



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

AUDIENCIA NÚMERO 072

Juzgamiento

Santiago de Cali, doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 072

Acta de Decisión N° 020

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° 322 del 26 de noviembre del 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia identificado con el radicado único nacional N° 76001-31-05-003-2020-00355-01, instaurado por la señora **CLAUDIA MARÍA MILLÁN ZÚÑIGA** 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.**

ANTECEDENTES

La señora **MILLÁN ZÚÑIGA** pretende vía judicial que, se declare la ineficacia de su afiliación efectuada del RPMPD al RAIS con **PORVENIR S.A.**, sin solución de continuidad y ninguna restricción; como secuela de lo anterior se ordene su retorno a **COLPENSIONES**; se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, comisiones y seguros por el lapso de tiempo en que estuvo vinculada; se ordene a **SKANDIA S.A.** retornar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, comisiones y



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

demás acreencias junto con sus rendimientos por el tiempo en que estuvo afiliada; finalmente solicitó que se condenen en costas procesales a las demandadas.

Informan los hechos relevantes de la demanda que, la actora nació el 12/01/1966; que se vinculó al ISS regente en su momento del RPMPD desde el 11/12/1992; que en septiembre de 1999, se trasladó a **PORVENIR S.A.**; afirma que en el proceso de afiliación fue abordada por un promotor de **PORVENIR S.A.**, quien la convenció de trasladarse al RAIS bajo la premisa de que en el mentado fondo recibiría una pensión de valor superior; indica que, no se le explicó las condiciones del traslado, ni se le realizó proyección pensional; que no se le informó de manera clara y por escrito el derecho que tenía a retractarse de su afiliación ni la posibilidad de retornar al RPMPD antes de que le faltare menos de diez años para cumplir la edad requisito para la pensión de vejez.

Manifiesta que, en el año 2002 estuvo afiliada a OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** y posteriormente retornó a **PORVENIR S.A.** en agosto del 2005; expresa que elevó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES** con el fin de obtener la nulidad de su traslado, empero, la entidad se negó.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES indica que son ciertos los hechos relacionados del 1° al 3° y 9°, respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *Inexistencia de la obligación, Buena fe de la entidad demandada, Prescripción, Legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y la Innominada o Genérica.*

SKANDIA S.A. manifiesta que es cierto el hecho 1° y 8°, en cuanto a los demás señala que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las denominadas: *Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad y Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.*



PORVENIR S.A. por su parte manifiesta que es cierto el hecho 1°; que son parcialmente ciertos el 3° y 8°; que no le consta el 2° y 9°; respecto de los demás afirma que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 322 del 26 de noviembre del 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado que hizo CLAUDIA MARIA MILLAN ZUÑIGA al Régimen de Ahorro Individual administrado por COLPATRIA S.A., y de los traslados entre fondos realizado a SKANDIA. y PORVENIR S.A. ultimo al que se encontraba afiliado

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, SE ORDENA a PORVENIR S.A., trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de CLAUDIA MARIA MILLAN ZUÑIGA al Régimen de Prima Media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES -.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, proceda aceptar el traslado de CLAUDIA MARIA MILLAN ZUÑIGA del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida, junto con el dinero que tenga en su cuenta individual y sus rendimientos financieros.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte vencida en juicio. Se fija lo suma de \$1.000.000 como agencias en derecho a cargo de PORVENIR SA., y \$4.000.000 a cargo de SKANDIA, y a favor de la parte actora Se ABSUELVE de este rubro a la ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- por las razones señaladas en la parte motiva.

QUINTO: CONSULTAR el presente proceso por resultar adverso a los intereses de COLPENSIONES-.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con lo resuelto en primera instancia, los apoderados judiciales de todos los extremos interpusieron recurso de apelación contra el proveído bajo los siguientes argumentos:



- El apoderado de **COLPENSIONES** manifiesta que, la afiliación efectuada por la demandante se realizó en ejercicio a su libre escogencia de fondo conforme a la ley; no pudiéndose predicar un error en el vicio del consentimiento no existiendo razones fácticas ni jurídicas para que la entidad considere afiliada a la demandante quien en la actualidad se encuentra válidamente afiliada en otro fondo, solicitando al superior revocar la sentencia.

- La apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó que, se declare probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y se absuelva a la entidad, para lo cual se esgrimió que la información proporcionada a la actora para el año 99 se entregó de forma verbal y para dicho momento no existía obligación de dejar documentada la asesoría brindada a los potenciales afiliados, que el único documento exigible era el formulario de afiliación siendo improcedente que se solicite algún documento adicional que para la fecha no era exigible; que Porvenir cumplió con todas sus obligaciones legales en su momentos, pues solo desde el 2015 se implemento el deber de información respecto de los regímenes; que no puede colegirse ni por acción u omisión la consecuencia de la ineficacia pues a la fecha la actora no ha presentado ninguna inconformidad, queja o reclamo ante Porvenir.

