TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

Santiago de Cali, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA NÚMERO 138
Acta de Decisión N° 39

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° 060 del 28 de marzo del 2022, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **JOSE MANUEL SUSO DOMINGUEZ** en contra de **COLPENSIONES**, **PROTECCIÓN S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, siendo llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, proceso identificado bajo la radicación N° 76001-31-05-011-2020-00070-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones del libelo están encaminadas a que, se declare por vía judicial la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado desde el RPMPD hacia el RAIS y como secuela de lo anterior se ordene su reincorporación al RPMPD administrado hoy por **COLPENSIONES** junto con la transferencia de recursos pensionales, comisiones, gastos, costos entre otros emolumentos producto de la afiliación al RAIS y costas procesales.

Por otro lado, informan los hechos que atañen al proceso respecto del demandante: que nació el 05/04/1963; que efectuó cotizaciones al RPMPD administrado antes por el ISS hoy **COLPENSIONES** desde el 24/10/1989; que luego se trasladó al RAIS regentado por **COLFONDOS S.A.** desde el 16/04/1996; que dentro del RAIS realizó

traslados entre fondos con OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** el 01/06/1996, con **PROTECCIÓN S.A.** el 19/06/2009 y nuevamente con **SKANDIA S.A.** el 20/09/2012 al cual se encuentra afiliado en la actualidad.

Refiere el demandante que, al momento de la afiliación con **COLFONDOS S.A.** el promotor de dicha entidad le manifestó que su mesada pensionara sería superior, posibilidad de pensionarse a cualquier edad y que el ISS desaparecería, sin embargo, alude que no se le dio información de las consecuencias negativas del traslado; que los fondos privados no cuentan con soporte físico de la asesoría brindada previo a los traslados; aduce que, su mesada pensional seria ostensiblemente más alta en el RPMPD en comparación a la que recibiría en el RAIS; finalmente señala que, solicitó ante **COLPENSIONES** y **SKANDIA S.A.** la nulidad de su traslado de régimen, no obstante, las entidades se negaron.

CONTESTACIONES

COLPENSIONES frente a los hechos manifiesta que, son ciertos el 1°, 14° y 16°; que es parcialmente cierto el 5° y 13°; respecto del resto arguye que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO; LA INOMINADA; BUENA FE Y PRESCRIPCIÓN.*

PROTECCIÓN S.A. indica que, son parcialmente ciertos los hechos 1.7. y 1.8.; que no es cierto el 1.6.; en cuanto a los demás aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró como excepciones las denominadas: *PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO Y FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA; VALIDEZ DEL TRASLADO DEL ACTOR AL RAIS; COMPENSACIÓN; BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.*

SKANDIA S.A. refiere que, son ciertos los hechos 1.13. y 1.15.; que es parcialmente cierto del 1.5. al 1.10.; respecto del resto manifiesta que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *SKANDIA NO PARTICIPÓ NI INTERVINO DIRECTAMENTE EN EL MOMENTO DE TRASLADO DE FONDO; CONVALIDACIÓN DEL ACTO JURÍDICO; SKANDIA NO PARTICIPÓ NI INTERVINO EN EL MOMENTO DE SELECCIÓN DE RÉGIMEN; EL DEMANDANTE SE ENCUENTRA INHABILITADO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN EN RAZÓN DE LA EDAD Y TIEMPO COTIZADO; AUSENCIA DE*

CONFIGURACIÓN DE CAUSALES DE NULIDAD; INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO PARA EL MOMENTO DE LA AFILIACIÓN AL RAIS; AUSENCIA DE FALTA AL DEBER DE ASESORÍA E INFORMACIÓN; LOS SUPUESTOS FACTICOS DE ESTE PROCESO NO SON IGUALES O SIMILARES NI SIQUIERA PARECIDOS AL CONTEXTO DE LAS SENTENCIAS INVOCADAS POR LA DEMANDANTE; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE Y LA GENÉRICA.

