



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

AUDIENCIA NÚMERO 193

Juzgamiento

Santiago de Cali, once (11) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 194

Acta de Decisión N° 047

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° 069 del 23 de marzo del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia radicado instaurado por el señor **CARLOS ALBERTO LOZANO ZAPATA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y las integradas como litis consorte necesario **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, bajo el radicado No. 76001-31-05-007-2020-00313-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones impetradas por el actor consisten en que, se declare la ineficacia del traslado efectuado con **PORVENIR S.A.**; se ordene su traslado y afiliación al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**; se ordene a **SKANDIA S.A.** devolver a **COLPENSIONES** sus cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y asumir el deterioro del capital; se condene a **SKANDIA S.A.** en caso de haberse otorgado la pensión en el interregno, siga



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

cancelando la misma hasta el traslado efectivo a **COLPENSIONES** y se condene a las accionadas al pago de costas procesales.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor nació el 17/06/1959; que cotizó 226,71 semanas al ISS hoy **COLPENSIONES**, desde el 04/11/1990 al 31/03/1996; que el 06/02/1996 fue visitado por promotores de **PORVENIR S.A.** quienes que le brindaron información sesgada, errada e incompleta para conseguir su traslado al RAIS, no le dieron a conocer los beneficios, consecuencias y requisitos para acceder a la pensión entre otros.

Que en la actualidad se encuentra cotizando con **SKANDIA S.A.**; que el 05/08/2019, solicitó ante **PORVENIR S.A.** la documentación que soportó el traslado de régimen y la información brindada; que el 29/08/2019, **PORVENIR S.A.** da respuesta mas no entregó formulario de afiliación; que el 05/08/2019, solicitó ante OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** la misma documentación, la entidad el 26/08/2019 da respuesta.

Que el 25/11/2019, elevó solicitud de traslado ante **COLPENSIONES**, no obstante, la entidad lo rechazó; que el 06/11/2019, solicitó ante **PORVENIR S.A.** la nulidad de su traslado de régimen, empero, el 15/11/2019 el fondo se negó; que el 12/06/2020, radicó similar solicitud ante **SKANDIA S.A.**, sin embargo, el 01/07/2020 se negaron.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda, se integró en calidad de litis consortes necesarios **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, surtido el traslado de rigor procedieron a contestar el libelo las accionadas e integradas.

COLPENSIONES indica que, son ciertos los hechos 1°, 2°, 29°, 30°, 35° y parcialmente el 4°; respecto del resto manifiesta que no le constan. Se opuso parcialmente a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *Inexistencia de la obligación, la Innominada, Buena fe y Prescripción.*

PORVENIR S.A. señala que, son ciertos los hechos 3°, 21°, 31°, 35° y parcialmente el 23°; que no le consta el 1°, 2°, 17°, 18°, del 26° al 29° y del 32° al 34°; en cuanto a los demás refiere que no son ciertos. Se opuso a



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

las pretensiones e impetro las excepciones de fondo: *Prescripción, Prescripción de la acción nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.*

PROTECCIÓN S.A. expresa que, únicamente es cierto el hecho 21° y respecto de los demás arguye que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de mérito denominadas:

Validez de afiliación a Protección S.A., Validez del traslado de régimen del RPM al RAIS y en consecuencia del traslado entre AFP'S realizado por el demandante, Buena fe, Inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, 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, Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, Prescripción, Carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, Inexistencia de engaño y de expectativa legítima, Nadie puede ir en contra de sus propios actos, Ratificación de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, Compensación y la Innominada o Genérica.

