se hubiere emitido y devolverlo al emisor.

Se fundamenta esta decisión 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.

Prescripción

En lo que respecta a la excepción de prescripción, cabe resaltar 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.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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

(...)

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

En conclusión, el derecho a solicitar la Ineficacia del Traslado no tiene término de prescripción por la misma naturaleza intrínseca de los hechos o estados jurídicos que tienen incidencia directa o indirectamente en el derecho a la pensión; así lo determinó la Alta Corporación.

Respecto de la prescripción de los gastos de administración se tiene que, conforme a la línea jurisprudencial citada en acápites anteriores, dichos gastos deben ser retornados a Colpensiones quien debió administrar los recursos de la demandante, teniendo en cuenta que a través de la ineficacia, se retrotraen las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o en este caso el traslado objeto de discusión, además no podemos perder de vista que, de no hacerlo como se expresó previamente, afectaría en grado superlativo la sostenibilidad del fondo común, resultando infructuosa la apelación de la apoderada de Porvenir en este sentido.

Costas

Finalmente, de la condena en costas procesales de primera instancia se tiene que, esta es una condena preceptiva que se impone a la parte que pierde el proceso y/o le resulta desfavorable el recurso de apelación conforme al artículo 365 numeral 1 del C.G.P., entonces **PORVENIR S.A.** al ostentar la calidad de vencida le es aplicable dicha condena, razón por la cual se dejara confirmara esta parte de la decisión.



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

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR al numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 349 del 04 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, los pagos ejecutados por comisión de todo orden, sumas cobradas por primas de la aseguradora y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas con sus respectivos rendimientos causados de no haberse dado el traslado de régimen, así como la obligación de devolver a la actora las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.**, confirmar dicho numeral en lo demás. Se ordena cancelar el bono pensional si se hubiere emitido y devolverlo al emisor.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 349 del 04 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Octavo 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 de segunda instancia se estipula la suma de \$1.000.000 cada una y en favor de la demandante.

CUARTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del



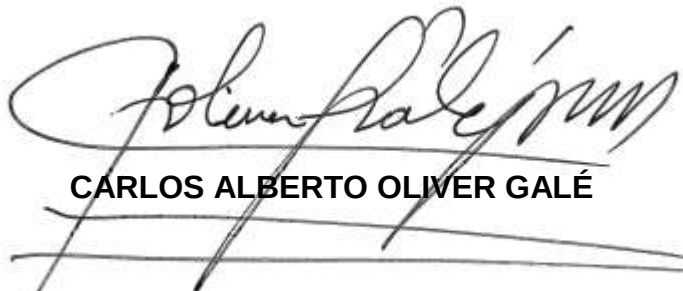
TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

QUINTO: Por secretaría remítase copia de esta sentencia a los correos registrados por las partes y apoderados. Déjese constancia en el expediente digital de esta remisión.

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

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ



Art. 11 Dec. 49128-03-2020
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

Despacho 005 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

9137df16043c8e0d6724bb46d0cb3737d004d70c58bbc104874fdee02c3660bb

Documento generado en 19/02/2021 08:19:25 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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