



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

S A L A 1ª DE DECISION L A B O R A L

Hoy 22 de julio del 2022, siendo las 2 P.M., la Sala Primera de Decisión Laboral, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 15 y 16 del Decreto Legislativo 806 del 04 de JULIO del 2020, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No. 170**, integrada por el suscrito quien la preside *CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA en compañía de los magistrados Dra. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA y el Dr. FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA*, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el (a) señor (a) **JACKELINE PINEDA SIERRA** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCION, SKANDIA S.A** bajo radicación **004-2021-000359-01**, en donde se resuelve recurso de apelación y consulta a favor de **Colpensiones y Recurso de apelación de PROTECCION S.A y SKANDIA S.A.** en contra de la sentencia No 107 del 2 de mayo del 2022 proferida por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Cali; en dicha providencia: i) Declaro no probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas. ii) Declaró la ineficacia de la afiliación de la señora JACKELINNE PINEDA SIERRA realizada en PROTECCION S.A. Así como también DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante en SKANDIA S.A. iii) Ordenó a PROTECCION S.A que traslade a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, gastos de administración, comisiones, primas de seguros provisionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo ello debidamente ingresado y a cargo de su propio patrimonio. iv) Ordenó a SKANDIA S.A que traslade a COLPENSIONES, los gastos de administración, prima de seguros provisionales, comisiones, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo ello debidamente ingresado y a cargo de su propio patrimonio del periodo en el cual estuvo afiliada la demandante en dicha administradora. v) Ordenó a COLPENSIONES que reciba de PROTECCION S.A, la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, gastos de administración, comisiones, primas de seguros provisionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo ello debidamente ingresado y a cargo de su propio patrimonio. Ordenando a COLPENSIONES que afilie nuevamente a la demandante en dicha entidad sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales, conservando para ese entonces 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. vi) Ordenó a COLPENSIONES que reciba de SKANDIA S.A. Los gastos de administración, comisiones, la prima de seguros provisionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo ello debidamente ingresado y a cargo de su propio patrimonio del periodo en el cual estuvo afiliada la demandante en dicha administradora. vii): Negó las peticiones en llamamiento de garantía formuladas por SKANDIA en contra de MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. Costas a cargo de PROTECCION, SKANDIA S.A COLPENSIONES.



Ante la sentencia proferida **PROTECCIO, SKANDIA** y **COLPENSIONES** presentaron recurso de apelación que sustentaron bajo los siguientes argumentos:

Recurso SKANDIA S.A: Se opone a las condenas en contra de la AFP que representa, pues no debió declararse la ineficacia que el demandante realizó en el año 2010, con la normatividad vigente para esa época, no teniendo la obligación la AFP de presentar información a la vigente para ese momento, exigiendo lineamientos posteriores a la afiliación de la demandante incluso cuando ya no estaba afiliada a esta AFP, solo con la normatividad del 2015, se establece doble asesoría pero esta no es retroactiva, pues la misma no estaba vigente al 2010 no existiendo deber de información, no hay lugar a ninguna condena quien actuado de buena fe, solicita la no devolución de los gastos de administración y de manera indexada, pues estos obedecen a causa legal y fueron usados para generar rendimientos financieros, retornar estos rubros es enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, se opone a devolver de manera indexada pues cuando se trasladó a la otra AFP ya se hicieron, de aporte y rendimientos financieros generando doble pago, reclama la prescripción de acuerdo a la normatividad sustancial y procesal, toda vez que los gastos de administración no financian la mesada pensional, siendo susceptibles de prescripción no declararlo es faltar a la seguridad jurídica y confianza legítima se opone a la condena en costas no hay argumentos para declarar la ineficacia y la defensa se ejerció el derecho bajo parámetros legales solicita la absolución del llamamiento de garantía.

Recurso de PROTECCION S.A: solicita en su recurso la revocatoria de la sentencia de manera parcial y se opone las actuaciones van acorde de la ley, estando facultada para administrar los aportes que realicen los afiliados, si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, nunca debió administrar la cuenta del demandante y no se generaron los rendimientos, y no se debió cobrar gastos administración y que de hacerlo se incurre en enriquecimiento sin causa, vulnerando el derecho de igualdad.