COLFONDOS S.A. por su parte señala que, es cierto el hecho 1°; que es parcialmente cierto el 7° y 8°; que no es cierto el 4°; en cuanto a los demás alude que no le constan. Se opuso parcialmente a las pretensiones y no propuso excepciones.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. frente a los hechos del llamado en garantía impetrado por **SKANDIA S.A.** manifiesta que, es parcialmente cierto el 3° y 4°; que no es cierto el 5° y 7°; respecto del resto alude que son ciertos y se opuso a su vinculación al proceso.

En cuanto a los hechos de la demanda principal indica que, es cierto el 1°, en cuanto a los demás arguye que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito: *PRESCRIPCION DE LA ACCION POR HABER TRANSCURRIDO CUATRO AÑOS DESDE LA SUSCRIPCION DEL FORMULARIO DE AFILIACION; EL AFILIADO TENIA AMPLIO CONOCIMIENTO DE LAS CONSECUENCIAS DE CAMBIARSE DE REGIMEN – EL PRIMER TRASLADO A FONDO PRIVADO NO FUE REALIZADO POR SKANDIA PENSIONES Y CENSATIAS; EL DEMANDANTE DEBE REINTEGRAR A LAS ENTIDADES DEMANDADAS LOS DINEROS PAGADOS POR CONCEPTO DE MESADAS PENSIONALES CON LOS RESPECTIVOS RENDIMIENTOS; INEXISTENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO; LA DEMANDANTE NO ERA DECLARADA UNA PERSONA INTERDICTA; EL DEMANDANTE JOSE MANUEL SUSO SE ENCONTRABA DENTRO DE LAS RESTRICCIONES DEL LITERAL E DEL ARTICULO 13 DE LA LEY 100 DE 1993; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA CON RELACION A MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.; LÍMITE DE AMPAROS Y COBERTURAS; PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES LABORALES Y LA INNOMINADA.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali a través de la Sentencia N° 060 del 28 de marzo del 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, señor JOSÉ MANUEL SUSO DOMÍNGUEZ, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y en consecuencia, generar el regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES.*

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado del señor JOSÉ MANUEL SUSO DOMÍNGUEZ.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todas las comisiones y gastos de administración que recibió con ocasión del traslado del señor JOSÉ MANUEL SUSO DOMÍNGUEZ, por el tiempo que estuvo afiliado a dichas entidades entidad.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES que reciba las sumas provenientes de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para mantener su estabilidad financiera y para financiar la prestación económica que como Administradora del Régimen de Prima Media debe asumir en favor del demandante, cuando haya lugar a ella.

QUINTO: ABSOLVER a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra por SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas. Por secretaría inclúyase en la liquidación de costas como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV, a cargo de cada una de las mencionadas y CONDENAR en costas a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Por secretaría inclúyase en la liquidación de costas como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV, a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

SÉPTIMO: Si no es apelada esta providencia, CONSÚLTESE con el Superior."

APELACIONES

PROTECCIÓN S.A. a través de su mandataria judicial presentó y sustentó su recurso esgrimiendo que, se opone a la devolución de los gastos de administración, por cuanto las actuaciones del fondo se encuentran ceñidas a la ley, pues el descuento por comisiones es de consagración legal, entonces las AFP están legalmente facultadas para efectuar el cobro de los gastos.

Indica que, si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido debe entenderse que el contrato de afiliación no existió y por ello la AFP no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual por ello debería entenderse que no se generaron rendimientos ni gastos de administración, razón por la cual devolver dichas comisiones implicaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones en detrimento de Protección.

SKANDIA S.A. por medio de su apoderada judicial presentó y sustentó su recurso aludiendo que, se opone a lo resuelto en los numerales 3°, 5° y 6°, toda vez que,

frente a los gastos de administración refiere que dichos emolumentos no están contemplados en la norma cuando se efectúa un traslado de régimen, pues solo está previsto el traslado de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro y lo depositado en el fondo de garantía de pensión mínima, además de que los gastos de administración están destinados a sufragar las pólizas de seguros por invalidez y sobrevivencia, encontrándose en poder de las aseguradoras dichas comisiones, por lo que ordenarse dicha devolución a cargo de su representada afecta el patrimonio del fondo y del RAIS; refiere que, en caso de confirmarse la decisión sobre los gastos solicita que opere la prescripción sobre estos pues al contratarse con la aseguradora la cobertura de dichos riesgos y bajo las disposiciones del código del comercio en materia de contrato de seguros la prescripción opera después de dos años; que de no tenerse en cuenta los argumentos expuestos, solicita que se tenga en cuenta la figura del llamamiento en garantía pues existen argumento legales y contractuales para que la aseguradora reembolse los gastos de administración por los periodos contratados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestión Preliminar

Se advierte que la providencia en estudio asimismo 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).

