



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

AUDIENCIA NÚMERO 012

Juzgamiento

Santiago de Cali, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 014

Acta de Decisión N° 006

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 QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**, proceden a dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Consulta y Apelación de la sentencia N° 173 del 27 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **CESAR FIDENCIO CEBALLOS BOLAÑOS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, bajo la radicación N° 76001-31-05-014-2018-00452-01.

ANTECEDENTES

El señor **CEBALLOS BOLAÑOS**, por conducto de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.** con el objeto de que se declare la nulidad de su traslado realizado el 11/11/1994, del RPMPD al RAIS con **COLFONDOS S.A.**; se declare la inexistencia del contrato de afiliación suscrito con **COLFONDOS S.A.** y HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**; se declare su continuidad en el RPMPD administrado por **COLPENSIONES**; se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez recibir el total de

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

sus aportes, rendimientos y bono pensional; finalmente se condene a las demandadas al pago de costas procesales.

Informan los hechos de la demanda que, el actor nació el 25/04/1957; que se afilió al RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES**, desde el 10/02/1979; que se trasladó el 11/11/1994 al RAIS regentado por **COLFONDOS S.A.**; que posteriormente se trasladó el 24/08/2011 a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**

Que la asesoría proporcionada por **COLFONDOS S.A.**, a través de su asesor comercial le indujo al error de trasladarse de régimen con la promesa de que su pensión sería muy superior a la que le correspondería en el RPMPD; manifiesta que **COLFONDOS S.A.**, usó argumentos tendenciosos y engañosos para lograr su traslado, entre los cuales estaban que el ISS atravesaba una crisis que la llevaría a su liquidación y por otro lado aduce que no le informaron de las ventajas y desventajas de cada régimen.

Que conforme reporte de **COLPENSIONES**, ha cotizado 514,29 semanas entre el 10/02/1979 al 15/03/1993; que inició proceso de pre-asesoría con **PORVENIR S.A.** y solicitó proyección pensional; que radicó solicitud de traslado de régimen ante **COLPENSIONES** el 06/09/2018, no obstante, la misma fue negada; que de los cálculos realizados por su apoderado indica que su mesada pensional en **COLPENSIONES** le sería más favorable.

Que el 23/08/2018, solicitó ante **COLFONDOS S.A.** certificaciones y copias de los documentos del traslado de régimen; que el 17/09/2018, **COLFONDOS S.A.** le entregó copia del formulario de afiliación No. 232425 del 11/11/1994, sin embargo, no proporcionó constancia de la asesoría brindada; que el 14/09/2018, elevó similar solicitud ante **PORVENIR S.A.**, empero, aduce que solo recibió copia del formulario de afiliación suscrito con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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



COLPENSIONES manifestó que, le constan los hechos el 10° y 20°; indicó que son meras teorías los enumerados 11°, 12°, 15° y 16°; respecto del restó expresó 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: *Innominada, Inexistencia de la obligación, Carencia del derecho, Prescripción, Compensación, Saneamiento de una presunta nulidad y Validez de la afiliación al R.A.I.S.*

COLFONDOS S.A. indicó que, los hechos 1°, 3°, 18° y 20° son ciertos; que no son ciertos el 7°, 13° y 16°; que no son ciertos de forma parcial los enumerados 5°, 6° y 14°; que el 17° no existe en el libelo de la demanda; en cuanto a los demás manifestó que no le constan. Se opuso parcialmente a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de fondo las que denominó como: *Falta de legitimación en la causa por pasiva, No existe prueba de causal de nulidad alguna, Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, Buena fe, Compensación y pago, Saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la Innominada o Genérica, Ausencia de vicios del consentimiento, Obligación a cargo exclusivamente de un tercero y Nadie puede ir en contra de sus propios actos.*

Por su parte **PORVENIR S.A.** señaló que, son ciertos los hechos 1°, 4°, 9° y 12°; del 15° afirma que es un fundamento de derecho; que no es cierto el 19°; que el 20° es un requisito procesal; respecto de los demás adujo que no le constan. Se opuso a las pretensiones de la demanda, en este punto, cabe destacar que, falta el folio numerado 185 del expediente y se continua con el folio 186 con las siguientes excepciones de mérito (...) *Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia N° 173 del 27 de julio del 2020, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS POR LAS DEMANDADAS.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN DEL SEÑOR CESAR FIDENCIO CEBALLOS BOLAÑOS C.C. 4.672.316, AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL ADMINISTRADO POR AFP COLFONDOS S.A. REALIZADO EN EL MES DE NOVIEMBRE DE 1994, Y EL TRASLADO DE AFP REALIZADO EN EL MES DE

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

AGOSTO DE 2011 A PORVENIR S.A, SU ACTUAL FONDO, EN CONSECUENCIA, DECLARAR QUE PARA TODOS LOS EFECTOS LEGALES EL AFILIADO NUNCA SE TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD Y, POR TANTO, SIEMPRE PERMANECIÓ EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, CON LOS EFECTOS INDICADOS EN LA PARTE MOTIVA DE ESTA PROVIDENCIA. ESTO ES EL TRASLADO DE TODO EL CAPITAL DE LA CUENTA DEL AFILIADO, LOS RENDIMIENTOS, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y EL BONO PENSIONAL, SI LO HUBIERE.