Que del interrogatorio efectuado por Skandia, la actora indica que al momento de trasladarse con Colpatria se le expresó que el ISS desaparecería y al darse cuenta que el ISS continuó decide trasladarse a otra AFP privada y tiempo después regresar a Porvenir nuevamente, denotando voluntariedad de permanecer en el RAIS y solo cuando está cerca de pensionarse surge su inconformidad concluyéndose que la necesidad de retornar al RPMPD no es por la falta al deber de información sino a razones de orden económico y su expectativa en el monto de su pensión; que respecto del tema central que es la afiliación, esta le es aplicable la prescripción; aduce que no se está frente a una relación de carácter contractual sino administrativo y no se puede premiar la desinformación de la demandante ni que haya algún tipo de posición dominante, aceptando la ignorancia de la ley como excusa.

Que la ineficacia trae consigo que la afiliada nunca se trasladó, por ello no hay lugar a retornar los rendimientos; respecto de los gastos de administración indica



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

que Porvenir no incurrió en ningún tipo de falta de derecho no siendo viable que se le afecte su patrimonio al devolver dichas comisiones, que no es posible devolver estos dineros por cuanto se tratan de sumas ya causadas por la debida administración de los recursos generándose unos rendimientos.

- La apoderada de **SKANDIA S.A.** indica que, al momento de que la actora tomó su decisión libre y voluntaria de afiliarse con el fondo, se cumplió con todas las obligaciones en materia de información que se exigía al momento en el año 2005; y durante el tiempo que estuvo afiliada la entidad acató sus obligaciones de administrar y cuidar los aportes de la actora, destaca que, no es viable declarar la ineficacia puesto que, en el proceso no obra prueba alguna que demuestre que se incurrió en una indebida información, pues la información se dio de manera verbal; que Skandia no tuvo injerencia en el traslado de régimen pensional, el cual se dio con Porvenir en el año 99 y en la actualidad el fondo no administra los recursos de la actora debido a que se trasladó el 2005 a Porvenir; que Skandia actuó conforme a derecho al momento de la afiliación; que las otras entidades demandadas Colpensiones y Porvenir se opusieron y formularon excepciones, llamando la atención que a Skandia se le condenó a una suma mas alta ascendiendo a \$4.000.000 en comparación con las otras demandadas, situación anómala al observarse que las otras demandadas se opusieron y ejercieron su defensa resultando trato injustificado a la entidad, solicitando se revoque la sentencia y se ajuste la condena en costas a Skandia.

- El apoderado de la parte demandante indica que, no comparte la decisión de exoneración de costas a Colpensiones, puesto que, si bien al momento de presentar la reclamación la entidad se niega acceder a la solicitud de retorno al RPMPD con base legal, se tiene que, al contestar la demanda presenta oposición a la misma y formula excepciones de fondo que fueron resueltas de forma desfavorable Colpensiones y conforme al 365 del C.G.P. la parte vencida debe ser condenada en costas, solicitó que se modifique el numeral Cuarto en el sentido de imponer la mentada condena a Colpensiones.

En segunda instancia las partes presentaron alegatos de conclusión que corresponde a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la sentencia se da respuesta a los mismos.



CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión Preliminar

Esta sentencia se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta por ser adversa a Colpensiones, respecto de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

Caso Concreto

Encuentra la Sala que se circunscribe el problema jurídico en establecer si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por la señora **CLAUDIA MARIA MILLAN ZUÑIGA** del RPMPD del ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** y los posteriores traslados entre AFP'S del RAIS ejecutados con **SKANDIA S.A.** y HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**; como secuela de lo anterior el traslado de los recursos causados por la demandante en el RAIS tales como aportes, gastos de administración y rendimientos entre otros, estudio de la prescripción y Costas procesales.

Descendiendo al caso objeto de estudio en Consulta y Apelación; la Sala debe determinar si COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** le suministraron a la señora **MILLAN ZUÑIGA**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar cada uno de 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 mentadas AFP'S hacia la demandante, 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.”

Respecto a los múltiples traslados de AFP:



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

“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”.

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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, 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 el presente asunto desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando solo sus consecuencias prácticas.

Respecto del formulario de afiliación suscrito entre la demandante y las demandadas regentes del RAIS, es menester destacar que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado respecto al tema 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 traslado y posterior permanencia en el RAIS, o por lo menos los más relevantes que tienen incidencia tanto positiva como negativamente en su derecho prestacional a futuro. *(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 su traslado, así lo determinó la Corte Suprema de Justicia:

*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:

Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y deberes de los afiliados y de las administradoras, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece el derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse.

De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d).

Del interrogatorio de parte efectuado por la apoderada de **SKANDIA S.A.** a la señora **MILLAN ZUÑIGA** se tiene que, fue clara y contundente al manifestar que los asesores del mentado fondo y de Porvenir con el fin de lograr su traslado le señalaron que en cada fondo percibiría una pensión de valor superior, que obtendría mejores utilidades, que no le indicó que podría regresar al RPMPD antes de estar a diez años o menos de adquirir la edad requisito para pensionarse, que los promotores aducían que el ISS se acabaría y le convenia trasladarse a los fondos por la rentabilidad; de lo anterior se colige que la actora no recibió ningún tipo de información o asesoría respecto de los efectos de su traslado, características de los regímenes y demás factores.