COLFONDOS S.A. indica que, es cierto el hecho 1°; que no son ciertos el 21° y 22°; en cuanto a los demás manifiesta que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de fondo: *Inexistencia de la obligación, Falta de legitimación en la causa por pasiva, Buena fe, Innominada o Genérica, Ausencia de vicios del consentimiento, Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, Ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, Compensación y Pago.*

SKANDIA S.A. manifiesta que, son ciertos los hechos 1°, 17°, 18°, 25°, 27°, 32°, 33° y parcialmente el 27°; que no es cierto el 35°; respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de mérito denominadas: *Prescripción, Prescripción de la acción nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.*



Es preciso destacar que, **SKANDIA S.A.** llamó en garantía a la aseguradora **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos desde el año 2011 al 2018; notificada y descorrido el traslado satisfactoriamente de conformidad al decreto 806 del 2020, el A quo tuvo por no contestada la demanda por parte de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 069 del 23 de marzo del 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación efectuada por el señor CARLOS ALBERTO LOZANO ZAPATA identificado con la CC. No. 16.657.612 a los fondos PORVENIR SA, COLFONDOS SA, PROTECCION SA, y SKANDIA SA. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y por lo mismo siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

TERCERO: Como secuela obligada de la anterior determinación, el demandante, deberá ser admitido nuevamente en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.

CUARTO: ORDENAR a COLFONDOS SA, PROTECCION SA, PORVENIR SA y SKANDIA SA, a devolver, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio.

QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR SA, se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. Líquidense por Secretaría.

SEXTO: COSTAS a cargo de PROTECCION SA, se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. Líquidense por Secretaría.

SEPTIMO: COSTAS a cargo de COLFONDOS SA, se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. Líquidense por Secretaría.

OCTAVO: COSTAS a cargo de SKANDIA SA, se fijan como agencias en derecho la suma de 4 SMLMV. Líquidense por Secretaría.

NOVENO: Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

DECIMO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones del llamamiento en garantía efectuado por SKANDIA S.A.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

DECIMO PRIMERO: CONSULTESE con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelada”

Los argumentos del A quo para cimentar su fallo consisten sucintamente en que, los fondos privados solo la indicaron ciertos beneficios al actor, mas no indicaron la destinación de sus aportes, que la rentabilidad de sus aportes dependían de las inversiones realizados por los fondos, por lo que se concluye que el traslado de régimen y posteriores no cumplieron el deber de información y transparencia; que brillan por su ausencia una asesoría focalizada y personalizada al actor respecto de la mesada que le correspondería en un régimen u otro, verbo y gracia una proyección pensional, deviniendo en la ineficacia contenida en el art 271 de la Ley 100/93; del llamamiento en garantía de la aseguradora no encuentra merito para imponer condena a la misma, en razón de que Skandia debe asumir con cargo a su propio patrimonio las sumas adicionales producto de la falta de asesoría y no el tercero, máxime que, está por fuera de los riesgos asegurados en las pólizas contratadas la situación presentada en el proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Por **PROTECCIÓN S.A.** se solicita que, se revoque el numeral 4°, toda vez que, la comisión de administración es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, descuento que se hace de cada aporte para el cubrimiento de los gastos de administración y el seguro previsional, descuentos autorizados por la ley 100/93, que opera en ambos regímenes; que se tratan de comisiones ya causadas durante la administración, en ese orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación no existió y por ende la entidad no debió administrar los recursos del actor, por lo que gastos y rendimientos no se causaron.

De las restituciones mutuas aplicado al caso, no se puede desconocer que el bien administrado produjo frutos o mejoras que son los rendimientos para el afiliado y los

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

gastos para la AFP la cual debe conservar si hizo rentar el patrimonio del afiliado, que se tratan de prestaciones ya acaecidas y si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado, se debe entender que el afiliado debe devolver los rendimientos al fondo y la AFP los gastos de administración al trabajador.

Por **PORVENIR S.A.** manifiesta que, la entidad si cumplió con su deber de información como le era exigible para la época de cada afiliación, de manera que a través de la decisión libre y voluntaria decisión el actor se filió válidamente al fondo, que la entidad no estaba obligada legalmente dejar por escrito la asesoría por lo que no puede exigirse el cumplimiento de obligaciones nacidas con posterioridad a la afiliación, que el deber de información es de doble vía y el actor nunca se acercó al fondo para informase con relación al traslado; si la consecuencia de la ineficacia es que nunca existió contrato ni se administró los recursos del actor por ende no se generaron los rendimientos no siendo viable su devolución.

