



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

AUDIENCIA NÚMERO 274

Juzgamiento

Santiago de Cali, dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA NÚMERO 287

Acta de Decisión N° 081

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° 88 del 13 de marzo del 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MARIA FERNANDA BURGOS CASTILLO** 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° 76001-31-05-001-2019-00624-01.

ANTECEDENTES

La señora **MARIA FERNANDA BURGOS CASTILLO**, por conducto de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** con el objeto de que se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en adelante RPMPD administrado por el I.S.S. hoy **COLPENSIONES** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en adelante RAIS regentado por **PORVENIR S.A.**



Se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores de su cuenta de ahorro individual; se ordene a **COLPENSIONES** recibir de **PORVENIR S.A.** la totalidad de lo ahorrado en su cuenta junto con sus rendimientos y se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Informan los hechos de la demanda que, la actora nació el 01/05/1960; que se afilió y cotizó al I.S.S. hoy **COLPENSIONES** de junio de 1982 a septiembre de 1996 un total de 521 semanas; que se trasladó de régimen con **PORVENIR S.A.**, en enero del 2001 sin mediar información respecto de las ventajas, desventajas y características de cada régimen.

Que el 06/09/2019, radicó petición ante **PORVENIR S.A.** solicitando copia del formulario de afiliación, documento informativo respecto de las diferencias entre regímenes, advertencia del riesgo del traslado y consecuencias del mismo, así como la re-asesoría dada si fuere el caso; que en la mentada fecha presentó solicitud de afiliación ante **COLPENSIONES**, no obstante, la entidad se negó; que el 03/10/2019, **PORVENIR S.A.** entregó copia del formulario de afiliación e indicaron que no cuentan con soporte físico de la asesoría al momento de la vinculación, puesto que, la misma se daba verbalmente y en cuanto la re-asesoría adujo que expidieron comunicado a la entrada en vigencia de la ley 797 del 2003 con su respectiva simulación pensional e historia laboral consolidada

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES manifestó respecto de los hechos que, son ciertos los enumerados 1° y 5°; que no le constan el 4° y 6°; que no es cierto el hecho 2° y que el 3° es parcialmente cierto. Se opuso parcialmente a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó como: *Inexistencia de la obligación y Cobro de lo no debido, la Innominada, Buena fe y Prescripción.*



Por otro lado, **PORVENIR S.A.** señaló frente a los hechos que, no son ciertos el 3°, 4° y 6°, respecto del resto manifestó que no le constan. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de fondo las que denominó como: *Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación y Excepción Genérica.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia N° 88 del 13 de marzo del 2020, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado inicialmente por la AFP PORVENIR S.A., realizado por la señora MARIA FERNANDA BURGOS CASTILLO, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD.

TERCERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado inicialmente por la AFP PORVENIR S.A., realizado por el señor ENRIQUE CRUZ ALFONSO, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD.

CUARTO: DECLARAR la ineficacia del traslado del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado inicialmente por la AFP PORVENIR S.A., realizado por la señora ALBA LUCERO GARCIA FAJARDO, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD.

QUINTO: DECLARAR la ineficacia del traslado del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado inicialmente por INVERTIR fusionado con HORIZONTE la que fue absorbida por PORVENIR S.A., realizado por el señor HECTOR MARINO OROZCO MUÑOZ. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

legales el afiliado nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD.

SEXTO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de los demandantes, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cago a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q) y el artículo 20 de la ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones de los señores MARIA FERNANDA BURGOS CASTILLO, ENRIQUE CRUZ ALFONSO, ALBA LUCERO GARCIA FAJARDO y HECTOR MARINO OROZCO MUÑOZ.

SÉPTIMO: CONDENAR a COLPENSIONES, a que admita nuevamente a los demandantes MARIA FERNANDA BURGOS CASTILLO, ENRIQUE CRUZ ALFONSO, ALBA LUCERO GARCIA FAJARDO y HECTOR MARINO OROZCO MUÑOZ, en el RPMPD, sin solución de continuidad ni imponerle cargas adicionales.

OCTAVO: CONDENAR a PORVENIR S.A. en costas, se fija la suma 1 SMMLV como agencias en derecho, a favor de cada uno de los demandantes.

NOVENO: CONSULTESE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el presente proveído, en caso de no ser apelado.

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, de acuerdo con los siguientes argumentos:

- El apoderado de **PORVENIR S.A.** solicitó que, se revoque los numerales 1°, 2°, 3°, 6°, 7° y 8° de la sentencia y lo que resulte desfavorable a **PORVENIR S.A.**; considera que no existe causal para declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional, por cuanto lo que se discutió en un principio fue la nulidad del traslado y al declararse la ineficacia se sorprendió a las partes y por ende afirma que se le violó el derecho a la defensa y al debido proceso, al fallarse en un sentido diferente a lo solicitado por la parte actora y

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

diferente a lo decretado y debatido dentro del plenario, puesto que, la defensa de **PORVENIR S.A.** se encaminó a demostrar que no existía la nulidad.

