



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

AUDIENCIA NÚMERO 128

Juzgamiento

Santiago de Cali, treinta (30) de abril de dos mil veintiuno
(2021).

SENTENCIA NÚMERO 125

Acta de Decisión N° 035

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° 163 del 30 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **ELENA CRUZ NARANJO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, bajo la radicación N° 76001-31-05-008-2019-00843-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones de la demanda consisten en que, se declare la ineficacia del traslado efectuado el 02/03/2001 con **PROTECCIÓN S.A.**; se declare sin solución de continuidad la afiliación realizada con el ISS hoy **COLPENSIONES**; se ordene a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez aceptar, el saldo de su cuenta de ahorro individual y rendimientos; finalmente requirió la condena de costas procesales a las demandadas.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, la actora nació el 15/09/1969; que se afilió al ISS desde el 21/08/1991; que se trasladó el 02/03/2001 a **PROTECCIÓN S.A.**; que la asesoría brindada por

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

el ejecutivo de **PROTECCIÓN S.A.** consistió en resaltar las ventajas del RAIS y sus beneficios, omitiendo estudio previo de su situación en concreto y núcleo familiar, características de los regímenes y la forma de acceso a las prestaciones en cada uno, modalidades de pensión en el RAIS, derecho de retracto y la posibilidad de retornar al RPMPD.

Que el 27/02/2002 se trasladó a OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.**, debido a la asesoría brindada por uno de sus asesores al comparar la rentabilidad con otros fondos; que solicitó a una firma especializada información de su posible mesada, determinando que, le es más ostensiblemente beneficiosa la del RPMPD; que en virtud de lo anterior, elevó solicitud de traslado ante **COLPENSIONES**, sin embargo, 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 1°, 2°, 15°,16° y respecto del restó 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.*

PROTECCIÓN S.A. expresa que, el hecho 1° debe ser demostrado con prueba idónea; que son ciertos el 3°, 12° y 13°; que no le constan el 2° y 16°; que son apreciaciones subjetivas de la contraparte el 10° y 15°; en cuanto a los demás refiere que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de mérito denominadas: *Validez de la afiliación de la actora a Protección, Ratificación de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, Aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, Prescripción, Compensación, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Buena fe de la entidad demandada administradora de fondos de pensiones y cesantía Protección S.A. y la Innominada o Genérica.*

SKANDIA S.A. por su parte manifiesta que, es cierto el hecho 13° y parcialmente el 12°, del resto señala que no le constan. Se opuso

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

parcialmente a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito: *Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, 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, Ausencia de falta al deber de asesoría e información, los Supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, Prescripción, Buena fe y Genérica.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 163 del 30 de julio del 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, en las contestaciones de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la demandante ELENA CRUZ NARANJO, identificada con la Cédula de Ciudadanía 66.818.920, hizo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., y en consecuencia esta AFP deberá devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES E.I.C.E., todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación de la actora, como cotizaciones íntegras que incluye gastos de administración indexados y rendimientos. SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., deberá devolver debidamente indexados los gastos de administración durante el tiempo que la accionante estuvo afiliada a esta AFP. La demandante se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES E.I.C.E.

TERCERO: COSTAS a cargo de PROTECCIÓN S.A., por haber sido vencida en el juicio. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000 a favor de la parte demandante.

CUARTO: CONSULTAR la presente providencia conforme el artículo 69 del C.P.T. Y S.S.; oficiar al Ministerio de Salud y Protección Social y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al Superior.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, los apoderados judiciales del extremo pasivo integrados por **PROTECCIÓN S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación, esgrimiendo como argumentos de su discrepancia lo siguiente:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

- **PROTECCIÓN S.A.** manifiesta que, al momento de la afiliación a la demandante se le explicó todos los detalles del traslado, bondades y limitaciones del RAIS, vinculación libre voluntaria y sin presiones asentada en el formulario de afiliación, que para la época del traslado no se exigía legalmente al fondo suministrar cálculos financieros o proyecciones pensionales. De la condena de gastos de administración refiere que, se encuentran autorizados por la ley, que durante todo el tiempo que se administró los recursos de la demandante con la mayor diligencia y cuidado, gestión que se evidencia en los rendimientos financieros generados en la cuenta de la actora, que no es procedente el retorno de la comisión por administración, toda vez que, se tratan de comisiones ya causadas, referente a la condena en costas indica que, el fondo ha actuado de buena fe y con estricta sujeción a la ley.

- **SKANDIA S.A.** se opone parcialmente al fallo respecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados para lo cual aduce que, la demandante se encuentra desafiliada del fondo desde el año 2007 en razón del traslado horizontal hacia Protección, por ende, la entidad no cuenta con dinero alguno que deba trasladar, que resulta inviable el traslado de los gastos de administración cuando la ley no los contempla coherente con los conceptos del órgano de control financiero, pues solo se establece como valores a trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, más el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima no habiendo sustento legal que obligue al fondo el retorno de gastos los cuales se encuentran causados y fueron destinados para la cobertura de posibles contingencias de invalidez y muerte durante el interregno que estuvo afiliada la demandante con el fondo, que los dineros por dichos conceptos fueron pagados a las aseguradoras respectivo, que la orden de indexar los gastos atenta contra el patrimonio de la entidad y la sostenibilidad del sistema, máxime que, la ley autoriza su descuento, refiere que opera la prescripción respecto de los gastos de administración por cuanto, estos dineros no están llamados a solventar la pensión de la demandante.

- **COLPENSIONES** aduce que, a la demandante no le asiste el derecho al traslado de régimen pensional, toda vez que, se encuentra inmersa en la prohibición legal por el tema de la edad, se opone a la obligación de recibir a

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

la demandante por que podría atentar contra la sostenibilidad financiera de Colpensiones, puesto que, a futuro la entidad será condenada al pago de prestaciones económicas, intereses moratorios y demás sin haber recibido los aportes de la demandante durante toda su vida laboral, solicita se revoque el fallo.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA**Cuestión Preliminar**

Se advierte que la Sentencia en estudio 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

El problema jurídico a resolver se circunscribe en establecer por esta Sala de Decisión si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **ELENA CRUZ NARANJO** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PROTECCIÓN S.A.** y los posteriores traslados dentro del RAIS realizados con **SKANDIA S.A.**; como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene la transferencia al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** los recursos causados por la demandante en el RAIS tales como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración debidamente indexados, estudio del fenómeno de la prescripción y costas procesales.

El eje central estriba en determinar si **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** le suministraron a la señora **CRUZ NARANJO**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados; información que le permitiera conocer adecuadamente sus 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 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 a la actora 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 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*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 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,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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)."

Es pertinente traer a colación lo consagrado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, el cual prescribe que, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor a una multa determinada en la norma y **la afiliación respectiva quedará sin efecto** en otras palabras ineficaz.

La información adquiere un status primordial en este tipo de actos, debido a que, las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado y sus implicaciones, así se estableció en Sentencia del 3 de septiembre del año 2014, SL12136-2014, Radicación N° 46292 de 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 Corporación de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria 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*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, **la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.***

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

De lo esbozado se tiene que, resulta inexacto analizar el presente asunto desde la óptica de las nulidades y 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 de la demandante y no un traslado de régimen contrario a lo manifestado por el apoderado de Colpensiones.

Del formulario de afiliación suscrito entre la demandante y las demandadas regentes del RAIS, la jurisprudencia de la Corte estipula 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)

Por ende, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe 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 mentada debe conocer de antesala las aristas de sus traslados y sus implicaciones en su prestación a futuro. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Ahora bien, de la carga de la prueba en este tipo de asuntos se tiene que está en cabeza de las AFP y son estas quienes deben demostrar y acreditar sin asomo de duda que surtieron todas las actuaciones encaminadas a que los potenciales afiliados conocieran el alcance de sus traslados tal como lo dictamina la Corte en su profuso análisis:

*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)

Finalmente, la regulación del derecho de información de los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones, está tipificada en las siguientes normas aplicables al caso, veamos:

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); percatándose este colegiado la ausencia total del cumplimiento de dichas disposiciones por parte de **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** al momento de surtirse los traslados, al no obrar dentro del sumario prueba alguna que demuestre lo contrario.

A raíz de lo expuesto se colige que, **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** no le brindaron a la señora **ELENA CRUZ NARANJO**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones de los traslados y sus implicaciones y como los susodichos fondos privados no acreditaron el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con la demandante implica que nunca lo acataron, configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico los traslados, bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD.



Se anexa el reporte de Asofondos que milita en la contestación de **PROTECCIÓN S.A.**, por medio del cual se observan los traslados efectuados, veamos:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 9:52:33 AM
Afiliado: CC 66818920 ELENA CRUZ NARANJO [Ver detalle](#)

Afiliado consulta vinculaciones afiliadas

Vinculaciones para : CC 66818920							
Tipo de vinculación	Fecha de afiliación	Fecha de rescate	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de actividad
Traslado regimen	2001-03-01	2004/04/18	PROTECCION COLPENSIONES			2001-05-01	2002-03-31
Traslado de AFP	2002-02-27	2004/04/18	SKANDIA	PROTECCION		2002-04-01	2007-10-31
Traslado de AFP	2007-09-28	2007/10/19	PROTECCION SKANDIA			2007-11-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones afiliadas de Marcelina para : CC 66818920						
Fecha de novedad	Fecha de rescate	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
2001-03-01	2001-05-14	01	AFILIACION	PROTECCION		
2002-02-27	2002-05-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	SKANDIA	PROTECCION	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Imprimir Regresar

Devolución de Gastos de Administración y Otros

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos de la demandante (*traslado de régimen*) y posteriores, que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales debido a la proximidad del cumplimiento del requisito de edad para pensionarse y para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P de la señora **ELENA CRUZ NARANJO**, implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que serán impuestas a **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** a título de sanción por la omisión del deber de información.



Es pertinente acotar que, no es de recibo por esta Sala los argumentos esgrimidos en las apelaciones, en el sentido de que **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** no están obligados a restituir los gastos de administración, toda vez que, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado primigenio al RAIS y posteriores, volviendo las cosas al estado inicial y, por otro lado, los citados fondos tuvieron en su poder los dineros, los cuales usufructuaron, por ende, deben devolverlos en toda su integridad.

Respecto a la solicitud de revocatoria de la indexación de los gastos de administración por parte de la apoderada de **SKANDIA S.A.**, se revocará este aparte del numeral Segundo únicamente frente a esta entidad, puesto que, con el traslado de los rendimientos ya ordenados por el A quo se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado.

Ahora bien, en virtud de la consulta surtida a favor del ente público, se adicionará al numeral Segundo del fallo en estudio, en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** la transferencia a **COLPENSIONES** las sumas por concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante, la devolución de las cotizaciones voluntarias a la actora, si se hicieron, sumas con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.**

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

Prescripción

De la citada excepción cabe destacar que, el traslado de régimen pensional está ligado al derecho irrenunciable e imprescriptible a la

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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, toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite temporal a reivindicar temas relacionados con su afiliación, cotizaciones y en general todo componente de la pensión, máxime que, los hechos o estados jurídicos son imprescriptibles, así lo determinó la Corporación de cierre.

La apoderada de **SKANDIA S.A.** solicita la aplicación del fenómeno prescriptivo en los gastos de administración ordenados a restituir al fondo público, a lo que la Sala se permite aplicar la tesis de que, bajo los efectos de la ineficacia dichas sumas debieron ser descontadas por la administradora del RPMPD

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 se generaría un detrimento a **COLPENSIONES**, máxime que, a **SKANDIA S.A.** se le impone dicha condena a título de sanción con cargo a su propio patrimonio por la omisión al deber de información, razón por la cual dejará incólume esta parte del fallo.

Costas

Respecto de este concepto, el legislador establece que es una condena preceptiva que se impone a la parte que pierde el proceso y/o le resulta desfavorable el recurso de apelación de conformidad con el artículo 365 numeral 1 del C.G.P., sin consideraciones de orden subjetivo como la buena fe que alega la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.**, por ende, la decisión del A quo en este apartado de fallo se encuentra conforme a derecho, razón por la cual se dejara incólume este aspecto de la decisión en estudio.

Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**, **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** como apelantes infructuosos, conforme a la norma 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: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 163 del 30 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar **ABSOLVER** a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** de la indexación de los gastos de administración, de conformidad la parte motiva de esta providencia.

MODIFICAR Y ADICIONAR en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**: las sumas causadas por la señora **ELENA CRUZ NARANJO** por concepto de pagos de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante, la devolución de las cotizaciones voluntarias a la actora, si se hicieron, sumas con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PROTECCIÓN S.A.** y **OLD MUTUAL- SKANDIA S.A.**- Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. **CONFIRMAR** el citado numeral en lo demás.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 163 del 30 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una y en favor de la parte 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.

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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:

c2041a035aa571e0b3cf1757a485e0a07edf3b409f684c691e8df7383cc49

Documento generado en 30/04/2021 10:37:24 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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