Se opone al retorno de los gastos de administración y sumas adicionales, toda vez que, el acto de afiliación fue totalmente valido y conforme a la normatividad, condena no acorde con las restituciones mutuas partiendo de la base que no se le pudo imponer a Porvenir devolver un bien y al mismo tiempo obligarse a devolver las sumas que invirtió para mantener el patrimonio del afiliado e incrementarlo, esto es los gastos de administración los cuales tienen una destinación específica que la contraprestación de la gestión efectuado por el fondo, sumas que cumplieron su finalidad y para el pago de los seguros previsionales, dineros que ya no se encuentran en poder de Porvenir; destaca que, se trasladaron todos los recursos a Skandia cuando se surtió el traslado; si la entidad actuó de buena fe y no incurrió en ningún tipo de falta de derecho no tiene por qué verse afectada en su patrimonio al retornar las sumas ordenadas por el juez.

Por **SKANDIA S.A.** se expresa que, al momento de trasladarse el actor a la entidad tanto en el 2011 como en el 2014, se cumplieron a cabalidad con todas las obligaciones en materia de información; que se le entregó al demandante toda la información de las implicaciones de los actos en esas dos oportunidades; que el ordenamiento jurídico vigente para el traslado no exigía documentar la naturaleza de la información brindada bastaba con el diligenciamiento del formulario de afiliación, sometiéndosele a los fondos un imposible jurídico si se pretende que



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL**

demuestren el cumplimiento de formalidades que no se encontraban vigentes para los traslados, requisitos nacidos con posterioridad en el ámbito legal y jurisprudencial; que el deber de información no es unilateral por ello también recae sobre el actor la obligación de informarse de los términos y condiciones, máxime que, este cuenta con plena capacidad para obligarse y su nivel académico le permite cercanía con la ley 100/93, la cual es de conocimiento público, aunado que por disposición legal la elección de régimen está en cabeza del afiliado, que nunca manifestó el actor inconformidad alguna con la administración de las AFP.

Que resulta improcedente la devolución de las sumas por gastos de administración, rendimientos, sumas adicionales y demás, pues la consecuencia de la ineficacia es retrotraer todo antes de nacer a la vida jurídica, resultaría inviable devolver los rendimientos si nunca existió el contrato, como también que estos se generaron por la administración del fondo; que la comisión de administración es la retribución por la gestión en ambos regímenes y no forma parte del capital pensional del afiliado, por ello devolverse este concepto generaría un enriquecimiento sin causa y un pago de lo no debido en favor de Colpensiones, entidad pública que no ha efectuado ninguna gestión desde el año 96; lo anterior violaría el principio de seguridad jurídica por que los gastos tienen un titular legal que es el fondo.

De las primas de seguro previsional, aduce que dichos dineros se pagaron a la aseguradora para cubrir los riesgos IVM en caso de presentarse los siniestros, sumas que ya no están en poder de Skandia y al condenarse a la entidad a retornar estos con cargo al patrimonio se violaría el principio de buena fe y confianza legítima, que el juez no ordenó a Mapfre devolver los citados conceptos por ello solicita al superior que estudie el llamamiento en garantía y se ordene a la aseguradora devolver las primas de seguro previsional pagadas entre el 2011 al 2018; del bono pensional refiere que, este debe devolverse al titular y no a Colpensiones.

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 conocerá de igual forma en 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 si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **CARLOS ALBERTO LOZANO ZAPATA** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y los subsecuentes traslados ejecutados con **COLFONDOS S.A.**, COLMENA – ING ambas hoy **PROTECCIÓN S.A.**, HORIZONTE hoy **PORVENIR, S.A.**, **SKANDIA S.A.** y OLD MUTAL hoy **SKANDIA S.A.**; como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene su retorno al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora entre otros, estudio del llamamiento en garantía de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** y prescripción.