A raíz de lo ampliamente expuesto, se tiene que COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.**, no le brindaron a la señora **CLAUDIA MARIA MILLAN ZUÑIGA**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones de cada traslado que a continuación se relacionan conforme a reporte de Asofondos que obra en el expediente:



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

TIPO DE TRASLADO	ENTIDAD ORIGEN	ENTIDAD RECEPTORA	FECHA EFECTIVA DEL TRASLADO
Traslado de régimen	(ISS) COLPENSIONES	(COLPATRIA) PORVENIR	01/09/1999
Cesión por Fusión	COLPATRIA	HORIZONTE	29/09/2000
Traslado de AFP	(HORIZONTE) PORVENIR	SKANDIA	01/03/2002
Traslado de AFP	SKANDIA	PORVENIR	01/09/2005

Y ante la imposibilidad de las demandadas 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, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen primigenio y los posteriores traslados efectuado 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, dada la proximidad para 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 **CLAUDIA MARIA MILLAN ZUÑIGA**, implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que debe subsanar COLPATRIA-HORIZONTE hoy **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 Segundo del proveído en estudio, en el sentido de establecer que **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** deberán retornar a **COLPENSIONES**, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; cancelar y remitir al



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante, 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, todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado de la demandante al fondo común.

Prescripción

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*



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.

(...)

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adocinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión».

En conclusión, el derecho a solicitar la Ineficacia del Traslado no tiene término de prescripción 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.

Costas

Respecto de lo esgrimido por la apoderada de **SKANDIA S.A.** de las Costas inequitativas la Sala advierte que, la oportunidad procesal para controvertir tal aspecto conforme al artículo 366 numeral 5 del CGP, es a través del recurso de apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.

Ahora bien de lo manifestado por el apoderado de la parte demandante se tiene que, las costas y agencias en derecho 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., sin considerar talantes de orden subjetivo, entonces **COLPENSIONES** al ostentar la calidad de vencida le es aplicable dicha condena como lo expone el apelante , razón por la cual se revocara parcialmente el fallo en su numeral Cuarto y se condenara a Colpensiones al pago de costas de primera instancia, las cuales serán tasadas por el A quo en su oportunidad procesal.

Costas en esta instancia a cargo de todas las demandadas, 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: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 322 del 26 de noviembre del 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al pago de costas y agencias en derecho de primera instancia, la cuales serán tasadas por el Juez de primer grado en su oportunidad procesal, confirmar en lo demás el numeral.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 322 del 26 de noviembre del 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el pago de las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante, 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 COLPATRIA-HORIZONTE - **PORVENIR S.A.** y OLD MUTUAL- **SKANDIA S.A.**, Confirmar dicho numeral en lo demás.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada N° 322 del 26 de noviembre del 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

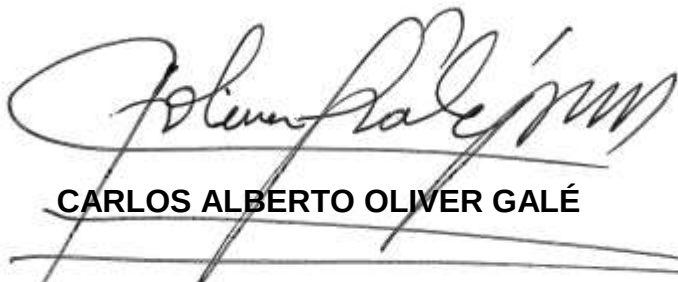
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., por la suma de \$1.000.000 cada una y en favor de la demandante.

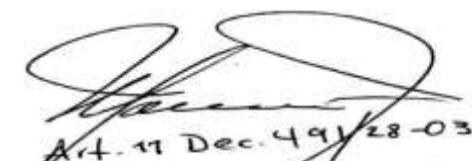
QUINTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de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

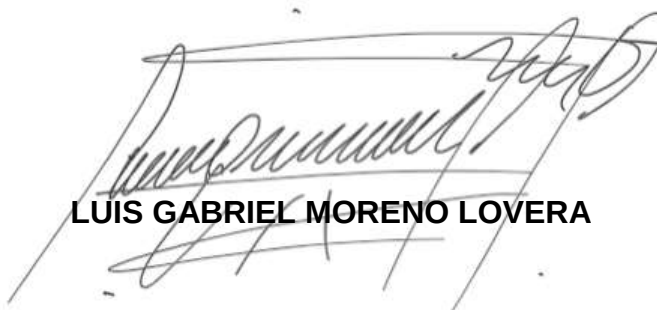
SEXTO: Por secretaría remítase copia de esta providencia a los correos registrados por las partes y apoderados. Déjese constancia en el expediente digital de esta remisión.

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

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:


CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ


Art. 11 Dec. 49128-03-2020
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:

8367c574884ad3b8780d2d3704e11a7bdfc6d274c9522573f7613b6221472bc4

Documento generado en 12/03/2021 08:33:14 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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