TERCERO.- ORDENAR A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – A ACEPTAR EL TRASLADO DEL SEÑOR CESAR FIDENCIO CEBALLOS BOLAÑOS, IDENTIFICADO CON LA CÉDULA DE CIUDADANÍA NO. 4,672.316, AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA ADMINISTRADA POR DICHA ENTIDAD. .

CUARTO: COSTAS A CARGO DE LAS DEMANDADAS COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES Y COMO AGENCIAS EN DERECHO SE FIJA LA SUMA DE \$1.000.000 QUE CADA DEMANDADA DEBE PAGAR A FAVOR DE LA PARTE DEMANDANTE.

QUINTO: CONSÚLTESE ESTA PROVIDENCIA EN CASO DE NO SER APELADA

RECURSO DE APELACIÓN

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

El apoderado de **COLPENSIONES** solicitó que se condene a las entidades del RAIS a devolver los porcentajes destinados al fondo de invalidez y sobrevivencia entre otros; que se impone a la entidad una carga económica que no debe soportar pues no tiene ni culpa ni dolo de las acciones realizadas por los fondos de pensiones y solicitó que se absuelva a su representada de toda condena impuesta.

La apoderada de **PORVENIR S.A.** afirma que si cumplió a cabalidad con él debe información para con el demandante, respecto de las implicaciones de afiliarse al RAIS y permanecer en dicho régimen, que el demandante suscribió el formulario de vinculación con el lleno de requisitos que le asistían a las AFP´S para la época de la afiliación, que si bien la normatividad para aquella data, se exigía el deber de información, el mismo no era de forma taxativo y tan específico como es ahora; que la leyes posteriores a la suscripción del traslado no se le pueden aplicar de manera retroactiva a su representada; que el actor incurrió en un actuar negligente, toda vez que, solo hasta ahora que esta

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

inmerso en la prohibición legal de trasladarse se preocupó por su situación pensional; que Porvenir si le brindó la información clara, completa y oportuna.

Que el trasfondo de la inconformidad radica en el valor aritmético de su mesada pensional que le puede ser calculada en el RAIS y no en la supuesta falta al deber de información; que el actor tenía el deber diligente de informarse del sistema pensional; que tanto Porvenir como el demandante se encuentra en una misma posición negocial y en cabeza del actor también recae unas obligaciones que claramente fue incumplido, conforme al material obrante en el expediente.

Que el A quo declaró la nulidad o ineficacia, pero ambas figuras tienen consecuencias diferenciales, si declara la nulidad no es posible que se devuelvan los rendimientos y gastos de administración, pues lo que se busca es retrotraer todo a su estado inicial como si Porvenir nunca hubiere administrado los recursos del demandante y en ese mismo sentido no se hubiere generado los rendimientos; que de los gastos de administración afirma que no es procedente su devolución pues la entidad administró de manera diligente los recursos, genero rendimiento y por expresa disposición legal descontó los gastos y de la buena gestión realizada por la entidad, gastos invertidos que no pueden ser devueltos.

Respecto del bono pensional señaló que el Ministerio de Hacienda es la entidad que cuenta con dichos dineros públicos, siendo improcedente la devolución de este concepto y finalmente respecto a la prescripción expresó que, no se le esta vulnerando el derecho al actor de acceder a su pensión previo cumplimiento de los requisitos de ley, lo que se debate es la afiliación que si es susceptible de prescribir.

Esta sentencia se conoce en grado de competencia funcional, por ser adversa a COLPENSIONES respecto de quien la Nación es garante (art. 69 CPTSS).

En segunda instancia se corrió traslado a las partes para que aleguen de conclusión conforme a lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto Legislativo No 806 de 2020.

CONSIDERACIONES DE LA SALA



Caso Concreto

Encuentra la Sala que se circunscribe el problema jurídico en establecer si es procedente o no la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por el señor **CESAR FIDENCIO CEBALLOS BOLAÑOS** del RPMPD del **ISS** hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado **COLFONDOS S.A.** y el posterior traslado a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** junto con la devolución de aportes, gastos de administración, rendimientos, sumas adicionales entre otras, prescripción y costas procesales.

Descendiendo al caso objeto de estudio en Consulta y Apelación; la Sala debe discernir si **COLFONDOS S.A.** y HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, le suministraron al señor **CEBALLOS BOLAÑOS**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados; 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 **COLFONDOS S.A.** y HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** hacia el señor **CEBALLOS BOLAÑOS**, 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 de cada AFP le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

“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, 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,***



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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, resulta desacertado analizar desde la óptica de las nulidades el presente proceso, pues como se ha planteado, la consecuencia legal de la falta al deber de información es la ineficacia, así lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral.

En el presente se encuentran en el plenario formato preimpreso genérico de afiliación con **COLFONDOS S.A.** suscrito el 11/11/1994 y con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** suscrito el 24/08/2011, empero, dichos documentos por sí solos son insuficientes para dar por satisfecho que la AFP’S

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

dieron a conocer la totalidad de las aristas de los traslados; 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 estos formularios no exhibe una comprensión integral del acto del traslado por parte del actor. (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 Alta Corporación ha sido enfática y ha establecido que les corresponde a los fondos de pensiones demostrar y acreditar las actuaciones encaminadas a que el actor conociera las implicaciones de los 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)*



Por lo cual, la inversión de la carga de la prueba en cabeza de **COLFONDOS S.A.** y HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** obedece a una regla de justicia que sopesa las cargas entre dispares en las relaciones contractuales de este tipo, cabe destacar que, la afirmación de la apoderada de **PORVENIR S.A.** de que las AFP'S y sus afiliados son iguales para efectos de suscripción de afiliación y/o traslados es incorrecta, pues en este tipo de relaciones se genera una asimetría en la información, debido a que las entidades son expertas en la materia y los afiliados son legos en este sentido, entonces las administradoras tienen por obligación surtir la comprobación real y efectiva de que el futuro afiliado consienta de manera informada sus actos ante dichas entidades. 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).

A raíz de lo expuesto, se tiene que **COLFONDOS S.A.** y HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, no le brindaron al señor **CESAR FIDENCIO CEBALLOS BOLAÑOS**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen ejecutado con **COLFONDOS S.A.** el cual fue efectivo el 01/12/1994 y el posterior traslado con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el cual fue efectivo el 01/10/2011; y ante la imposibilidad de estos fondos de acreditar con material probatorio idóneo y suficiente que cumplieron con su deber legal de información y buen consejo para con el demandante, implica que nunca lo acataron, configurándose la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico al traslado de régimen y posteriores

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

traslados realizados por el actor, bajo la ficción jurídica de que el mismo nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD, no prosperando en este sentido lo recurrido por **PORVENIR S.A.**

Devolución de Gastos de Administración y Rendimientos

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

Aunado a lo anterior se procederá a adicionar al numeral Segundo del proveído en estudio por esta Sala, en el sentido de establecer que **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** deberán retornar a **COLPENSIONES** la totalidad de los pagos ejecutados por comisión de todo orden, 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 los traslados, así como la obligación de devolver al demandante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**

Respecto de la devolución del bono vale decir que son inocuos los argumentos de la apoderada de **PORVENIR S.A.**, pues el A quo dejó muy claro que solo en el evento de existir bono pensional deberá ser retornado.

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 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 adoctrinado que **«el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión».**”*

En conclusión, el derecho a solicitar la Ineficacia del Traslado no tiene término de prescripción por la misma naturaleza intrínseca de

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

los hechos o estados jurídicos que tienen incidencia directa o indirectamente en el derecho a la pensión, puesto que, que la Corte ha decantado la posibilidad desde el 2013, la posibilidad del afiliado a elevar cualquier tipo de reclamación en temas de afiliación y componentes de la pensión.

Finalmente, en virtud de la Consulta y apelación a favor de Colpensiones y respecto 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. y al ostentar la calidad de vencida hay lugar a dicha condena, razón por la cual se dejara incólume esta parte de la decisión.

Costas en esta instancia a cargo de **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: MODIFICAR el numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 173 del 27 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de, **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el señor **CESAR FIDENCIO CEBALLOS BOLAÑOS** del RPMPD administrado por el I.S.S. hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al RAIS regentado por **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y el posterior traslado entre AFP'S del RAIS con HORIZONTE hoy **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Y ADICIONAR en el sentido de, **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –**

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

COLPENSIONES, la totalidad de los pagos ejecutados por comisión de todo orden, 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 los traslados, así como la obligación de devolver al demandante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 173 del 27 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Catorce 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.** por la suma de \$900.000 cada uno y en favor del 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.

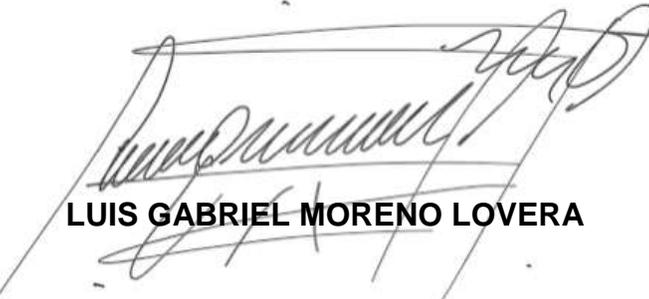
NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO VIRTUAL EFICAZ

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ




Art. 11 Dec. 491/28-03-2020
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO


LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
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:

2e181695454762db92d1dfe1867feb084a6507ed2220e7c76f5038143bd0bfde

Documento generado en 29/01/2021 10:34:29 AM

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