El eje central estriba en determinar si **PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.**, y **SKANDIA S.A.** le suministraron al señor **LOZANO ZAPATA** 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 el actor, 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 un acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

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



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

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

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

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

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

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

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

Respecto a los múltiples traslados de AFP:

*“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”.*



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** es decir ineficaz.

La información adquiere un status primordial en este tipo de actos, en los cuales 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 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 informativa de manera oportuna como antesala a la afiliación del demandante al RAIS.

Del formulario de afiliación suscrito entre el demandante y las demandadas regentes del RAIS, la Corte Suprema estipula frente a este medio probatorio que:



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

*“(…) 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; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación. (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 recae sobre las AFP y deben acreditar que su actuar se ajustó a los parámetros legales para obtener el consentimiento informado del actor para la validez del traslado como lo expone 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)*

Es de recalcar que, no se le está exigiendo a los fondos una asesoría por escrito, sino que acrediten qué información dieron y el alcance de la misma.

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:



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

“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.**, **COLFONDOS S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.**, y **SKANDIA S.A.** al momento de surtirse los traslados, dado que, desde el nacimiento de los fondos con la ley 100/93 le fueron impuestas dichas obligaciones.

Se practicó interrogatorio de parte efectuado por la apoderada de **SKANDIA S.A.** al señor **LOZANO ZAPATA**, del cual se extrae aspectos relevantes que, no se le proporcionó asesoría integral y por demás sesgada en resaltar los beneficios mas no los perjuicios de los traslados, comparativo de ambos regímenes o siquiera una proyección pensional, situación corroborada por el Juez al interrogar de forma más precisa y contundente al actor, evidenciándose una ostensible desinformación; cabe destacar que, la profesión del actor en el ámbito de la educación y su grado de especialización no exime a las AFP de su deber de información para con los afiliados legos en este tipo de asuntos, profesión que no guarda relación con el Sistema General de Pensiones y su normatividad, contrario a lo expresado por la apoderada de **SKANDIA S.A.**

A raíz de lo expuesto se colige que, **PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.**, y **SKANDIA S.A.** no le brindaron al señor **CARLOS ALBERTO LOZANO ZAPATA** asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones, características e implicaciones de sus traslados y dado que, los susodichos fondos privados no acreditaron el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con el 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 afiliado al RPMPD.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Se anexa historial de vinculaciones de Asofondos que milita en el expediente, por medio del cual se observan los traslados efectuados por el actor signados de ineficaces, veamos:

Procesación colombiana de administradores de fondos de pensiones y cesantías

USUARIO: PVRJURIDICA

ROBOT JURIDICA

25 de Noviembre de 2020

Registrar servicio

Buscar en Wiki SIAPP

A través de la opción eventos especiales que se encuentra en la consulta de Vista Integral e Historial de Novedades, pueden visualizar las modificaciones que los afiliados han tenido

• Afiliados • Personas • Aportantes • Pagos • Entrega H, al RPM • Documentación • Usuarios • Administrador de Tarifas

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 10:37:45 AM
Afiliado: CC 16657612 CARLOS ALBERTO LOZANO ZAPATA

Vinculaciones para : CC 16657612						
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad
Traslado regimen	1996-02-06	2004/04/16	PORVENIR	COLPENSIONES		1996-03-01
Traslado de AFP	1998-02-05	2004/04/16	COLFONDOS	PORVENIR		1998-04-01
Traslado de AFP	1999-02-09	2004/04/16	COLMENA	COLFONDOS		1999-04-01
Cesión por fusión	2000-04-01	2013/10/04	ING	COLMENA		2000-04-01
Traslado de AFP	2002-02-25	2004/04/16	COLFONDOS	ING	ING	2002-04-01
Traslado de AFP	2011-04-25	2011/05/19	SKANDIA	COLFONDOS		2011-06-01
Traslado de AFP	2013-01-29	2013/02/19	HORIZONTE	SKANDIA		2013-03-01
Cesión por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01
Traslado de AFP	2014-02-24	2014/03/22	SKANDIA	PORVENIR		2014-04-01
Traslado de AFP	2015-01-09	2015/02/19	PORVENIR	SKANDIA		2015-03-01