Que la entidad cumplió con su carga probatoria al demostrar que la actora recibió la asesoría necesaria como lo exigía el legislador a la fecha en que se vinculó es decir el año 2001, que para la época no se exigía dejar constancia escrita de la asesoría; que el decreto 3800 del 2003 estableció la condiciones para que cada uno de los afiliados al RAIS decidieran mantenerse o trasladarse de régimen, y la demandante decidido quedarse en el RAIS aportando las cotizaciones; que existe prescripción de la acción de nulidad y no debe confundirse con su derecho pensional.

Que en el evento de confirmarse la ineficacia, solicitó que revoque la devolución de bono pensional pues no se ha acreditado en la cuenta de la demandante dicho concepto, que tampoco procede la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, debido a que no se causaron por cuanto solo se causan ante los siniestros de invalidez o muerte, lo que no ha ocurrido; que no procede el retorno de los gastos de administración, toda vez que, esta comisión también se causa en el RPMPD y ha sido la buena gestión de **PORVENIR S.A.** de la cuenta de la actora que ha generado cuantiosos rendimientos; pero no puede mantenerse la posición de declararse la ineficacia y ordenar el traslado de los rendimientos por lo expuesto.

- La apoderada de **COLPENSIONES** solicitó que, se revoque en su totalidad la sentencia y se absuelva a la entidad, toda vez que, la demandante cuenta con menos de 10 años para adquirir el derecho de la pensión, prohibición consagrada en el literal E del art. 13 de la ley 100 de 1993; que la demandante no demostró la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse de régimen, puesto que, en **PORVENIR S.A.** la actora conserva la posibilidad de pensionarse.

Que no se demostró vicios del consentimiento y asalto en su buena fe; que al momento de la afiliación era imposible predecir los IBC de la actora y calcular la mesada pensional; que la actora se encuentra válidamente afiliada al RPMPD por decisión propia como se demostró en el proceso junto con los interrogatorios, que firmaron voluntariamente los formularios de afiliación; que



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera por cuanto se está permitiendo que una persona se aproveche de un fondo constituido por otras personas y al cual no le ha aportado la totalidad de las cotizaciones requeridas; que se adhiere a lo aducido por el apoderado de **PORVENIR S.A.** respecto a la prescripción y solicitó que no sea condenada la entidad en costas pues esta obro conforme al mandato legal.

Esta sentencia se conoce en consulta en los términos del artículo 69 del CPTSS, en la medida en que la nación es garante de COLPENSIONES.

En segunda instancia y conforme al Decreto 806 de 2020, se dio traslado a las partes para que aleguen de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Caso Concreto

Encuentra la Sala que se circunscribe el problema jurídico en establecer si es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por la señora **MARIA FERNANDA BURGOS CASTILLO** del RPMPD del ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado **PORVENIR S.A.**; junto con la devolución de sus aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración y costas procesales.

Descendiendo al caso objeto de estudio en Consulta y Apelación; la Sala debe entrar a determinar si **PORVENIR S.A.**, le suministró o no a la señora **MARIA FERNANDA BURGOS CASTILLO**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado de régimen; 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 de **PORVENIR S.A.** hacia la señora **BURGOS CASTILLO**, 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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA E INEFICACIA DE TRASLADO

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia Radicación N° 33083 del 22 de noviembre del año 2011, MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón, rememora las Sentencias del 9 de septiembre del año 2008, Radicaciones N° 31989 y N° 31314, las cuales manifestaron que:

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.”

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.”

*“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, **la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica**”.*

*“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada**.”*

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 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,



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 como lo son el traslado de régimen pensional, para lo cual las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado, 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 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, obra en el plenario formulario de vinculación aportado por **PORVENIR S.A.**, no obstante, el documento por si solo es precario para demostrar si a la demandante se le dio a conocer la totalidad de las aristas del traslado de régimen; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación, por lo cual la simple firma en un formato preimpreso dado el caso no exhibe una comprensión integral del acto del traslado por parte de la actora, por lo cual la Sala reitera que el formato de afiliación y/o traslado no es suficiente para determinar la validez del acto tan trascendental suscrito. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

De lo anterior, 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)

En cuanto a la carga de la prueba, la mentada Corporación ha sido enfática y ha establecido que:

*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)*



La regulación normativa entornó al derecho a la información está tipificada en las siguientes normas aplicables al caso:

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).

La demandada **PORVENIR S.A.**, a través de su apoderado realizó interrogatorio de parte a la demandante; del cual se logra entrever que la demandante no conocía los posibles efectos negativos de trasladarse de régimen y solo expresó la actora unos cuantos beneficios que le ofrecieron para trasladarse, demostrándose sin lugar a dudas que esta no recibió la debida información de manera oportuna, completa y veraz del traslado de régimen realizado.

A raíz de lo expuesto, se tiene que **PORVENIR S.A.**, no le brindó a la señora **MARIA FERNANDA BURGOS CASTILLO**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen y ante la imposibilidad del fondo de no acreditar con material probatorio idóneo y suficiente que cumplió oportunamente con su deber 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 al traslado de régimen realizado por la actora, bajo la ficción jurídica de que la misma nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD, no prosperando la apelación de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** en este sentido.

Con relación a la afectación de la congruencia porque la demandante solicitó la nulidad y no la ineficacia del traslado, tenemos que, con fundamento en el principio *iura novit curia*, le corresponde al juez determinar la norma aplicable al caso sujeto a su examen, amén de que, no es tan trascendente



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

el nombre de la institución que se estudia, sino el contenido fáctico de la misma cuya calificación jurídica está en cabeza del juez conforme al citado principio, no dando cabida a los argumentos esgrimidos por el apoderado de **PORVENIR S.A.**

Ahora bien, no es de recibo por esta Sala de Decisión lo replicado por **COLPENSIONES** en cuanto a que, a la demandante le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensionarse, estando prohibido el traslado por lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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.

Devolución de Gastos de Administración y Rendimientos

La ineficacia del traslado, determina que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos de la demandante, que hoy, le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, dado al cumplimiento de los requisitos de edad y densidad de semanas para pensionarse; y en consecuencia para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P de la señora **MARIA FERNANDA BURGOS CASTILLO**, 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 de régimen.

Aunado a lo anterior se procederá a adicionar parcialmente al numeral Sexto del proveído en estudio por esta Sala, únicamente respecto de la señora **MARIA FERNANDA BURGOS CASTILLO** y en el sentido de establecer que **PORVENIR S.A.** y deberá retornar a **COLPENSIONES** los pagos por comisión de todo orden generados, bonos pensionales si los hubiere, las primas por seguros previsionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima, todas esas sumas se devolverán con sus respectivos rendimientos causados de no haberse dado el traslado de régimen, así como la obligación de devolver a la demandante las cotizaciones voluntarias.

Se fundamenta esta decisión en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 de la Ineficacia

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.*

*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; razón por lo cual, se ha de confirmar la decisión de primera instancia en ese aspecto.

Se impondrán Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, 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 Sexto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 88 del 13 de marzo del 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, únicamente respecto de la señora **MARÍA FERNANDA BURGOS CASTILLO** y en el sentido de, **ORDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, las comisiones de todo orden generadas en el RAIS, bonos pensionales si los hubiere, las primas por seguros previsionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima, todas esas sumas se devolverán con sus respectivos rendimientos causados de no haberse dado el traslado de régimen, así como la obligación de devolver a la demandante las cotizaciones voluntarias, confirmar en todo lo demás el mentado numeral.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 88 del 13 de marzo del 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, únicamente y respecto de la señora **MARIA FERNANDA BURGOS CASTILLO**.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**



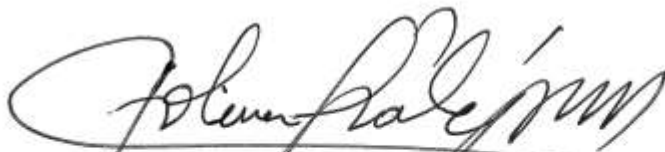
TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, apelantes infructuosos por la suma de \$900.000 cada una.

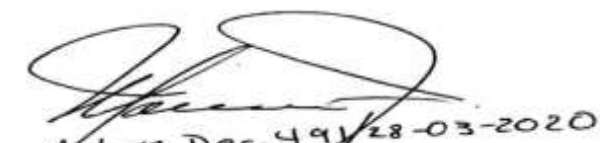
CUARTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de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

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

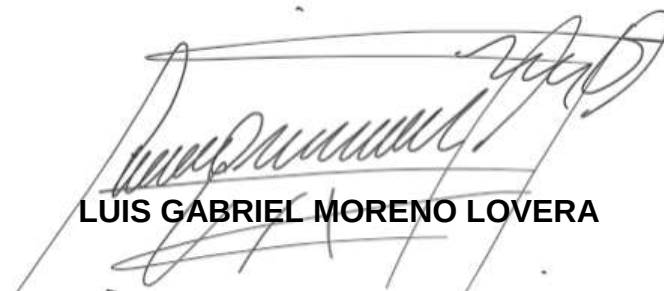
Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE



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:

6aec7e55025c2a569a57e6149ab9b810e0cf527ea02eb20cceb1630b78becb01

Documento generado en 18/12/2020 10:59:25 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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