Recurso de COLPENSIONES:

Conforme a la ley el afiliado en libre de escoger el régimen pensional por parte del afiliado así quedo demostrado en el interrogatorio de parte, aceptando las condiciones del mismo, siendo su elección de manera escrita y libre voluntaria, la demandante realizó varios traslados al RAIS, la voluntad plasmada en el formulario de afiliación al RAIS no puede alegar falta de información, aceptando el traslado actuando de manera autónoma no configurando vicios del consentimiento, previstos en el código civil, los actos de relacionamiento se ven en acciones concretas tal como lo hizo la demandante al pedir actualización de datos, saldos, cambio de claves ampara esto en el fallo CSJ SL 413 DEL 2018 lo que permite suponer que el demandante quiere continuar en dicho régimen, pues lo conoce y sabe su funcionamiento y los traslados de AFPS, solicita tener en cuenta la sentencia SL 4934 de 2020 y la exoneración de costas del proceso.



La parte actora guardo silencio frente a la misma.

SENTENCIA No. 144

La sentencia APELADA y CONSULTADA debe **CONFIRMARSE**, son razones: Encontrar ajustado a derecho la declarada ineficacia del traslado, lo cual traduce no haberse cumplido con las obligaciones acerca de la debida información a la demandante, aparejando conforme al código civil las consecuencias de esa inacción.

Para ello importa indicar, en primer lugar, conforme la posición mayoritaria de la Sala, se estudia en consulta la sentencia, para luego, de ser menester analizar los temas de las apelaciones no resueltos.

Sea lo primero señalar que el aseguramiento pensional, como todo acto negocial dentro del mundo jurídico, está irradiado por el principio de la buena fe (**Art.83**), con el que de vieja data en los campos del derecho civil y comercial se reclama la exigencia de brindar en cada caso y de forma suficiente la debida información¹, puntos únicos y necesarios para estructurar y lograr un conocimiento informado o ilustrado con el que se pueda ser capaz de generar una libre y voluntaria selección, aspecto de total recibo en el campo pensional a la hora de la escogencia o permanencia en un determinado régimen pensional².

¹ El principio de la buena fe como fundamento del deber de información del asegurador, consagrado en la Ley 1328/09, Tamayo Jaramillo (2011). Libro. Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del derecho: i) “Noción de buena fe: La buena fe se ha consagrado como principio fundamental de derecho. Como tal, se le ha entendido como de orden público, inmodificable y que no puede ser suprimido ni derogado por acuerdo entre las partes. La amplitud y preponderancia de este principio permiten que de él se deriven algunos deberes o reglas de conducta que deben ser observados por las partes contratantes durante el desarrollo de las distintas etapas, tal es el caso de la lealtad contractual. Ello indica que la buena fe obliga a las partes a tener un comportamiento leal entre sí y que promueve el equilibrio de la relación jurídica contractual al presentarse los contratantes en su verdadera dimensión jurídica y operativa, que viene de ese principio de confianza que un contratante debe tener frente al otro y a las expectativas de dicho contrato y sus resultados”... ii) El legislador colombiano desde muy temprano fijó las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, mediante la Ley 153 de 1887; resaltamos los artículos 4 y 8. De allí se desprende que los principios de Derecho cumplen la función de llenar los vacíos de las leyes y de los contratos. Esa función integradora es cumplida también por el principio de la buena fe, el cual por su mismo carácter no requiere ser pactado para que sus efectos operen... iii) Como ya lo hemos mencionado entonces, las reglas surgidas a partir del principio de la buena fe permiten que aun sin expresa manifestación de las partes, como cláusula contractual por ejemplo, afloran conductas necesarias para el adecuado entendimiento entre ellas; como sería el caso del deber de información. Siendo así, no se requeriría llevar estas reglas a un texto legal, no obstante lo cual el legislador ha optado en ocasiones por dejar sentadas las mismas, bien por la importancia que les concede, bien por llevarlo mayor claridad a las partes de un contrato o para asociar una determinada sanción en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

² Rad. 31314 de 2008: “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.



De tal mandato no es ajena la legislación pensional, **el artículo 13.2 de la ley 100 de 1993** da cuenta de la libre escogencia al momento de precisar el régimen, lo que de igual forma ocurre en los eventos de traslado de régimen pensional, al punto de considerar su opacidad o ausencia de libre voluntad afectación a los derechos fundamentales de la seguridad social³.

Sigue puntualizar respecto de la obligación probatoria que la visión o consideración del derecho privado hace relación también con la figura de la inversión de la carga de la prueba, como dinámica heurística procesal, situación que tiene lugar en razón de la asimetría reinante en esas actuaciones, en donde brilla, por un lado, la parte débil, el tomador de seguro, y por el otro, la profesionalización de la entidad de seguros⁴, motivación por sí sola suficiente para acogerla y darle desarrollo en el campo del aseguramiento pensional de la seguridad social, donde la partida también la juegan asimétricos, pero hay que decirlo, acuñan de modo perfecto el resultado, las pautas procesales de la negación indefinida, como también lo precisa la jurisprudencia especializada⁵.

³ **T-427 de 2010** 5. En lo que atañe al supuesto de esta acción de tutela, esto es, al amparo del derecho a la seguridad social en lo que respecta a la libre escogencia del régimen pensional y la consecuente opción de traslado de un régimen a otro, esta Sala considera, como en otras ocasiones ya lo ha hecho esta Corporación, que la acción de tutela es procedente, por cuanto a) existe regulación expresa para hacer efectivo el derecho al traslado de régimen pensional dispuesto en la Ley 100 de 1993 artículo 13 literal e), esto es, que existen medidas de orden legislativo para hacer efectiva esta facultad y b) que a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario para el amparo de este derecho, este instrumento no resulta idóneo para su amparo efectivo.

⁴ doctrina

⁵ **Sentencia SL 2817/2019**: En efecto, en la sentencia referida, la Corte dijo: Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse 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 se arguye que a la afiliación, 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. Entonces, como el trabajador 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. Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, 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. Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los



Tal encuentro de las sustantividades privadas y de la seguridad social permite entender el ejercicio de la jurisprudencia especializada para comprender no ser la mera firma del formulario de selección de uno u otro fondo del RAIS o de traslado de régimen pensional, hecho suficiente validador de una voluntad así expresada, se impone la materialidad respecto de la satisfacción de los postulados referenciados, llegándose incluso a manifestar como deber de la judicatura la necesidad de escrutarlos cabalmente⁶.

Es propio señalar que aún en acciones constitucionales ya se reconoce como suceso triunfador el presentarse desconocimiento del precedente judicial estructurado con esas premisas, y por ello sí el agente decisor da rienda suelta a considerandos absolutorios, sin haber decantación y superación de las motivaciones base del precedente así se declara en acciones constitucionales⁷.

Decantado lo anterior, sigue anclar en la discusión el hecho de no entender la justicia constitucional de modo discrecional sino imperativo, dar cumplimiento por los agentes del sistema pensional a las obligaciones generadas con los traslados de régimen; el traslado y recibo del afiliado, junto o con todos los derechos pertenecientes al afiliado y no a la aseguradora, (**sentencia 177 de 1998**), suceso jurídico que aclara por sí solo la no ventura de las posiciones o tesis con las cuales se pretende angostar los

archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

⁶ Sentencia Rad. 31314 de 2008 : “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.

⁷ **ST 1391/2020, STL 1194 DE 2020:** “El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desconoció el precedente judicial de esta Corporación. De acuerdo con lo expuesto en los numerales precedentes, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia concluye que el Tribunal accionado, en la providencia de 6 de julio de 2020, incurrió en la causal específica de procedencia de la tutela contra providencias judiciales denominada «desconocimiento del precedente judicial».

“Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción”.



derechos a que da lugar la ineficacia declarada, sin perder de vista las consecuencias que el derecho civil consagra para el actuar ilícito del condenado, circunstancias permisivas entonces para perfilar: i) que la jurisprudencia especializada desde el **año 2008**, anota la obligación de las administradoras de pensiones privadas trasladar al régimen de prima media los gastos de administración⁸ ii) no proceder la prescripción como modo extintivo de obligaciones en caso de afiliación al sistema ni cuando se busca la nulidad del traslado, pues esas acciones son declarativas mas no constitutivas de derechos, que si son los que podrían prescribir.

