



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

AUDIENCIA NÚMERO 146

Juzgamiento

Santiago de Cali, catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 146

Acta de Decisión N° 039

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° 013 del 26 de enero del 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **DIEGO MAURICIO FAYAD CHARRY** 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° 76001-31-05-004-2019-00339-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por el demandante consisten en que, se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD regido por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**; se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores depositados en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor nació el 07/04/1959; que cotizó 129 semanas al ISS hoy **COLPENSIONES**, entre febrero de 1997 a abril del 2002; que se trasladó al RAIS

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

con **PORVENIR S.A.** en abril del 2004, sin mediar ningún tipo de información respecto de las ventajas, desventajas y características de ambos regímenes.

Que en la actualidad cuenta con 941 semana cotizadas al Sistema General en Pensiones; que el 06/06/2019, radicó petición ante **PORVENIR S.A.** solicitando copia del formulario de afiliación, documento explicativo de respecto de las diferencias entre el RPMP y el RAIS, advertencia del riesgo y consecuencias del traslado de régimen, re-asesoría si la hubo entre otros.

Que el 13/06/2019, elevó solicitud de afiliación ante **COLPENSIONES**, no obstante, la entidad se negó por la proximidad del cumplimiento de la edad pensional; que el 17/06/2019, recibió respuesta de **PORVENIR S.A.** aduciendo que: entregan formulario de afiliación pero no llegó, que no cuentan con soporte físico de la asesoría brindada al momento de la afiliación, toda vez que, se dio de forma verbal, que todos los fondos a través de Asofondos expedieron comunicación informando el periodo de gracia para trasladarse de régimen, entregan simulación pensional e Historia Laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES señala como cierto únicamente el hecho 1° y respecto del resto manifiesta que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *Inexistencia de la obligación, Prescripción, Buena fe, Imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido y la Innominada.*

PORVENIR S.A. por su parte expresa que, no son ciertos los hechos 3°, 5°, 7° y en cuanto a los demás aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito: *Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, Compensación y Genérica.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 013 del 26 de enero del 2021, resolvió:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., por las razones esgrimidas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por señor DIEGO MAURICIO FAYAD CHARRY en el fondo de pensiones HORIZONTE hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES CESANTÍAS PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por el demandante DIEGO MAURICIO FAYAD CHARRY en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que proceda a recibir por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la totalidad de lo ahorrado por el demandante señor DIEGO MAURICIO FAYAD CHARRY en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración, afiliando nuevamente al actor en dicha entidad y conservando para ese efecto el demandante, todos sus derechos y garantías, que tenía en el régimen de prima media con prestación definida, antes de efectuarse el traslado al Régimen de Ahorro Individual.

QUINTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal Laboral y de la seguridad social modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2.007.

SEXO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a la suma de \$ 1.000.000, por concepto de costas procesales y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a la suma de \$300.000 por concepto de costas procesales.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con el fallo de primera instancia, los apoderados judiciales de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación, esgrimiendo como argumentos centrales de su discrepancia que:

- **COLPENSIONES** solicita que se absuelva a la entidad, toda vez que, como lo indicó el juez y comulga parcialmente en el entendido de que no fue claro el interrogatorio de parte con el ánimo de sustraer la confesión, empero, no está de acuerdo con la interpretación del despacho del citado medio probatorio que contraria la realidad procesal, concluyendo el juzgador de forma equivocada que no se le dio información y que el único medio existente era el formato de vinculación; que el demandante se presentó como un afiliado lego confundiendo al despacho al hacerle entender que no se le brindó información, pero si se le dio, máxime que, se está ante una persona

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

qualificada que no solo es médico sino especialista y el hecho de que firme un documento a la premura, per se no indica que no hubo información; queda en el aire que si se acordó que la funcionaria era una joven, no se acuerda de ciertas cosas pero si de que fue una mujer y que le dijo unos conceptos, pero cuando el apoderado de Porvenir le pregunta cuales fueron esos conceptos responde ambiguamente.

- **PORVENIR S.A.** se opone al fallo proferido exceptuando el numeral 5° para lo cual aduce que, no se debió declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional porque no se probó que se faltara a ningún requisito para su validez; la entidad asesoró debidamente al actor conforme a las disposiciones legales vigentes para la época del traslado; de haberse presentado una irregularidad que no se presentó se trataría de la nulidad relativa, la cual se puede ratificar con el tiempo como lo hizo el actor al trasladarse nuevamente a otro fondo y seguir realizando sus aportes a la entidad.

Que del interrogatorio de parte efectuado se observa que, el demandante respondió de manera evasiva sin fundamentar los hechos de su demanda, demostrándose que si se le dio la asesoría, es más cuando se trasladó no existía la obligación de dejar constancia escrita de la afiliación, no pudiéndole exigir al fondo circunstancias por fuera de la norma; que se le indicó al actor el derecho de retracto; no pudiéndose llegar a la conclusión de que no se le dio información al actor; que solo se pude revisar el derecho pensional cuando el actor cumpla con el capital acumulado requerido en su cuenta; considera que la acción de solicitar la ineficacia se encuentra prescrita.

Que en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia solicita se revoque la devolución de gastos de administración, los cuales se encuentran previstos en la norma para ambos regímenes, descontados para la gestión de los recursos e implicaría un enriquecimiento sin causa si se trasladaran al demandante y Colpensiones, toda vez que, Colpensiones no efectuó la administración de los dineros que generaron los rendimientos también ordenados a trasladar; que en concepto del órgano de control financiero en estos temas establece que solo es posible el traslado de los rendimientos y capital sin incluir los gastos de administración los cuales no están llamados

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

a financiar la prestación y en dado caso estarían prescritos también; de confirmarse la decisión solicita se compense los gastos con los rendimientos, toda vez que, Porvenir siempre actuó de buena fe y conforme a la ley.

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**

Se advierte que la Sentencia en estudio 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

Se circunscribe el problema jurídico en establecer por esta Sala de Decisión si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **DIEGO MAURICIO FAYAD CHARRY** del RPMPD administrado por el ISS hoy ambas **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y posteriormente con **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene la transferencia al RPMPD regentado en la actualidad por **COLPENSIONES**, los recursos causados por el demandante en el RAIS tales como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros, estudio de la prescripción y costas procesales.

Ahora bien, el eje central estriba en determinar si HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** le suministró al señor **FAYAD CHARRY** la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado de régimen; 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 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 un acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 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 desfavor 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).”

Es pertinente traer a colación lo 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** en otras palabras ineficaz.

La información adquiere un status primordial en este tipo de actos y está en cabeza de las AFP el deber de proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado e implicaciones, así se estableció en Sentencia del 3

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.”*

Respecto de los conceptos de nulidad e ineficacia, es necesario puntualizar que la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria 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)

De lo esbozado se tiene que, resulta errado analizar el presente asunto desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando solo sus consecuencias prácticas, por ende, el presente asunto gravita en determinar la procedencia de la ineficacia de un traslado de régimen pensional producto de la omisión información de manera oportuna como antesala a la afiliación del demandante y no un traslado de régimen.

Del formulario de afiliación suscrito entre el demandante y la demandada regente del RAIS, se tiene que, obra al plenario uno suscrito con

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

HORIZONTE el 31/07/2002 y otro con **PORVENIR S.A.** el 30/11/2009, de los cuales la jurisprudencia de la Corte estipula respecto del citado medio probatorio 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)

Por consiguiente, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe por su parte una comprensión integral del acto de trasladarse de régimen y dado que la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión, razón por la cual, sin información suficiente no hay autodeterminación. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Ahora bien, de la carga de la prueba en este tipo de asuntos se encuentra en cabeza de las AFP y son estas quienes deben demostrar y acreditar sin asomo de duda que surtieron todas las actuaciones encaminadas a que los potenciales afiliados conocieran las consecuencias de su traslado, tal como lo dictamina la Corte en su profuso análisis:

*“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)**



Finalmente, la regulación del derecho de información de los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones, está 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.

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); percatándose este colegiado la ausencia total del cumplimiento de dichas disposiciones por parte de HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** al momento de surtirse el traslado de régimen, obligaciones que surgieron desde su creación con la Ley 100 de 1993, verbi gracia, el derecho de retracto del cual no hay prueba alguna que se le hubiere informado de este, ni siquiera fue objeto del interrogatorio de parte.

Si bien milita en el expediente documental por parte de **PORVENIR S.A.** en los que se observa publicaciones en diarios de amplia circulación información acerca de la oportunidad de trasladarse de régimen, la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información al momento del traslado en que incurrió el fondo, puesto que, la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad.

Se practicó interrogatorio de parte efectuado por el apoderado de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** al señor **FAYAD CHARRY**, del cual se extrae en lo que atañe que:

Se le acerco una asesora para que firmara un supuesto estudio para analizar la viabilidad de un traslado de régimen, pero no le explicaron nada más, que dicha situación se presentó cuando estaba ocupado y confió firmando el formulario; refiere que, cuando empezó a trabajar cotizó con el ISS; que se enteró que estaba en otro régimen cuando le faltaba poco para pensionarse y debido a una asesoría particular con una oficina de abogados, que solo hace 5 años

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

le empezó a llegar extractos y comunicados de Porvenir porque antes no tenía correo electrónico; fue enfático al afirmar que desconoce el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social y toda información respecto de los regímenes, alega que no se le dio ningún tipo de información.

Es pertinente indicar que, la profesión del actor en el ámbito de la medicina y su grado de especialización no exime las AFP de su deber de información para con los afiliados legos en este tipo de asuntos, profesión que no guarda relación con el Sistema General de Pensiones y su normatividad, contrario a lo expresado por los apoderados de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** no le brindó al señor **DIEGO MAURICIO FAYAD CHARRY**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen entre otros factores relevantes como la forma de calcular la pensión en cada régimen, comparativos de ambos regímenes en lo que respecta a la forma de acceder a las prestaciones, las diferentes modalidades de pensión en el RAIS, destinación de sus aportes y descuentos realizados de los mismos entre muchos otros de vital importancia; por ende, como el susodicho fondo no acreditó el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con el demandante implica que nunca lo acató, configurándose la ineficacia deprecada cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

Devolución de Gastos de Administración y Otros

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del demandante (*traslado de régimen*) posterior, que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, debido al cumplimiento del requisito de edad para pensionarse y para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P del señor **DIEGO MAURICIO FAYAD CHARRY**, implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público que tendría a su cargo al demandante, cargas que serán impuestas a **PORVENIR S.A.** a título de sanción por la omisión del deber de información.



No es de recibo por este cuerpo colegiado los argumentos esgrimidos en la apelación de **PORVENIR S.A.**, en el sentido de que no está obligada a retornar gastos de administración, por cuanto, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado de régimen, volviendo las cosas al estado anterior y, por otro lado, el citado fondo tuvo en su poder los dineros, los cuales usufructuó, por ende, debe devolverlos en toda su integridad sin lugar a la compensación, razón por la cual se confirmara lo resuelto por el A quo en este aspecto.

En razón de la consulta surtida en favor del ente público, se adicionará al numeral Tercero del fallo en estudio, los conceptos de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante y la devolución de las cotizaciones voluntarias al actor, si se hicieron; todas las sumas a retornar con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**

Se fundamenta lo previamente resuelto 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 del demandante al fondo común.

Prescripción

De la citada excepción cabe destacar 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, toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite temporal a reivindicar temas relacionados con su afiliación, cotizaciones y en general todo componente de la pensión, máxime que, los hechos o estados jurídicos son imprescriptibles, así lo determinó la Corporación de cierre.

Se solicita por el apelante **PORVENIR S.A.** la aplicación del fenómeno prescriptivo en los gastos de administración ordenados a restituir al fondo público, a lo que la Sala se permite aplicar la tesis de que, bajo los efectos de la ineficacia dichas sumas debieron ser descontadas por la administradora del RPMPD para la gestión del fondo común que va encaminado al reconocimiento de las prestaciones en el mentado régimen, siendo por conexidad imprescriptibles y de no ordenarse su restitución al fondo primigenio se generaría un detrimento a **COLPENSIONES**, máxime que, a **PORVENIR S.A.** se le impone dicha condena a título de sanción con cargo a su propio patrimonio por la omisión al deber de información, razón por la cual dejará incólume esta parte del fallo.

**Costas**

Respecto de este concepto, el legislador establece que es una condena preceptiva que se impone a la parte que pierde el proceso y/o le resulta desfavorable el recurso de apelación de conformidad con el artículo 365 numeral 1 del C.G.P., sin consideraciones de orden subjetivo, por ende, la decisión del A quo en este apartado del fallo se encuentra conforme a derecho, razón por la cual se dejara indemne este aspecto de la decisión en estudio.

Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** como apelantes infructuosos, conforme a la norma citada en acápite anterior.

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 el numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 013 del 26 de enero del 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, los pagos por conceptos de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante y la devolución de las cotizaciones voluntarias al actor, si se hicieron; todas las sumas a retornar con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. **CONFIRMAR** el mentado numeral en lo demás.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 013 del 26 de enero del 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.000.000 cada una y en favor de la parte demandante.



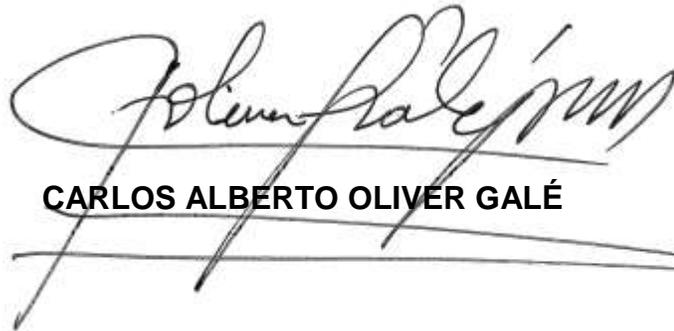
TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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**

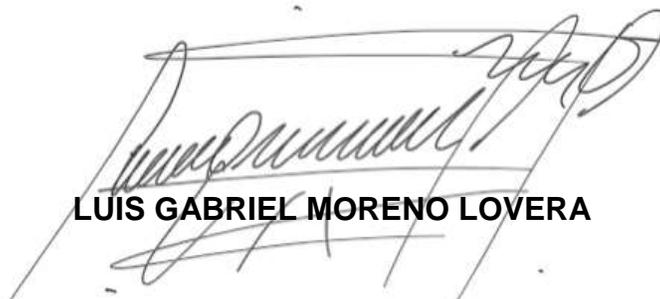
Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ



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



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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:

f249e9def7b77ed33832198a5d0dd3ae25c96db4e15cb6ca0cab0df0448315de

Documento generado en 14/05/2021 11:58:47 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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