Las partes presentaron alegatos de conclusión los cuales se circunscribe a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la providencia se da respuesta a los mismos.

2. Objeto de la Consulta y Apelación

El problema jurídico para resolver se circunscribe en determinar la eficacia del traslado efectuado por el señor **JOSE MANUEL SUSO DOMINGUEZ** desde el RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** hacia el RAIS regentado por **COLFONDOS S.A.**, en igual forma los posteriores traslados dentro del RAIS realizados con PENSIONAR-OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, en consecuencia establecer si es procedente su retorno al RPMPD junto con sus recursos pensionales, comisiones, gastos, primas, costos entre otros

emolumentos, estudio de la prescripción, llamamiento en garantía y costas procesales.

3. Caso Concreto

El eje central de discusión estriba en determinar si **COLFONDOS S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** le suministraron al señor **SUSO DOMINGUEZ** información cierta, completa, clara y oportuna previo autorizar su traslado de régimen y posteriores, que le permitiera conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones, beneficios, riesgos y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones.

3.1. 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."

Respecto a los múltiples traslados de AFP:

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

La Alta Corporación en Sentencia SL1688-2019 realizó una reseña histórica de la normatividad concerniente al deber de información y su evolución, resaltando que desde el nacimiento del Sistema General de Pensiones las AFP´S tienen el deber de informar con transparencia a sus afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo acerca de los aspectos relevantes e inherentes de los regímenes pensionales existentes, veamos:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
1- Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.
2- Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle.

3-	Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

De lo anterior se concluye que, los actos de traslado se enmarcan de la primera segunda y etapa, toda vez que, estos datan del 01/06/1994, 01/06/1996, 01/08/2009 y 01/11/2012, entonces sobre **COLFONDOS S.A.** recaía la obligación de dar a conocer al señor **SUSO DOMINGUEZ** en los términos de un deber de información primigenio y sobre **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** en igual sentido con la adición de la segunda etapa de asesoría y buen consejo.

Por otra parte, frente a los conceptos de nulidad e ineficacia, es necesario puntualizar que la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su Sala de Casación Laboral ha indicado que:

> *"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*
>
> *(…) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

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[1], por ende, el presente asunto gravita en determinar la eficacia del traslado

[1] *CSJ - SL2946-2021 "En la medida que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, la Sala explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o*

de régimen pensional primigenio, razón por la cual lo que se busca en este tipo de asuntos no es la comprobación de error, fuerza o dolo, sino desentrañar que información y alcance de la misma proporcionó el fondo pensional acusado para determinar la eficacia del acto cuestionado bajo los parámetros prexistentes.

Cabe destacar que, el efecto consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el cual prescribe que, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor a una multa determinada en la norma y **la afiliación respectiva quedará sin efecto**, por ende, se observa que la ineficacia de traslado se encuentra regulada en la norma rectora del Sistema Pensional actual desde su creación.

En reciente Sentencia SL2946-2021 del 16 de junio del 2021 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró la posición pacifica de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional, extrayendo los siguientes puntos neurálgicos que se pueden extrapolar al caso objeto de estudio, veamos:

> *"Sobre el particular, de tiempo atrás, esta Corporación fijó un sólido precedente, consistente en que, desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL373-2021).*
> *(…)*
> *De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.*
>
> *Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debe estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público."*

El **deber de información** se instituyó en cabeza de las AFP´S desde la creación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, además el Decreto 663 de

---

porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018)."

1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97 la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»* y la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas»*.