También para el caso vale anotar, la no prescripción de la nulidad del traslado de régimen pensional por el mero hecho de no solicitarse dicha ineficacia *antes del término de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión o de jubilación o por peticionarse tiempo después de darse el traslado motivo de la nulidad*, lo razona ser lo examinado las condiciones jurídicas del traslado nocivo, el que ocurrió mucho tiempo antes de ese periodo. Sin que quepa entender la convalidación de ese vicio con razón u ocasión del silencio o inacción del retracto, todo en razón a lo esencial que es en toda la fenomenología pensional la presencia de la buena fe, echada de menos en ese traslado⁹.

De ahí que, cuando se pregonan lo contrario -no darse la debida información, por aquello de la asimetría vista y la presencia de una negación indefinida¹⁰- se hace menester para la entidad aseguradora,

⁸ **C-177 de 1998:** Para que la disposición impugnada no imponga una restricción manifiestamente gravosa al trabajador para acceder a su pensión, debe entenderse que el traslado de las sumas actualizadas por la anterior empresa o caja privada, según el caso, y su recepción por la EAP, no es discrecional sino que constituye una obligación para las dos entidades. Esto significa que una vez que un trabajador se afilia a la nueva EAP, entonces es deber de la anterior caja o empresa remitir inmediatamente los dineros, y es igualmente obligación de la EAP a la cual se afilió el empleado recibirlos, salvo que exista justa causa comprobada para negarse. Ahora bien, para que esa regla sea operativa y proteja verdaderamente los derechos de los trabajadores, no sólo deben ser sancionadas las omisiones de las entidades en este punto sino que, además, los asalariados deben contar con una acción judicial expedita para que se realice la transferencia.

⁹ Sentencia de 1944:

¹⁰ **Sentencia SL 2817 de 2019** En efecto, en la sentencia referida, la Corte dijo: Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse 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 se arguye que a la afiliación, 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. Entonces, como el trabajador 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. Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.



acreditar en juicio la presencia de la debida información, elemento esencial, el que, se repite, no se deduce en todo evento con la simple firma del formulario¹¹.

Finalmente es de manifestar que la ineficacia del traslado decretada en nada promueve la desfinanciación del régimen de prima media o del sistema, según argumento de apelación de Colpensiones toda vez que su efecto es el traslado de todos los aportes realizados por el afiliado, junto con sus rendimientos y gastos descontados, al tiempo que no se está ordenando el reconocimiento de prestación económica alguna, pues éstas solo proceden si se cumple con las exigencias que dispone la normativa para ello, situación que no se ha presentado.

CASO CONCRETO

En caso bajo estudio, lo que sí está probado es que la demandante estuvo en el régimen de prima media al que perteneció desde **febrero de 1986**, (conforme reporte historia laboral aportado por Protección S.A.), para luego trasladarse al **RAIS** administrado por la **A.F.P. PROTECCION S.A en MARZO de 1999** (conforme reporte historia laboral aportado por Protección S.A.) para posteriormente trasladarse a **SKANDIA S.A** en junio del 2010 (conforme reporte historia laboral aportado por Protección S.A.) y a **PROTECCION** en **ENERO** de 2011 (conforme reporte historia laboral aportado por Protección S.A.)

Sin que en ese traslado al RAIS, se acredite por parte del fondo, la debida información previo el traslado del régimen, por consiguiente, para la Sala no hay duda de la ineficacia del traslado de régimen junto con la devolución de los gastos de administración y rendimientos ordenados por la instancia a los fondos de pensiones demandados, tal y como se ha considerado por la jurisprudencia y se desarrolló en las líneas anteriores.

En torno al punto, 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. Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada —cuando no imposible— o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

¹¹ **Sentencia Rad. 31314 de 2008**



Cabe anotar también, de modo especial respecto de la afirmación realizada por las apelantes COLPENSIONES, PROTECCION S.A, SKANDIA S.A. de nacer la obligación solo con las normativas reglamentarias, que conforme a la principalística ello viene desde las primeras manifestaciones sobre la buena fe y el **art. 13 de la ley 100 de 1993**, dicha obligación ha imperado para las administradoras desde su creación, dado que la escogencia libre y espontánea que tienen derecho los afiliados, se da con la proporción de la información correspondiente, tema que también ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Suprema en **Rad. 68852 del 03 de abril de 2019**¹² en la que reitera lo dicho en sentencia del 2008.

Igualmente es claro que no opera el fenómeno de la prescripción reclamada por la apelante **SKANDIA S.A.** conforme la Sentencia 22125 de 2004 de la Corte Suprema de Justicia pues al respecto la sala considera: No se comparte su dicho, pues se debe manifestar que la recuperación del régimen de prima media y la movilidad del sistema pensional son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad art 48 constitución política y como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en Sentencia más reciente SL 1688 del 2019 Mgp. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS DUQUE quien al respecto considero:

“La Sala considera que la acción de ineficacia del traslado de regímenes pensionales es imprescriptible”

Igualmente, en la misma sentencia expreso:

“No prescriben los hechos o estados jurídicos, pero si los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración...”

.... Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de “ineficacia”, en la medida que dicha consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza por que desde su nacimiento el acto carece de efecto jurídicos...”

En tal sentido, no se dará paso a lo solicitado por SKANDIA S.A. en su recurso de apelación.

¹² **Rad. 68852 del 03 de abril de 2019:** Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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*», premisa que implica dar a conocer «*las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes*», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).



En cuanto a la oposición de la devolución de los gastos de administración indexados apelados por SKANDIA S.A. la Corte Suprema de Justicia al respecto en sentencia SL 1688 Mgp. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS DUQUE con respecto al tema que nos ocupa considero:

“Está probado que la AFP accionada consigno al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, (f. 98 a 101), sin embargo, no existe constancia que hubiere devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración lo cuales según expuso las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep.2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 Y CSJ 1421-2109, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

En tal sentido, se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.”

En tal sentido, no se dará paso a lo solicitado por la AFP SKANDIA en su recurso de apelación.

En cuanto a la sentencia SL 413 DEL 2018 traída por Colpensiones en su fallo al respecto expreso

“De esta forma, la jurisprudencia de la Sala en distintas ocasiones ha dado preeminencia a la intención real del trabajador o afiliado en asuntos relativos al derecho de la seguridad social por encima de las formalidades. Así, por ejemplo, en punto al disfrute de la pensión de vejez, ha sostenido que si bien la regla general es la desafiliación formal del régimen, en determinados casos es dable derivar la intención del afiliado a partir del cese definitivo de las cotizaciones al sistema (SL5603-2016; SL9036-2017; SL15559-2017; SL11005-2017; SL11895-2017); también frente a la figura de la «aceptación tácita de la afiliación», consistente en que, cuando hay silencio de la administradora de pensiones con relación a las posibles deficiencias de la afiliación o vinculación y, al tiempo, esta recibe el pago de aportes por un período significativo, se da una manifestación implícita de voluntad del afiliado, que lleva a que no pueda perderse el derecho a la pensión, a pesar de la falta de diligenciamiento del formulario (SL 40531, 19 jul. 2011; SL14263-2015).”

Ahora la sentencia 4939 del 2020 igualmente triada por esta entidad al respecto ilustro:

“La línea de criterio de la Sala ha sido mucho más extensa, en el sentido de buscar que exista simetría de la información, es decir, que la persona cuente con todos los elementos necesarios y suficientes para que, en su caso concreto, tome la decisión que considere más beneficiosa. Dicho lo anterior, no se busca crear reglas de pensamiento general e inamovibles, tales como creer que siempre el Régimen de Prima Media será más favorable para los afiliados en contraposición al de Ahorro Individual, o presumir que siempre hubo engaño por no mediar documentación dentro del expediente que acredite la información suministrada.

En su lugar, por lo que se propende es porque el juez forje de manera libre su convencimiento a partir de ciertas directrices claras, a saber, que la asesoría prestada por los fondos de pensiones -



así sea verbal o escrita-, sea focalizada y dirigida a las condiciones particulares de cada uno de los afiliados.

No se trata solo de elaborar un argumento abstracto que explique en qué consiste uno y otro régimen, sino que, por el contrario, contenga las implicaciones concretas (por ejemplo, mediante proyecciones), de lo que sería la causación de su derecho pensional en uno u otro escenario.

Se recuerda que la importancia del derecho a la seguridad social amerita que, por un lado, las administradoras de pensiones en su rol de conocedoras del funcionamiento del Sistema contribuyan de manera directa a la decisión de las personas y, finalmente, a que aconsejen bajo parámetros legales sin que estén de por medio intereses de ningún otro tipo.”

Fallos que en nada afectan la decisión tomada por el juez de instancia y que confirmara esta Sala.

Ahora en cuanto al recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES. y donde solicita no sea condenada en costas en primera instancia es preciso indicar que el artículo 365 del C.G.P. establece en su numeral 1 reza: “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación” analizado el caso que nos ocupa es claro y evidente que COLPENSIONES se opuso a la pretensiones de la demanda, propuso excepciones presento recurso de apelación por lo que se ordenará no se dará paso al recurso impuesto e igual se condenara a las mismas en esta instancia.

Así las cosas, con los anteriores considerandos de la presente sentencia, queda superada la apelación de , SKANDIA y PROTECCION y apelación y consulta a favor de COLPENSIONES sobre la ineficacia del traslado y la devolución de rendimientos y gastos de administración y bonos si los hubiere.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

1. Confirmar la Sentencia apelada y consultada.
2. Costas en esta instancia a cargo de PROTECCION, SKANDIA y Colpensiones a favor de la demandante en suma de \$ 1.000.000. por cada una de ellas.

Los Magistrados,



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA

Firma Digitalizada Para Actos
Judiciales



MARIA NANCY GARCIA GARCIA
MARIA NANCY GARCIA GARCIA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Decreto 491 de 2020)

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

S A L A 1ª DE DECISION L A B O R A L

JACKELINE PINEDA SIERRA VS COLPENSIONES, PROTECCION, SKANDIA S.A

Radicación 004-2021-000359-01,

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA

El despacho se aparta de la decisión de conocer del grado Jurisdiccional de consulta en el caso que nos ocupa y a favor de Colpensiones, la que fuere concedida en primera instancia, por los motivos que a continuación me permito exponer:

1. No ser declarada en sentencia ninguna consecuencia económica en contra de Colpensiones, solo recibirá lo que por ley le corresponde.
2. Ser de carácter restrictivo y no extensivo la estimación sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, por lo que debe ser contundente su tipicidad, ya que sin duda esa medida en nada favorece al afiliado, quien ve aplazar la ejecutoria de la sentencia.
3. Nótese que ninguna actividad se le reprocha a Colpensiones y por esa razón, menos podrá darse condena, lo que brilla es de completa ajenidad a su conducta, y de otro lado, todo se acomoda al diseño dual del sistema pensional, y a la obligación legal que surge para las dos entidades ante los traslados del régimen pensional (C 177/98).
4. En ese evento no se dan los supuestos de los artículos 137 y 138 de la ley 100 de 1993, en tanto la garantía estatal en nada se efectiviza si no hay condena o consecuencia económica alguna, cosa diferente es, si hay reconocimiento de los derechos pensionales del sistema, que es lo que se echa de menos en la sentencia pues por ahora se trataría de derechos eventuales.



5. Solo se trata de materializar lo que la ley ordena para casos de nulidad, al punto que incluso si el juez no exterioriza los efectos de la nulidad, de todas formas, ellos tienen materialidad al operar ope legis.

6. Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, conlleva para COLPENSIONES regularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen acompañado de los valores correspondientes, en concreto no reducen por la sola condena pensional, es que, no le corresponde a COLPENSIONES sufragar valor alguno señalado en la sentencia por esa invalidación del traslado, cosa diferente es, si en efecto, hay condena a algún beneficio, cosa que se repite, no existe.



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia