



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

AUDIENCIA NÚMERO 120

Juzgamiento

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

SENTENCIA NÚMERO 117

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° 260 del 09 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **CONSUELO LOPEZ TORRES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, bajo la radicación N° 76001-31-05-005-2019-00465-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por la parte actora en su demanda consisten en que, se declare la nulidad de su traslado efectuado del RPMPD al RAIS y posteriores entre fondos del RAIS; como secuela de lo anterior se tenga como única afiliación válida la realizada al RPMPD; se ordene a OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** sus cotizaciones, rendimientos, frutos, intereses, sin descuento de gastos de administración y mermas del capital; se ordene a **COLPENSIONES** efectuar su afiliación al RPMPD sin solución de continuidad y recibir las sumas provenientes de OLD MUTUAL hoy

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

SKANDIA S.A.; 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 30/10/1961; que se afilió al RPMPD administrado por el ISS, desde el 08/01/1987 y cotizó 433 semanas; que se trasladó al RAIS en el año 1999 con **PORVENIR S.A.**; que las razones del traslado de régimen fueron las manifestaciones esgrimidas por el asesor del fondo privado, las cuales consistían en que, el ISS quebraría, la posibilidad de pensionarse con un monto mayor y anticipadamente.

Refiere que, **PORVENIR S.A.** no le entregó información acerca de su portafolio de servicios y proyección de su mesada al momento del traslado; que realizó de nuevo traslado de **PORVENIR S.A.** a OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.**; aduce que, OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** tampoco le proporcionó información acerca de los beneficios y perjuicios del RAIS; manifiesta que, el ISS hoy **COLPENSIONES** tampoco le brindó información del traslado; que ninguno de los fondos privados le entregó comunicación acerca de la posibilidad de retornar al RPMPD antes de cumplir sus 47 años ni brindaron asesoría o re-asesoría respecto de su futuro pensional.

Que, en junio del 2019 elevó petición ante OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.**, con el fin de obtener historia laboral, relación de aportes, simulación pensional y prueba de la información entregada al momento del traslado entre otros, a lo que la entidad mediante misiva distinguida LC-2537 da respuesta remitiendo los documentos solicitados, empero, manifiesta que no cuenta con soporte documental de la asesoría puesto que se dio de forma verbal; que de la proyección presentada por OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.**, arrojó que en el RAIS percibiría una mesada de garantía de pensión mínima en contraste a la del RPMPD que oscilaría en \$1.637.331.

Que el 12/07/2019, solicitó su traslado de régimen ante **COLPENSIONES**, no obstante, la entidad se negó a dar trámite por su cercanía al cumplimiento de requisito de edad pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



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

SKANDIA S.A. manifiesta que, son ciertos los hechos 11°, 17°, 18°, 19° y parcialmente el 20° y 25°; que no son ciertos el 12°, 13°, 15°, 16°, 21° y 23°; respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito:

Old Mutual 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 la demandante, Prescripción, Buena fe y Genérica.

PORVENIR S.A. expresa que, no son ciertos los hechos enumerados del 5° al 10°, 13°, 15°, 16°, del 21° al 23°, 27° y 28°; en cuanto a los demás refiere que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de mérito denominadas: *Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, Compensación y Genérica.*

COLPENSIONES por su parte indica que, son ciertos los hechos 1°, 4°, 5°, 14°, 24° y 25°; que no son ciertos el 2° y 3°; que son apreciaciones subjetivas de la contraparte el 22°, 26°, 28° y 29°; respecto del resto señala que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *Inexistencia de la obligación y Cobro de lo no debido, la Innominada, Buena fe y Prescripción.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 260 del 09 de diciembre del 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por CONSUELO LOPEZ TORRES del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, administrado inicialmente por la APF PORVENIR S.A. y posteriormente, a la AFP OLD MUTUAL S.A.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP OLD MUTUAL S.A., traslade al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES EICE, la totalidad de dineros recibidos con motivo de la afiliación de CONSUELO LOPEZ TORRES al RAIS, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados; y retorne de su propio peculio los valores de las mermas en el capital destinado a la financiación de las pensión de vejez, sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES EICE que acepte el traslado de CONSUELO LOPEZ TORRES al RPM, junto con la totalidad de los dineros provenientes del RAIS.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la AFP PORVENIR S.A. Se fija la suma de 4 SMLMV como agencias en derecho. 1 SMLMV a cargo de la AFP OLD MUTUAL S.A. a favor de la demandante, se absuelve de este rubro a Colpensiones.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, los apoderados judiciales de todos los extremos del litigio interpusieron recurso de apelación, esgrimiendo como argumentos de su discrepancia lo siguiente:

- Por la parte demandante discrepa de lo resuelto en el numeral Séptimo del proveído, toda vez que, de conformidad con del art. 365 del C.G.P. y como se evidencia en la contestación de la demanda Colpensiones se opuso a las pretensiones y en el devenir de la litis no salieron avante sus argumentos, razón por la cual solicita que se revoque el numeral citado y se condene en costas a Colpensiones.
- Por **COLPENSIONES** aduce que, a la demandante no cumple con el requisito para trasladarse de régimen y solicita la revocatoria del fallo.
- Por **PORVENIR S.A.** requiere que, se revoque en su integridad el proveído y cualquier condena impuesta a la entidad; toda vez que, no se acreditó que se hubiere faltado algún requisito para la validez y formalidad del traslado; quede haberse presentado alguna nulidad de las catalogadas como relativas, estaría sometida a la ratificación y al fenómeno prescriptivo; que posteriormente la demandante se trasladó a Skandia efectuándose el traslado de todas las sumas y por ende no existe valor alguno a trasladar; que el traslado se atemperó a lo dispuesto por la ley, garantizándole su

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

derecho de retracto; que no existía para la época de la afiliación obligación de dejar constancias escritas de la asesoría.

Que Porvenir no faltó al deber de asesoría, la cual se hizo conforme a las normas vigentes; que la acción de solicitar la nulidad esta afectada de prescripción, puesto que, la misma no se trata del derecho a la pensión sino de la obtención de un mayor valor de su mesada en el RPMPD por medio del traslado; que no puede imponerse las condenas dispuestas en el numeral Segundo, debido a que, los gastos de administración se encuentran autorizados por la ley y operan en ambos regímenes, de ordenarse la devolución de dichas sumas operaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de la demandante y Colpensiones, debido a que, en el RPMPD se descontaría dichos emolumentos; que en el entendido de que la actora no se trasladó, entonces no se produjeron rendimientos.

Que en concepto del órgano de control financiero, estableció que los únicos valores a transferir producto de un traslado o ineficacia son los rendimientos y el capital de la cuenta; que los gastos de administración están afectados de prescripción, máxime que, estos no financian la pensión; que en el evento de confirmarse la decisión debe declararse la compensación entre los rendimientos y gastos de administración; respecto de los bonos pensionales aduce que, no se han realizado los tramites de expedición y redención de dichos bonos como lo manifestó la demandante, entonces no hay suma a devolver por dicho concepto aunado a que se surtió el traslado a otro fondo; que no es posible el traslado de las sumas adicionales de la aseguradora por cuanto las mismas se causan por los siniestros de invalidez y sobrevivencia, lo cual no ha sucedido; que en los traslados de régimen pensional quien debe cubrir las mermas del capital es el afiliado y llegar a un acuerdo con Colpensiones para pagar dichas sumas.

- Por **SKANDIA S.A.** se manifiesta que, disiente parcialmente la sentencia respecto de los gastos de administración, toda vez que, el juzgador se apartó por completo de los postulados normativos en cuanto a los conceptos que deben trasladarse; la ley no prevé la devolución de gastos de administración soportado por conceptos del órgano de control financiero en los cuales se establece que, en los casos de ineficacia de traslado de régimen no deben

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

ordenarse la devolución de los gastos, dineros que no se encuentran en las arcas de la entidad debido a que desde el año 2013 en que se trasladó la demandante a la entidad, la misma ha contando con la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte, por ende, son las aseguradoras quienes cuentan con los recursos y no el fondo; entonces en aras de cumplir con el fallo, no le queda otro camino a su representada que cubrir con su propio patrimonio dichos emolumentos generando perjuicios fiscales a la entidad y al régimen; que en caso de confirmarse el fallo, solicita el estudio del fenómeno de la prescripción frente a los gastos de administración.

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 **CONSUELO LOPEZ TORRES** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y el posterior traslado dentro del RAIS realizado hacia **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, sumas adicionales de la aseguradora entre otros, estudio del fenómeno de la prescripción y costas procesales.

El eje central estriba en determinar si **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** le suministraron a la señora **LOPEZ TORRES**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados; información que

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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,**”*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 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).”

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***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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)

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 en cualquier tiempo como lo indica la apoderada de Colpensiones.

Del formulario de afiliación suscrito entre la demandante y las demandadas regentes del RAIS, cabe destacar que, únicamente fue aportado el de **SKANDIA S.A.** del cual 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** al momento de surtirse los traslados, al no obrar dentro del sumario prueba alguna que demuestre lo contrario.

Si bien milita en el expediente documental por parte de **PORVENIR S.A.** en los que se observa publicación de comunicados de prensa en diarios de amplia circulación Nacional, se tiene que, este servicio no tiene la aptitud

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió el fondo al momento del traslado, puesto que, la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad.

Del interrogatorio de parte efectuado por el apoderado de **PORVENIR S.A.** a la demandante se determinó lo atinente al proceso que, el traslado de régimen se efectuó del ISS hacia Porvenir; que se traslado luego a otro fondo porque le dijeron que era mejor; que se trasladó debido a que, le expresaron que el ISS se acabaría y estaba mal, por lo que se estaban haciendo los traslados masivos; que al enterarse de que no se había acabado el fondo publico ya era tarde y no podía trasladarse; que no fue obligada a trasladarse; que no percibe prestación alguna del RAIS; que no ha solicitado la emisión, redención de su bono pensional y que no ha presentado previamente quejas por considerar viciado su consentimiento al momento del traslado.

A raíz de lo expuesto se colige que, **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** no le brindaron a la señora **CONSUELO LOPEZ TORRES**, 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.

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 al 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 **CONSUELO LOPEZ TORRES**, implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que serán impuestas a **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** a título de sanción por la omisión del deber de información.



No es de recibo los argumentos esgrimidos en las apelaciones, en el sentido de que **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** no están obligados los gastos de administración, por cuanto, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado, volviendo las cosas al estado anterior y, por otro lado, los citados fondos tuvieron en su poder los dineros, los cuales usufructuó, por ende, debe devolverlos en toda su integridad.

Se modificará la condena de devolución de sumas adicionales de aseguradora, en el entendido de que, no se han causado dichos emolumentos hasta la fecha tal como lo expone el apoderado de **PORVENIR S.A.** y en su lugar se ordenara a la integración del fallo las primas de seguros previsionales.

Y se adicionará al numeral Segundo del fallo en estudio, en el sentido de ordenar a **PORVENIR 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, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante y en general los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como también la devolución de las cotizaciones voluntarias a la actora, si se hicieron; lo anterior con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR 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.

Prescripción

De la citada excepción cabe destacar 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,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.

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.**

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

entidad ultima que 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 conforme al artículo 365 numeral 1 del C.G.P., sin consideraciones de orden subjetivo, debió a ello este colegiado encuentra asidero en lo pedido por la apoderada de la parte actora, toda vez que, **COLPENSIONES** efectivamente se opuso a las pretensiones e inclusive hizo uso de medios exceptivos para que la demanda no saliera avante, por ende, se revocara parcialmente el numeral Séptimo del proveído y en su lugar se condenara en costas procesales de primera instancia a **COLPENSIONES**, las cuales serán tasadas por el A quo en su oportunidad procesal correspondiente.

De conformidad a la norma citada en acápite anterior se condenará a **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** al pago de costas en esta instancia por la no prosperidad de sus recursos impetrados.

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 Séptimo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 260 del 09 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Quinto 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, suma que será fijada por el A quo en su oportunidad procesal correspondiente, confirmar en lo demás el citado numeral.



SEGUNDO: MODIFICAR Y ADICIONAR al numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 260 del 09 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Quinto 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.-OLD MUTUAL**, en los tiempos de vinculación de la demandante debe transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**:

Las sumas pagadas por la señora **CONSUELO LOPEZ TORRES** por concepto de primas de seguros previsionales en lugar de las sumas adicionales de la aseguradora; el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la demandante y en general los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como también la devolución de las cotizaciones voluntarias a la actora, si se hicieron; lo anterior con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.-OLD MUTUAL**. Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. Confirmar el citado numeral en lo demás.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 260 del 09 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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:

c2578918b6e86ffaf8cbf0493857aae2cde5bfef0a22e8b61f4981caa93418bf

Documento generado en 30/04/2021 10:36:42 AM

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