La regulación del deber de información hacia los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones, está igualmente tipificada en las siguientes normas rectoras:

> *"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 los 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)"*

Por lo anterior y conforme a lo recaudado se encuentra que no hay prueba documental que acredite satisfecho el deber de información por parte de la accionada **COLFONDOS S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** en los términos antes previstos.

Respecto del **formulario de afiliación** se ha decantada por la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral, que:

> *"Conforme al reiterado criterio de esta Sala, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, 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, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021).*
> *(…)*
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*
>
> *Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017 reiterada en la CSJSL373-2021), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen.*

> *Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna."*

Como lo dicta el precedente, el formato de afiliación y/o traslado no se puede equiparar a un consentimiento informado por parte del actor cuando medie ausencia de información o conocimiento del acto que se lleva a cabo y sus consecuencias tanto positivas como negativas, dado que, la libertad de un individuo presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión, por ende, sin información suficiente no hay autodeterminación de la persona.

De la **carga de la prueba** se ha construido que:

> *"En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL373-2021, la Corte sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. Precisamente, en esa oportunidad se señaló que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.*
>
> *Por lo anterior concluye sobre el particular que: "no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009)."*

La Sala considera proporcionada la inversión de la carga probatoria, puesto que, las AFP´S como entidades financieras expertas ostentan una posición dominante en materia informativa frente al afiliado lego en asuntos financieros y pensionales tan complejos, configurándose una asimetría que solo se puede contrarrestar verbo y gracia al proveer al afiliado o potencial afiliado conocimiento integral de los rasgos positivos y negativos de cada régimen, situación que no se pudo constatar ante la ausencia de material probatorio que de certeza de la información que alude **COLFONDOS S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** que si proporcionaron.

La **aplicación del precedente** vertical del máximo órgano no se limita solo en los casos que se tenga una suerte de derecho transicional y/o proximidad a la adquisición de un derecho, toda vez que, el objeto central de dichos asuntos radica en determinar la eficacia o no del traslado de régimen pensional primigenio de cara al cumplimiento del deber de información por parte de las administradoras pensionales, así lo estableció la misma Corporación de Cierre:

> *"Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4373-2020 y CSJ SL373-2021, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho no constituyen prerrequisitos sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen.*
> *(…)*
> *Finalmente, la circunstancia de que la accionante haya elevado su inconformidad solo hasta el 2018, tampoco incide en la obligación que tenía la AFP, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios de pertenecer al anterior régimen."*

En cuanto al interrogatorio de parte como medio probatorio en los procesos que versan sobre ineficacia de traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en Sentencia SL 3349 del 28/07/2021-radicacion No. 88826-Magistrado Ponente LUIS BENEDICTO HERRERA DIAZ, ha indicado que:

> *"Resulta evidente la apreciación indebida del Tribunal en relación con lo depuesto en el interrogatorio de parte por el demandante en instancias, hoy impugnante en casación, pues donde el Colegiado ve una explicación del alcance de los dos regímenes, no hay más que el relato de unas explicaciones someras y ligeras, cuyo eje principal gravita en torno al desorden y al caos que reinaba en el ISS, que según lo narrado por el absolvente, le transmitieron los asesores de la AFP privada. Nótese que en ningún momento Rodríguez Cely acepta tener un conocimiento detallado, más allá de las promesas de una teórica rentabilidad superior, que nunca se concretó en determinarle cómo incidía en su masa de ahorro individual, para obtener una prestación pensional similar o superior a la del RPM.*
> *(…)*
> *La redacción del precepto no deja duda alguna respecto de la obligatoriedad del deber de entrega de información a los usuarios, lo cual es un imperativo, que se deduce nítidamente de la redacción dada por el legislador en la frase: «deben suministrar a los usuarios (subrayas de la Sala)», por lo que la aparente desidia del interesado en indagar por las condiciones y características señaladas en precedencia, no tiene por virtud relevar o excusar al fondo privado de los deberes que legalmente le correspondían, pues en tratándose de normas de orden público, como las aquí referidas, atinentes a la seguridad social que es un derecho de carácter constitucional irrenunciable, éstas no quedan al arbitrio o disposición de los intervinientes en el acto, porque precisamente, el fundamento de la ineficacia es su incumplimiento.*
>
> *En breve, el desinterés del potencial afiliado no releva en manera alguna a la AFP del cumplimiento de brindar información con la calidad y oportunidad que se ha señalado en la ley y en la jurisprudencia*
> *(…)*
> *De esta suerte, en la vida laboral normal de una persona es perfectamente factible hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre administradoras, sin que evento signifique que la AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información a que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores.*
> *(…)*
> *La comprensión, entre otros, de los tópicos someramente enumerados, es lo que permite completar la triada de que ha venido hablando la jurisprudencia, en el sentido de se conjuguen la información*

