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

**AUDIENCIA NÚMERO 015**

Juzgamiento

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

**SENTENCIA NÚMERO 017**
**Acta de Decisión N° 006**

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, en asocio de los Magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** integrantes de la **SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL**, proceden a dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Consulta y Apelación de la Sentencia N° 226 del 25 de agosto del 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **HASLY AMPARO LADINO VELASQUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.,** bajo la radicación N° 76001-31-05-014-2019-00683-01.

**ANTECEDENTES**

La señora **LADINO VELASQUEZ**, por conducto de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia contra **COLPENSIONES**, **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** con el objeto de que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado efectuado con **PORVENIR S.A.**; se ordene a **SKANDIA S.A.,** trasladar a **COLPENSIONES** sus aportes, rendimientos gastos de administración y seguro previsional; se ordene a **COLPENSIONES**

aceptar su traslado del RAIS y se condenen a las demandadas al pago de costas procesales.

Informan los hechos de la demanda que, la actora nació 18/08/1960; que efectuó cotizaciones al RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES**, desde el 11/09/1978; que el 18/05/1994, se trasladó al RAIS con **PORVENIR S.A.**; que el 30/07/1996, se trasladó a PENSIONAR hoy **OLD MUTUAL S.A.**; afirma que no recibió asesoría por parte de **OLD MUTUAL S.A.**, antes de cumplir sus 47 años respecto de la posibilidad de retornar al RPMPD, quedando inmersa en la prohibición de trasladarse, faltando a su deber de información tanto como **PORVENIR S.A.** y **OLD MUTUAL S.A.**

Manifiesta que ha cotizado un total de 1.495,71 semanas al sistema; que el 06/03/2019, radicó solicitud de afiliación ante **COLPENSIONES**, empero, la entidad se negó aduciendo que estaba a menos de 10 años para pensionarse; que el 07/03/2019, presentó petición ante **COLPENSIONES** pretendiendo la nulidad del traslado de régimen, sin embargo, el 08/03/2019 el fondo se negó.

Que el 04/06/2019, solicitó la ineficacia de su traslado ante **PORVENIR S.A.**, no obstante, la entidad el 25/06/2019 expresó que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria; que el 12/03/2019, solicitó ante **OLD MUTUAL S.A.** el soporte de la asesoría brindada e información de la posible mesada, empero, el 03/04/2019 la entidad no dio respuesta respecto de la asesoría e indicó que su mesada ascendería a $1.806.000.

Señaló que, no se le brindó por parte de **PORVENIR S.A.** y **OLD MUTUAL S.A.**, asesoría ni información acerca de los traslados y sus implicaciones.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

**COLPENSIONES** manifestó que son ciertos los hechos del 1° al 4° y del 10° al 15°; que no le constan del 5° al 9°, 16° al 19°, el 26° y 27°; respecto del resto afirmó que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y propuso

como excepciones de fondo las que denominó como: *la Innominada, Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, Buena fe y Prescripción.*

**PORVENIR S.A.** indicó que son ciertos los hechos 1°, 2°, 4°, 14° y 15°; que no son ciertos el 5°, 8°, 21° y del 23° al 26°; en cuanto a los demás adujó que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las que denominó como: *Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.*

**SKANDIA S.A.** por su parte señaló que son parcialmente ciertos los hechos 6°, 9°, 13°, 16°, 18° y 19°; que no son ciertos el 8°, 17°, 22°, 23°, 24° y 27°; respecto del resto manifestó no constarle. Se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las que denominó como:

*Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Old Mutual no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, Skandia no participó ni intervino directamente en el momento de traslado de fondo, la demandante se encuentra inhabilitada 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, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocada por la demandante, Prescripción, Buena fe y Genérica.*

## DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia N° 226 del 25 de agosto del 2020, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali resolvió:

*"PRIMERO: DECLARAR la nulidad e ineficacia de la afiliación de la señora HASLY AMPARO LADINO VELASQUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.555.275 al régimen de ahorro individual administrado por AFP PORVENIR S.A. realizado en el mes de mayo de 1994 y el traslado de AFP realizado a OLD MUTUAL S.A., su actual fondo en el mes de agosto de 1996, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, con los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia. esto es el traslado de todo el capital de la cuenta de la afiliada, los rendimientos, gastos de administración y el bono pensional, si lo hubiere.*

*TERCERO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones – a aceptar el traslado de la señora señora HASLY AMPARO LADINO VELASQUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.555.275 al régimen de prima media con prestación definida administrada por dicha entidad.*

*CUARTO: COSTAS a cargo de las demandadas Porvenir SA, Colpensiones y Old Mutual y como agencias en derecho se fija la suma de $1.000.000 que cada demandada debe pagar a favor de la parte demandante."*

**RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con lo resuelto en primera instancia, los apoderados judiciales de **COLPENSIONES**, **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** interpusieron recurso de apelación contra el proveído bajo las siguientes premisas:

El apoderado de **COLPENSIONES** manifiesta que, el juzgador no tuvo en cuenta la totalidad de dinero a trasladar, tales como el saldo de la cuenta de rezagos entre otros emolumentos, solicitando la ampliación de la sentencia en este aspecto; se revise la condena en costas; que la entidad se limitó a su deber legal, por lo cual debería ser absuelta en lo que fue condenada.

La apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó que, se declare probadas las excepciones propuestas en la contestación y se absuelva a la entidad; aduce que para la fecha del traslado la única carga por escrito que se le imponía al fondo era el formulario de afiliación, no era necesaria que la información se le diera por escrito y se le proporcionó la misma de forma verbal; que el deber de información también se encontraba en cabeza de la demandante y no se puede premiar la desinformación ni que haya algún tipo de posición dominante respecto de la AFP.

Que la acción de solicitar se ineficacia se encuentra prescrita, toda vez que, no se le vulnera el acceso a la pensión porque la actora puede acceder a ella siempre y cuando cumpla con los requisitos de ley en el RAIS; que la demandante guardo silencio y solo espero a estar inmersa en la prohibición legal para trasladarse; que se suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria; que se declaró la nulidad y/o ineficacia, dos figuras totalmente diferentes, que el año 96 se trasladaron todos los aportes que poseía la demandante en su cuenta a **OLD MUTUAL S.A.** hoy **SKANDIA S.A.**, y al no tener ninguna suma, se le ordenó a la entidad devolver capital, rendimientos, gastos de administración entre

otros, siendo que las sumas ya fueron entregadas a la AFP en la que se encuentra actualmente afiliada la demandante.

Que no se pueden retornar los gastos de administración por cuanto estos se encuentran causados como contraprestación de los rendimientos generados y si se ordenan devolver se generaría un detrimento patrimonial de **PORVENIR S.A.** y un enriquecimiento sin causa en favor de **COLPENSIONES**; que de declararse la nulidad conforme al art. 1746 del C.C. la actora es quien debe cargar con la desmejora de su inversión.

La apoderada de **SKANDIA S.A.,** aduce que, el juzgador declaró indistintamente la nulidad y/o ineficacia, dos figuras totalmente diferentes no solo en conceptos sino en sus efectos no siendo claro que efectos deben surtirse en el presente caso; que la devolución de gastos de administración, aportes y demás no es posible debido a que, y como se indicó en las excepciones de fondo formuladas, la entidad tiene aprobado un traslado de recursos al fondo que la demandante seleccionó, traslado que no se ha materializado a la fecha.

Que está en desacuerdo con el retorno de gastos de administración que el juez indistintamente aplicó las consecuencias de una ineficacia y en la parte resolutiva ordenó la devolución de dichos gastos pero en la motiva nada se indicó y se argumentó el retorno de estos; que el traslado de los recursos están regulados por mandato legal y en la norma nada se dice que deban retornarse gastos de administración, además en concordancia con lo preceptuado por la Superintendencia financiera se estableció que dichos emolumentos no deben ser devueltos, no existiendo sustento de orden legal para la devolución de estos gastos que sirvieron para contratar las pólizas que cubren los riesgos IVM, teniendo que acudir al propio patrimonio de la entidad que le causaría un perjuicio y afectación en su sostenibilidad; finalmente aduce que frente a los gastos si opera la prescripción pues estos dineros se apartan del IBC y no forma parte del capital pensional de la actora

Esta sentencia se conoce también en grado de competencia funcional de consulta por ser adversa a Colpensiones, respecto de la cual es garante la Nación.

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

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### Caso Concreto

Encuentra la Sala que se circunscribe el problema jurídico en establecer si es procedente o no la declarar de ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por la señora **HASLY AMPARO LADINO VELASQUEZ** del RPMPD del **ISS** hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y el posterior traslado a PENSIONAR hoy **SKANDIA S.A.** junto con la devolución de gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos; prescripción y costas procesales.

Descendiendo al caso objeto de estudio en Consulta y Apelación; la Sala debe determinar si **PORVENIR S.A. y PENSIONAR hoy SKANDIA S.A.** le suministraron a la señora **LADINO VELASQUEZ**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados; información que le permitiera conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo en cabeza de las AFP´S del RAIS hacia la señora **LADINO VELASQUEZ**, comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

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

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

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

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

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

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

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

*"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."*

Es menester resaltar que, recientemente en Sentencia SL1452-2019 del 3 de abril del año 2019, Radicación N° 68852 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiterada en la Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, Radicación N° 68838 de la misma ponente; providencias en la cual la Sala de

Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estudió la figura de la ineficacia del traslado e indicó como puntos de análisis los siguientes:

*"Con el fin de ofrecer una mirada completa a los problemas jurídicos que plantea la recurrente, la Corte analizará (1) la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado."*

Para finalmente concluir que:

*"De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal cometió todos los errores imputados, Tercero, al sustraerse de su deber de verificar si la AFP brindó al afiliado información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado; segundo, al plantear que la suscripción del formulario de afiliación era suficiente para materializar el traslado; tercero, al invertir la carga de la prueba en disfavor de la demandante y, cuarto, al supeditar su ineficacia a que el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse."*

Por otro lado, en Sentencia SL3464-2019 del 14 de agosto del 2019 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló que:

*"(…) declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre)."*

Sobre la ineficacia, es menester traer a colación la consecuencia legal contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, el cual prescribe que, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor a una multa determinada en la norma y **la afiliación respectiva quedará sin efecto**.

La información adquiere especial relevancia en este tipo de actos como lo son el traslado de régimen pensional, para lo cual las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado tanto ventajas como desventajas, así se estableció en Sentencia del 3 de septiembre del año 2014, SL12136-2014, Radicación N° 46292, la Corte Suprema de Justicia:

*"Para este tipo de asuntos, se repite tales, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el **monto de la pensión que en cada uno se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación**. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba siendo aplicable."*

Ahora bien, respecto a las figuras de nulidad e ineficacia, es necesario puntualizar que la Alta Corporación ha indicado que:

*"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, **el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas** (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, **resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada**.*

*(…) Es claro entonces que **la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable**, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada**, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos**."*

*(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

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

Del interrogatorio de parte rendido por la demandante se tiene que:

Manifestó que en una charla grupal OLD MUTUAL S.A. hoy **SKANDIA S.A.** le ofreció mejores condiciones económicas para trasladarse; que preguntó si tendría alguna clase de perjuicio respecto del traslado de sus

aportes y el fondo le expresó que no; que se trasladó de **PORVENIR S.A.** a OLD MUTUAL S.A. hoy **SKANDIA S.A.** porque le ofrecieron mejores rendimientos y servicios; afirmó que no ha solicitado traslado cuando la apoderada le indicó que había un traslado aprobado; manifestó que no se le entregó comparativo de los regímenes; que se acercó en el 2019 a **OLD MUTUAL S.A.** y le informaron que su mesada seria baja; expresó que firmó voluntaria y libremente el formulario de afiliación y que no realiza aportes voluntarios; de lo anterior se extrae que la actora se no recibió la debida información de manera oportuna, completa y veraz del traslado ejecutado entre AFP´S del RAIS y las consecuencias adversas de permanecer en dicho régimen frente a su pensión de vejez a futuro.

Respecto del formulario de afiliación es menester destacar que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que:

*"(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones,* ***no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado****".*

*(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

De lo anterior se extrae que, la simple firma en este tipo de documentos no exhibiría una comprensión integral del acto del traslado por parte de la actora; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación, puesto que, la aquí demandante debe conocer la totalidad de las aristas de sus traslados o por lo menos las más relevantes que tienen incidencia tanto positiva como negativamente en su derecho prestacional a futuro, situación que no se presentó. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

En cuanto a la carga de la prueba, la Corte ha sido enfática y ha establecido que les corresponde a los fondos de pensiones demostrar y acreditar las actuaciones encaminadas a que la actora conociera las implicaciones de sus traslados, veamos:

*Si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En consecuencia, si el afiliado afirma que, al realizarse el traslado de régimen pensional,*

***la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento****.*

*En ese sentido,* ***tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. En consecuencia, como el afiliado al sistema no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo****.*

*Al respecto, el artículo 1604 del Código Civil establece que* ***«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»****, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Ahora bien, la regulación normativa entornó al derecho a la información está tipificada en las siguientes normas aplicables al caso a manera informativa:

*Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y deberes de los afiliados y de las administradoras, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece el derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse; en conclusión como se expuso material probatorio que no aportaron los fondos demandados en este asunto. De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d)*.

Con relación a lo expresado en las apelaciones respecto de la declaratoria del juez de nulidad y/o ineficacia, tenemos que, con fundamento en el principio *iura novit curia*, le corresponde al juez determinar la norma aplicable al caso sujeto a su examen, amén de que, no es tan trascendente el nombre de la institución que se estudia, sino el contenido fáctico de la misma cuya calificación jurídica está en cabeza del juez conforme al citado principio, en aras de dar claridad se modificara el fallo en el sentido de declarar la ineficacia.

A raíz de lo ampliamente expuesto, se tiene que las AFP´S del RAIS, no le brindaron a la señora **HASLY AMPARO LADINO VELASQUEZ**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones de cada traslado ***-traslado de régimen con Porvenir suscrito el 18/05/1994-, -traslado entre Porvenir y Pensionar hoy Skandia suscrito el 30/07/1996-*** y ante

la imposibilidad de **PORVENIR S.A.** y PENSIONAR hoy **SKANDIA S.A.** de acreditar con material probatorio idóneo, el cumplimiento en su debido momento con su deber legal de información y buen consejo para con la demandante, implica que nunca lo acataron, configurándose la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen primigenio y los posteriores traslados efectuados por la actora, bajo la ficción jurídica de que la misma nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD.

**Devolución de Gastos de Administración y Rendimientos**

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

Aunado a lo anterior se procederá adicionar al numeral Primero del proveído, en el sentido de establecer que **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** deberán retornar a **COLPENSIONES** los pagos ejecutados por comisión de todo orden, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas con sus rendimientos causados de no haberse dado los traslados, así como la obligación de devolver a la actora las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.**

Se fundamenta esta decisión en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C., al no existir norma que regule la temática de ineficacia tanto en la Ley 100 de 1993 como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado artículo, posición que asume tanto la Jurisprudencia Civil como la Laboral.

**Prescripción de la Ineficacia**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, cabe resaltar que el traslado de régimen pensional está ligado al derecho irrenunciable e imprescriptible a la Seguridad Social, y más concretamente al derecho a la pensión de vejez, el cual tiene la connotación de imprescriptible; situación que se le comunica un aspecto esencial como el consentimiento informado al momento de un traslado de régimen, ello en consideración a que se constitucionalizó el derecho a la Seguridad Social en el artículo 48 de la Carta Política.

Respecto al tema, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, planteó sobre la prescripción de la acción de ineficacia del traslado lo siguiente:

> *"Sobre el particular, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.*
>
> *En efecto, de manera reiterada y pacífica, **la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles**. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.*
>
> *Dicho de otro modo: **no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración**. De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.*
>
> *(…)*
>
> *Conforme lo explicado, **los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados**. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión»."*

En conclusión, el derecho a solicitar la Ineficacia del Traslado no tiene término de prescripción por la misma naturaleza intrínseca de los hechos o estados jurídicos que tienen incidencia directa o indirectamente en el derecho a la pensión; así lo determinó la Alta Corporación.

Ahora bien, las sumas descontadas por gastos de administración y demás comisiones que se ordenaron retornar a **COLPENSIONES**, son los emolumentos que se generan en ambos regímenes y bajo la premisa 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 de vejez, invalidez y muerte, siendo por conexidad imprescriptibles y de no ordenarse su devolución al fondo primigenio afectaría la sostenibilidad del sistema pensional generando un detrimento en el patrimonio de **COLPENSIONES** en favor de **SKANDIA S.A.** entidad ultima que se le impone dicha carga a su propio patrimonio por la omisión al deber de información, razón por la cual se ha de confirmar la decisión del juez en ese aspecto con su respectiva ampliación.

Finalmente, respecto de la condena en costas procesales de primera instancia, se tiene que esta es una condena preceptiva que se impone a la parte que pierde el proceso y/o le resulta desfavorable el recurso de apelación conforme al artículo 365 numeral 1 del C.G.P. y **COLPENSIONES** al ostentar la calidad de vencida hay lugar a dicha condena, razón por la cual se dejara incólume esta parte de la decisión.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **COLPENSIONES**, **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.**, conforme a la preceptiva legal antes citada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE** el numeral Primero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 226 del 25 de agosto del 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por la señora **HASLY AMPARO LADINO VELASQUEZ** del RPMPD administrado por el I.S.S. hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al RAIS regentado por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el posterior traslado entre AFP´S del RAIS con

PENSIONAR hoy **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

**Y ADICIONAR** en el sentido de, **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, los pagos ejecutados por comisión de todo orden, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas con sus rendimientos causados de no haberse dado los traslados, así como la obligación de devolver a la actora las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.**, confirmar dicho numeral en lo demás.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 226 del 25 de agosto del 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, como agencias en derecho de segunda instancia se estipula la suma de $900.000 cada una y en favor de la demandante.

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

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

**Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:**

**CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**

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

**MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**

**LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**

**Firmado Por:**

**CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**
**Despacho 005 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
**5d62ff158ad5e729a5a487950ab3842fe9960a316db619b365ceb9811ef39f0e**
Documento generado en 29/01/2021 10:34:36 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica**