



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

AUDIENCIA NÚMERO 072

Juzgamiento

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

SENTENCIA NÚMERO 073

Acta de Decisión N° 024

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° 009 del 22 de enero del 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MARIA EDITH ORTIZ CUELLAR** 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° 76001-31-05-003-2020-00398-01.

ANTECEDENTES

La señora **ORTIZ CUELLAR** pretende vía judicial que, se declare la ineficacia de su afiliación efectuada al RAIS con **PORVENIR S.A.**; se declare ineficaces todas sus afiliaciones efectuadas ante el RAIS; se declare que esta válidamente afiliada al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**; se condene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de su capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración; se condene a **COLPENSIONES**, actualizar sus historia



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

laboral con las cotizaciones efectuadas al RAIS; finalmente solicitó que se condenen en costas procesales a las demandadas.

Informan los hechos relevantes de la demanda que, la actora nació el 26/05/1963; indica que trabajó en el sector público con la Universidad Surcolombiana desde el 21/02/1980 al 30/11/1982, conforme a documento CETIL; que labora desde el 30/11/1982 hasta la actualidad con la Universidad de la Amazonia, conforme a documento CETIL; manifiesta que perteneció al RPMPD por el hecho de haber trabajado en el sector público antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

Que suscribió formulario de afiliación con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, el 25/10/2005; expresa que HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, la persuadió de trasladar con el argumento de que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, era obligatorio la afiliación a dichos fondos, debido a que, los fondos estatales desaparecerían; que a la fecha del traslado había completado 25 años de servicio como empleada pública.

Que HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, no le dio a conocer los escenarios comparativos entre ambos regímenes, proyecciones, condiciones y requisitos para acceder a la prestación por vejez entre otros factores y posibilidades; que en septiembre del 2019, contrató asesoría para conocer el monto real de su pensión, por medio de la cual, conoció el perjuicio causado; que el 22/09/2020, elevó mediante apoderado ante **PORVENIR S.A.** solicitud de nulidad de afiliación y copia de los documentos, a lo que la entidad, entregó copia del formulario de afiliación, historia laboral y certificación de afiliación.

Indica que radicó ante **COLPENSIONES**, solicitud de activación de afiliación del RPMPD, mediante correo certificado el 23/09/2020, empero, la entidad se negó el 24/09/2020.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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



COLPENSIONES expresa que son ciertos los hechos 1°, 25° y 26°; que el 6° es ajeno a la entidad, toda vez que, son cotizaciones que no se efectuaron ante Colpensiones; respecto del resto aduce que no le 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.*

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, mediante Auto Interlocutorio No. 0003 del 12/01/2020 (sic), notificado por estado el 13/01/2021, indica que el despacho notificó de forma oficiosa el 10/11/2020 a **PORVENIR S.A.** y encontrándose el termino vencido para contestar, resolvió en su numeral 5° tener por no contestada la demanda por parte de la AFP en cuestión, cabe destacar que, **PORVENIR S.A.** allegó contestación vía electrónica el 12/01/2021 a las 13:22 horas.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 009 del 22 de enero del 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación inicial que hizo MARIA EDITH ORTIZ CUELLAR al Régimen de Ahorro Individual Administrado por PORVENIR S.A.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior. SE ORDENA a PORVENIR S.A, trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de MARIA EDITH ORTIZ CUELLAR al Régimen de Prima Media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES. COLPENSIONES -.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, proceda aceptar el traslado de MARIA EDITH ORTIZ CUELLAR del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida, junto con el dinero que tenga en su cuenta individual y sus rendimientos financieros.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte vencida en juicio. Se fija la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho, a favor de la parte actora y a cargo de PORVENIR SA. SE ABSUELVE de este rubro a la ADMINSTRADORA OLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES por las razones señaladas en la parte motiva.

QUINTO: CONSULTAR el presente proceso por resultar adverso a los intereses de COLPENSIONES.”

RECURSO DE APELACIÓN



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

- La apoderada de **COLPENSIONES** manifiesta que, la demandante a la fecha cuenta con mas de 47 años de edad y para la época del traslado al RAIS, estaba en pleno derecho de hacer dicha afiliación, procedimiento efectuado por la entidad acorde a la ley, puesto que, de haberse negado, Colpensiones hubiera incurrido en la vulneración al derecho de libre elección que le asiste, al no existir vicio en el traslado se puede afirmar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, siendo improcedente la declaratoria de nulidad del traslado, debido a que, tal como lo indica el art 2 de la ley 797 del 2003, señala que una vez entrada en vigencia la precitada norma no podrá trasladarse de régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad de pensionarse y la demandante al estar próxima al adquirir su derecho pensional no sería viable su traslado por expresa prohibición legal.

- La apoderada de **PORVENIR S.A.** aduce que, la entidad si cumplió con su deber de información como le era exigible para aquella época, de manera que le informó a la demandante las condiciones, características, beneficios y limitaciones del RAIS; que no puede exigírsele al fondo el cumplimiento de un deber de información regulado hoy por hoy, que el deber de información es de doble vía y no se probó en el proceso que la demandante hiciera uso de los canales de información establecidos por Porvenir para atender las inquietudes de cómo opera el régimen, por lo cual la condena impuesta no debería de existir si se parte de que la afiliación efectuada con la entidad tuvo plenos efectos y se ajustó a la ley.

Si el efecto de la ineficacia es que el acto no nació a la vida jurídica, Indica que se opone a la devolución de los gastos de administración y rendimientos, para lo cual aduce que si se retrotrae todo al estado anterior del traslado, no habría lugar a retornar rendimientos que nunca hubieran existido; respecto de los gastos de administración señala que la afiliación fue totalmente valida, que dichas sumas tenían una destinación específica y eran la contraprestación a la gestión de la AFP de los recursos de la actora generando una rentabilidad; por ultimo manifiesta que la entidad no incurrió en ningún tipo de falta de derecho, por lo que no debería ver

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

afectado su patrimonio al devolver los rendimientos, gastos de administración si la entidad actuó de buena fe, que se demostró que la inconformidad radica en el monto de la pensión y no como tal la ausencia de información.

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**

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

Caso Concreto

Encuentra la Sala que se circunscribe el problema jurídico en establecer si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **MARIA EDITH ORTIZ CUELLAR** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y como secuela de ello la transferencia de los recursos causados por la demandante en el RAIS tales como aportes, rendimientos, gastos de administración entre otros y estudio de la prescripción.

Descendiendo al caso objeto de estudio en Consulta y Apelación; el eje central estriba en determinar si HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** le suministró a la señora **ORTIZ CUELLAR**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado al RAIS; información que le permitiera conocer adecuadamente sus 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 de la mentada AFP 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 a la actora y su interacción con personas



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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)

Es pertinente acotar que, milita en el expediente certificación electrónica de tiempos laborados (CETIL), emitidos por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 30/12/2019 y el 19/05/2020, en los que se observa que la demandante reporta cotizaciones efectuadas a CAJANAL entre el 21/02/1980 al 30/11/1982 y del 30/12/1982 en adelante con estado Activo con el ISS/COLPENSIONES y conforme a formulario de vinculación de HORIZONTE aportado por **PORVENIR S.A.** que obra al sumario se observa que en la casilla destinada para llenar con el nombre de la administradora de la que provenía la demandante se estableció que era CAJANAL, de lo anterior se logra colegir que la actora estuvo válidamente afiliada al RPMPD.

Lo anterior, se corrobora si se observa la certificación emitida por COLPENSIONES donde señala que, la demandante no tiene registro histórico en su base de datos, aspecto corroborado con la contestación de la demanda.

Entonces se tiene que, al momento del traslado de régimen la demandante provenía de CAJANAL, entidad que para aquella época también fungía como administradora del RPMPD antes de su liquidación, no obstante, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes eligieron el RPMPD bien fuera por liquidación o por la cesación previsional de la caja que tuviere a su cargo, quienes eligieron el RPMPD bien fuera por liquidación o por la cesación previsional de la caja que tuviere a su cargo, quedarían vinculados automática al ISS como administradora principal del RPMPD, tal como se desprende de lo establecido en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, amén de así aceptarlo la Sentencia SL 2817 del 2019, entonces al ser COLPENSIONES la única administradora del RPMPD, es totalmente viable su retorno a la misma.

El Decreto 2196 de 2009 ordenó la supresión y liquidación de CAJANAL y en su artículo 4 ordenó el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, es por lo que, frente a la



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

ineficacia del traslado la actora no debe volver a CAJANAL sino al ente que lo sustituye, COLPENSIONES.

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**.”*



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 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 dicho 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.**



La información adquiere especial relevancia en este tipo de actos, debido a que las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado sus efectos positivos y negativos, 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 nuestro órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral ha indicado que:

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

*Por lo expuesto, **resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.***

*(...) Es claro entonces que **la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable**, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, **la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.**”*

(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

Sobre las anteriores premisas esbozadas se tiene que, resulta errado analizar el presente caso desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando sus consecuencias prácticas, puesto que, el objeto del litigio versa en determinar la procedencia de la ineficacia de un traslado de régimen pensional producto de la omisión información de manera oportuna como



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

antesala a la afiliación y no un simple traslado de régimen, resultando improcedente la apelación de la apoderada de **COLPENSIONES** en este aspecto.

Del formulario de afiliación suscrito entre la demandante y la demandada regente del RAIS, la Corte Suprema en su Sala de Casación Laboral ha indicado 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 de antesala las aristas de su traslado, que tienen incidencia tanto positiva como negativamente en su derecho prestacional a futuro. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

De la carga de la prueba, la Corporación también ha establecido que les corresponde a los fondos de pensiones demostrar y acreditar las actuaciones encaminadas a que los potenciales afiliados conocieran las implicaciones de su traslado, 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*



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*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)*

De la regulación al derecho de información frente a los consumidores financieros, se encuentra 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; 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).

A raíz de lo expuesto copiosamente, se tiene que HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, no le brindó a la señora **MARIA EDITH ORTIZ CUELLAR**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen efectuado el 02/12/2005 conforme a reporte de Asofondos que obra en el sumario y ante la imposibilidad del susodicho fondo de acreditar con material probatorio idóneo, el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con la demandante implica que nunca lo acató, configurándose la ineficacia deprecada, 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.

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 **MARIA EDITH ORTIZ CUELLAR**, implica la imposición de cargas que irían en



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante; 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 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; todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado de la demandante al fondo común.

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.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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

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

(...)

*Conforme lo explicado, **los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.** Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había 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 Corporación de cierre.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, conforme al artículo 365 numeral 1 del C.G.P.

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° 009 del 22 de enero del 2021, proferida por el Juzgado Tercero 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, los pagos realizados por primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, cancelar y remitir al emisor



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL**

cualquier bono pensional a favor de la demandante; 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.** Las sumas anteriores deben devolverse junto con sus rendimientos. **CONFIRMAR** dicho numeral en lo demás.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada N° 009 del 22 de enero del 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** por 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 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 providencia 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. 491/28-03-2020
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Con Aclaración de Voto


LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Firmado Por:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
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:
66915cb30952daea1233dbf216a7b2cc07e3d25b594273b2009e0cac8d2b9a2d
Documento generado en 19/03/2021 07:36:51 AM

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