10 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 16657612					
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1996-02-06	1996-06-13	01	AFILIACION	PORVENIR	
1998-02-05	1999-04-16	03	TRASLADO DE SALIDA	PORVENIR	COLFONDOS
1999-02-09	2000-11-01	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	ING	
1999-04-30	1999-05-01	07	TRASLADO DE ENTRADA	COLFONDOS	PORVENIR
2000-02-17	2000-03-28	07	TRASLADO DE ENTRADA	COLMENA	COLFONDOS
2000-02-17	2000-03-16	03	TRASLADO DE SALIDA	COLFONDOS	COLMENA
2000-04-01	2000-04-01	30	CESION	COLMENA	ING
2002-02-25	2002-03-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLFONDOS	ING

8 registros encontrados, visualizando todos registros.

Devolución de Gastos de Administración y Otros

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del 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 del señor **CARLOS ALBERTO LOZANO ZAPATA**, involucra la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

que serán impuestas a **PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.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 la apelación de los fondos privados, en el sentido de que no está 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 estas sumas, las cuales usufructuaron, por ende, deben devolverlos en toda su integridad.

Del llamamiento en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, encuentra la Sala que no tiene lugar, toda vez que, el acto de traslado signado de ineficaz es producto de la omisión del deber de información para con el demandante en que incurrió **SKANDIA S.A.**, por ende, la sanción corre por cuenta de este fondo a cargo de su propio patrimonio y no al tercero de buena fe que en este caso es la aseguradora.

En virtud de la consulta surtida en favor de **COLPENSIONES**, se adicionará al numeral Cuarto del fallo en estudio las sumas por concepto de primas de seguros previsionales en lugar de las sumas adicionales de la aseguradora, así como la obligación de retornar las cotizaciones voluntarias al actor, si se hicieron, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.**, y **SKANDIA S.A.**

Se ordenará a **SKANDIA S.A.** cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante, en lugar de la devolución de los bonos pensionales ordenada por el A quo.

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 del 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, 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.



Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.**, de conformidad al artículo 365 numeral 1 del C.G.P.

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 al numeral Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 069 del 23 de marzo del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, los pagos por concepto de primas de seguros previsionales en lugar de las sumas adicionales de la aseguradora, así como la obligación de retornar las cotizaciones voluntarias al señor **CARLOS ALBERTO LOZANO ZAPATA**, si se hicieron, de acuerdo con los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., COLMENA – ING hoy PROTECCIÓN S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.** Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos.

SE ORDENA SKANDIA S.A. cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del señor **CARLOS ALBERTO LOZANO ZAPATA** en lugar de la devolución de bonos pensionales ordenada por el A quo, se confirma el citado numeral en lo demás.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 069 del 23 de marzo del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., 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 cada una y en favor del señor **CARLOS ALBERTO LOZANO ZAPATA**.

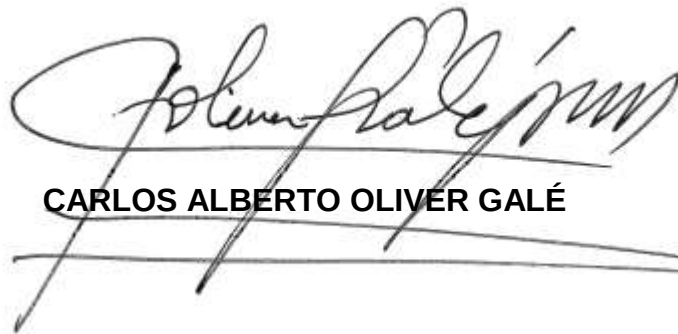


CUARTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de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

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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:

da0668ce41559804624d532fb9debd2d4431c295b112e71b86e2a3a006ab9388

Documento generado en 11/06/2021 11:29:44 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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