



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

**AUDIENCIA NÚMERO 097**

Juzgamiento

Santiago de Cali, dieciséis (16) de abril de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA NÚMERO 096**

**Acta de Decisión N° 026**

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° 042 del 10 de marzo del 2021, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia identificado con el radicado único nacional N° 76001-31-05-011-2020-00064-01, instaurado por el señor **ÁLVARO PACHÓN DE LA CRUZ** 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**

El demandante pretende vía judicial que, se declare la ineficacia de su traslado efectuado al RAIS; se condene a OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** retornar a **COLPENSIONES**, sus cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, intereses y rendimientos; se ordene a **COLPENSIONES** aceptarlo nuevamente como afiliado del RPMPD; finalmente solicitó que se condenen en costas procesales a las demandadas.

Informan los hechos relevantes de la demanda que, el actor nació el 13/10/1964; que se vinculó al RPMPD administrado por el ISS hoy

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

**COLPENSIONES**, desde el 19/02/1992 al 30/04/1996; que se trasladó al RAIS el 01/05/1996 con **PORVENIR S.A.**; que se trasladó nuevamente dentro del RAIS con OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.**, el 01/03/2018; indica que, cotizó 219.43 semanas ante el ISS, 1.120 semanas en Porvenir y 68.57 semanas en Old Mutual hoy Skandia, para un total de 1.408 semanas cotizadas al Sistema.

Aduce que, las AFP demandadas no le brindaron una asesoría adecuada, no se le suministró información de los beneficios y perjuicios de cada régimen, no le efectuó proyección pensional entre otros; que según calculo efectuado por su apoderado en **COLPENSIONES** su mesada ascendería a \$13.559.729; que OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.**, el 27/08/2019 realizó proyección pensional en el RAIS, arrojando una mesada probable de \$3.514.000; refiere que los fondos demandados omitieron el deber de información, viciando su consentimiento de cara a los traslados efectuados sin el pleno conocimiento de lo que entrañaban y su afectación negativa en la prestación.

Que el 02/08/2019, 08/08/2019 y 19/08/2019, elevó petición ante **PORVENIR S.A.**, **COLPENSIONES** y **SKANDIA S.A.** respectivamente esgrimiendo similares argumentos expuestos en precedencia y solicitando su traslado al RPMPD ante **COLPENSIONES** y **SKANDIA S.A.**; que el 29/08/2019, 28/08/2019 y el 27/08/2019, **PORVENIR S.A.**, **COLPENSIONES** y **SKANDIA S.A.** respectivamente emitieron respuesta indicando que no cumplía con los requisitos para el traslado al RPMPD.

**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 1°, 5°, 26° y 27°; respecto del resto señala que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones perentorias: *Inexistencia de la obligación y Cobro de lo no debido, la Innominada, Buena fe y Prescripción.*

**PORVENIR S.A.** manifiesta que son ciertos los hechos 1°, 5°, 6°, 9°, 24° y 25°; que no son ciertos los enumerados del 12° al 17°, 21°, 22° y 23°; en cuanto a los demás refiere que no le constan. Se opuso a las pretensiones

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

y propuso como excepciones de fondo las que denominó: *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 indica que son parcialmente ciertos el 7°, 10° y 20°; que no son ciertos del 11° al 16°, 18°, 19°, 21° y 23°; que son ciertos el 28° y 29°; respecto de los demás expresa que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo:

*El demandante antes de le entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, no contaba con la afiliación al régimen de prima media administrado por el liquidado Instituto de Seguros Sociales, 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 sentencia invocadas por la demandante, Prescripción, Buena fe y Genérica.*

**DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 042 del 10 de marzo del 2021, resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor ALVARO PACHÓN DE LA CRUZ, desde el 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, de conformidad con lo considerado en precedencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todas las cotizaciones, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado del señor ALVARO PACHÓN DE LA CRUZ.*

*TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

*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 ALVARO PACHÓN DE LA CRUZ, por el tiempo que este haya estado afiliado a cada una de las AFP del RAIS.*

*CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a que reciba al señor ALVARO PACHÓN DE LA CRUZ en el RPM y reciba las sumas provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE 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: CONDENAR en costas a las entidades 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 demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA S.A y COLPENSIONES.*

*SEXTO: Si no es apelada esta providencia, CONSÚLTESE con el Superior.”*

**RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con lo resuelto en primera instancia, los apoderados judiciales de **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** impetraron recurso de apelación contra el proveído conforme a los siguientes argumentos:

- La apoderada de **PORVENIR S.A.** indica que, Porvenir si cumplió con su deber de información como le era exigible para la época de afiliación en el año 1996, de manera que se le informó al demandante las características, beneficios, funcionamiento del sistema pensional colombiano; que no puede exigírsele al fondo el cumplimiento de una normatividad que no estaba vigente para la época de la afiliación, proyecciones pensionales y dejar constancia escrita de la afiliación o llegar a desincentivar al afiliado, obligaciones que surgieron con posterioridad a la fecha de afiliación con Porvenir; que el deber de información es de doble vía, por lo cual la condena impuesta no debería de existir si se parte de que la afiliación efectuada con la entidad tuvo plenos efectos y se ajustó a la ley vigente para dicha calenda.

Que el grado de escolaridad le permite tener mayor cercanía a las normas del sistema pensional colombiano y tienen conocimiento de los canales de información de la entidad, disminuyendo la asimetría entre la AFP y el afiliado; que si el efecto

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

de la ineficacia es que el acto no nació a la vida jurídica, el demandante no tuvo aportes en su cuenta de ahorro individual ni fueron administrados por Porvenir los recursos, no se habrían generado los rendimientos, por ello, no puede ordenarse su devolución pues técnicamente estos no hubieran existido.

Que no puede retornarse los gastos de administración y las sumas adicionales de la aseguradora, debido a que, el acto de afiliación fue totalmente válido y conforme a las restituciones mutuas no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos o mejoras, que para el caso del afiliado son los rendimientos y para el fondo son los gastos de administración los cuales debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado; que dichos gastos y sumas adicionales de la aseguradora ya fueron destinados como contraprestación a la gestión de los recursos y se encuentran extintas no siendo procedente su devolución.

Por último el Juez no tuvo en cuenta el traslado horizontal efectuado por el demandante y los actos de relacionamiento del traslado de Porvenir a Skandia, debiéndose tener en cuenta como manifestaciones de la voluntad del actor de permanecer en el RAIS y su funcionamiento; que la entidad no incurrió en ningún tipo de falta de derecho, por lo que no debería ver afectado su patrimonio al devolver los rendimientos, gastos de administración, cotizaciones y sumas adicionales si no se acreditó que Porvenir hubiera obrado de mala fe o en desconocimiento de la ley vigente.

- La apoderada de **SKANDIA S.A.** solicita que, se revoque el fallo aduciendo que el demandante no se encontraba afiliado al RPMPD, tal como constan en historias laborales emitidas por Skandia aportada por la entidad y el propio demandante, registra que el actor no realizó ni una sola cotización al RPMPD, no siendo procedente el retorno a un sistema pensional que no aportó; en gracia de discusión si el superior confirma el fallo, requiere que se revoque parcialmente la condena de gastos de administración, por cuanto la normatividad y los pronunciamientos de los órganos de control en temas de traslados indica que, nada se expresa frente a la devolución de los gastos, rubros que no se encuentran en las arcas de la entidad por cuanto los mismos cubrieron las pólizas de seguros, siendo imposible su retorno; que la prescripción si aplica para los comisiones de administración, debido que estas sumas no están destinados al capital para financiar la pensión del actor.



En segunda instancia las partes presentaron alegatos de conclusión que corresponde a lo debatido en primera instancia y en el contexto de esta sentencia se da respuesta a los mismos. (Artículo 15 del Decreto Legislativo No 806 de 2020).

## 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

Se circunscribe el problema jurídico en establecer si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **ALVARO PACHON DE LA CRUZ** del RPMPD del ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y el posterior traslado entre AFP'S del RAIS ejecutado con OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene el traslado de los recursos causados por el demandante en el RAIS tales como cotizaciones, gastos de administración, rendimientos entre otros, estudio de la prescripción y costas procesales.

El eje central estriba en determinar si **PORVENIR S.A.** y OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** le suministraron al señor **PACHON DE LA CRUZ**, 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 el 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 al demandante y su 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

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:

*“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 M.P. 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

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 los beneficios como los perjuicios, 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 insanable 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

sus particularidades exceptuando solo sus consecuencias prácticas, por ende, el presente asunto gravita en determinar la procedencia de la ineficacia de un traslado de régimen pensional producto de la omisión información de manera oportuna como antesala a la afiliación del demandante y no un simple traslado de régimen.

Respecto del formulario de afiliación suscrito entre el demandante y las demandadas regentes del RAIS, es menester destacar que, **PORVENIR S.A.** no lo aportó al plenario y OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** sí; no obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado respecto del mentado formulario 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 del actor; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación, puesto que, el demandante debe conocer los pormenores, los efectos de sus traslados y posterior permanencia en el RAIS, 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)*

De la carga de la prueba, la Corte ha sido tajante y ha determinado que les corresponde a los fondos de pensiones demostrar y acreditar las actuaciones encaminadas a que sus potenciales afiliados conocieran las implicaciones de sus traslados, 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***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

**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 del 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.** al demandante se determinó lo siguiente:

Manifiesta el señor **PACHON DE LA CRUZ** que, se trasladó a OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** debido a que la asesora se lo propuso y además tenía productos previos con la entidad; que solo se expresó que los tramites y la gestión con el susodicho fondo serían más amables; afirma que se afilió libre y voluntariamente con la salvedad de que no se le dio información adecuada; que no tiene claro los requisitos para pensionarse en **COLPENSIONES** y **SKANDIA S.A.**; señala que no se le hizo comparativo de pensiones ni proyecciones; finalmente indica que se encontraba afiliado al ISS desde antes del 93; de lo anterior se colige que el actor recibió una información precaria del traslado y no se le dio a conocer las características de los regímenes coexistentes entre otros factores.

A raíz de lo expuesto copiosamente se tiene que, **PORVENIR S.A.** y OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.**, no le brindaron al señor **ALVARO PACHON DE LA CRUZ**, una asesoría completa, adecuada y pertinente

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

de las condiciones de cada traslado, puesto que, la profesión y grado de escolaridad del demandante no exime las AFP de su deber de información para con los afiliados legos en este tipo de asuntos, máxime que, la formación académica del actor es del área de sistemas informáticos, profesión que no guarda relación de conocimientos del sistema general de pensiones y su normatividad.

Y la imposibilidad de las demandadas de acreditar el cumplimiento del deber legal de información y buen consejo para con el demandante, implica que nunca lo acataron, configurándose la ineficacia, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico los traslados efectuados por el actor, bajo la ficción jurídica de que el mismo nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD, contrario a lo que manifiesta la apoderada de **SKANDIA S.A.**, toda vez que, al plenario obra reporte de semanas cotizadas emitido por **COLPENSIONES** en el que se observa que el demandante si estuvo afiliado al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** desde el 19/02/1992 hasta el 31/05/1996, resultando infructuosa la apelación en este sentido.

**Devolución de Gastos de Administración y Rendimientos**

La ineficacia determina que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del demandante, que hoy, le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, dada la proximidad del cumplimiento del requisito de edad para pensionarse del actor; y en consecuencia para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P del señor **ALVARO PACHON DE LA CRUZ**, implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que debe subsanar los fondos del RAIS del extremo pasivo.

Aunado a lo anterior se adicionara al numeral Tercero del proveído en estudio, en el sentido de ordenar a **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante; devolver al actor 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 OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.**



Lo resuelto en previamente se fundamenta en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C., al no existir norma que regule la temática de ineficacia tanto en la Ley 100 de 1993 como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado artículo, posición que asume tanto la Jurisprudencia Civil como la Laboral; todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común.

### Prescripción

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*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

*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.

De los gastos de administración y demás emolumentos que se ordenaron retornar a **COLPENSIONES**, se tiene que, bajo los efectos de la ineficacia dichas sumas debieron ser descontadas por la administradora del RPMPD para la gestión del fondo común que va encaminado al reconocimiento de las prestaciones en el mentado régimen, siendo por conexidad imprescriptibles y de no ordenarse su restitución al fondo primigenio generaría un detrimento en el patrimonio de **COLPENSIONES** en favor de **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** entidades últimas que se les impone dicha condena con cargo a su propio patrimonio por la omisión al deber de información.

### Costas

Frente a la condena en costas y agencias en derecho a cargo de Colpensiones, se tiene que la susodicha 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; por ende, resulta acertado lo definido por el A quo en este sentido, razón por la cual este colegiado dejara incólume esta parte de la decisión.

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

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

### RESUELVE:



**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 042 del 10 de marzo del 2021, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de, **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** efectuar el traslado a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, los pagos por concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante; devolver al actor 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 **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA S.A.** Todas estas sumas deben ser devueltas junto con sus rendimientos. Confirmar en lo demás el citado numeral.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada N° 042 del 10 de marzo del 2021, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE 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 del demandante.

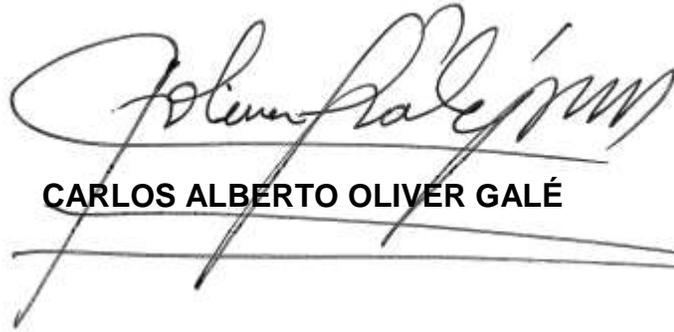
**CUARTO:** A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL  
**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:

**f2a6e8ee6eff82c23b9f300828bfea02ca6d46bad47c6de4b27f3144b2e5e8e2**

Documento generado en 16/04/2021 08:44:03 AM

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

REF. ORD. ÁLVARO PACHÓN DE LA CRUZ  
C/ COLPENSIONES Y OTROS  
RAD. 011-2020-00064-01

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**