objetiva, la circunstancia subjetiva de cada individuo y la asesoría externa, que conlleven a la toma de la mejor decisión en materia pensional, que a no dudarlo, no es un tema menor, en el ciclo vital-laboral de cada individuo."

Entonces, del examen del citado medio probatorio recaudado en el presente asunto se tiene que, el mismo no aporta elementos que permitan esclarecer si el actor recibió información integral respecto de los regímenes pensionales su funcionamiento, acceso a las prestaciones, funcionamiento del Sistema General en Pensiones e implicaciones de cambio de régimen entre otros.

A raíz de lo expuesto profusamente en precedencia se concluye que, **COLFONDOS S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** no ilustraron al señor **JOSE MANUEL SUSO DOMINGUEZ** acerca de las implicaciones del traslado de régimen y su posterior permanencia en el RAIS, todo ello, previó a surtirse el **traslado de régimen realizado el 01/06/1994 con Colfondos y los posteriores realizados dentro del RAIS con Pensionar-Old Mutual hoy Skandia el 01/06/1996, con Protección el 01/08/2009 y con Skandia el 01/11/2012**, con la finalidad de que el actor pudiera haber tomado su decisión informada, libre y voluntaria que se ajustara a sus intereses, tal como lo señala el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 literal b), situación que no se presentó, por ende, al no acreditarse el cumplimiento del deber de información, asesoría y buen consejo, implica que nunca lo acataron las accionadas del RAIS configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto se recuerda que consiste en privar de todo efecto práctico el traslado de régimen bajo la ficción jurídica de que, el accionante nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

3.2. Devolución de Recursos Pensionales y otros Rubros

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del demandante *(traslado de régimen y posteriores)*, que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales debido a la proximidad del cumplimiento del requisito de edad para pensionarse del actor, entonces para que **COLPENSIONES** conserve incólume la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P. del señor **SUSO DOMINGUEZ** implicaría imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo regente del RPMPD, las cuales recaen en **COLFONDOS S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** por la omisión del deber

de información obligándoseles a retornar todos los recursos, comisiones, gastos y demás emolumentos.

En cuanto a los gastos de administración se reitera por esta Sala que, la ineficacia busca borrar de plano el traslado de régimen, volviendo las cosas al estado anterior y, por otro lado, los fondos tuvieron en su poder los recursos, los cuales usufructuaron, por ende, deben devolverlos en toda su integridad al sistema con destino a **COLPENSIONES**.

De las sumas adicionales de la aseguradora se constata que, no hay reconocimiento alguno de prestación por invalidez o sobrevivencia por parte de **SKANDIA S.A.**, por ende, no hay lugar a imponer devolución alguna por concepto de suma adicional de aseguradora por lo que se revocará dicha condena.

Del llamado en garantía de **MAPFRE** encuentra la Sala que no tiene lugar, toda vez que, el acto de afiliación signado de ineficaz es producto de la omisión del deber de información para con el demandante en que incurrió **COLFONDOS S.A.** en el traslado de régimen así como los posteriores efectuados dentro del RAIS con **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, por ende, la sanción de transferir gastos de administración y en consecuencia las primas de seguros previsionales corre por cuenta en este caso a cargo de **SKANDIA S.A. , COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, **con** cargo de su propio patrimonio y no al tercero de buena fe que en este caso es la aseguradora, por ende, se confirmara el fallo en este aspecto por medio del cual se absolvió a la aseguradora.

En razón de lo expuesto y la consulta surtida en favor de **COLPENSIONES**, se adicionará al numeral Tercero en el sentido de condenar a **COLFONDOS S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** los rubros por concepto de las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a su propio patrimonio por los periodos en que estuvo afiliado el demandante en cada AFP del RAIS junto con sus respectivos rendimientos y retornar al accionante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron.

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, en especial la sentencia SL2946-2021[2], todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común.

3.3. Prescripción

El traslado de régimen pensional se encuentra ligado al derecho irrenunciable e imprescriptible a la Seguridad Social de cada individuo entre los cuales esta, el derecho a la pensión de vejez que tiene la misma connotación, en consideración a que se constitucionalizó el derecho a la Seguridad Social en el artículo 48 de la Carta Política, por lo que la acción de ineficacia de traslado de régimen pensional no tiene término de prescripción[3], toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite temporal a reivindicar aspectos 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.

De la aplicación del fenómeno prescriptivo en los gastos de administración, cabe destacar que, dichas sumas debieron ser descontadas y atribuidas a la administradora del RPMPD, siendo por conexidad imprescriptibles y de no

---

[2] *"Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).*

[3] *CSJ - SL2946-2021 "En cuanto a esta excepción que Colfondos S.A. propuso, corresponde reiterar lo dicho en precedencia, esto es, que 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). Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general 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 […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*

Finalmente, en lo que al medio exceptivo de prescripción planteado por las demandadas respecta, es de señalar que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019)."

ordenarse su restitución al fondo primigenio se generaría un detrimento patrimonial a **COLPENSIONES**, máxime que, **SKANDIA S.A.** se le impone dicha condena a título de sanción con cargo a su propio patrimonio por la omisión al deber de información conforme a los efectos de la ineficacia, por ende, no prospera la apelación en este sentido.

3.4. Costas Procesales

El legislador establece que, dicha noción 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.

Costas en esta instancia a cargo de **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**

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: REVOCAR PARCIALMENTE del numeral SEGUNDO de la Sentencia Consultada y Apelada N° 060 del 28 de marzo del 2022, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali la condena impuesta a **SKANDIA S.A.-OLD MUTUAL-PENSIONAR** de las sumas adicionales de la aseguradora por las razones expuestas en esta providencia. CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral TERCERO de la Sentencia Consultada y Apelada N° 060 del 28 de marzo del 2022, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.**, **SKANDIA S.A.-OLD MUTUAL-PENSIONAR** y **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** los pagos por concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a su propio patrimonio por los periodos en que estuvo afiliado el señor **JOSE MANUEL SUSO DOMINGUEZ** en cada AFP del RAIS junto con sus respectivos rendimientos y

retornar al accionante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial la Sentencia Consultada y Apelada N° 060 del 28 de marzo del 2022, emanada del Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, como agencias en derecho se estiman en la suma de $1.500.000 cada una y en favor del demandante **JOSE MANUEL SUSO DOMINGUEZ**.

QUINTO: 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. En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

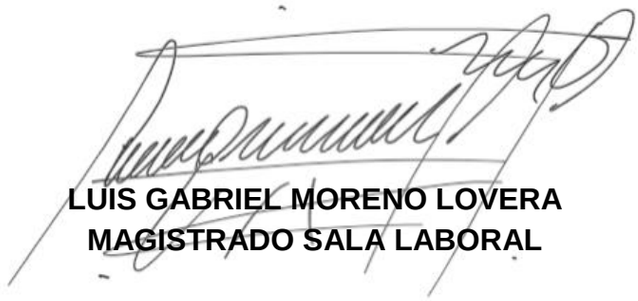
NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO VIRTUAL EFICAZ

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
MAGISTRADO SALA LABORAL

Art. 11 Dec. 491/28-03-2020

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
MAGISTRADA SALA LABORAL



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
MAGISTRADO SALA LABORAL

Firmado Por:

Carlos Alberto Oliver Gale
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 005 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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: **1ff30d261de7ac9d5d55160991aaedb8075e203223c897d0b52dd88c2f35b800**
Documento generado en 29/04/2022 03:24:51 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica