TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA LABORAL

AUDIENCIA NÚMERO 257

Juzgamiento

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

SENTENCIA NÚMERO 264

Acta de Decisión N° 059

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° 120 del 08 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia identificado con la radicación N° 76001-31-05-007-2021-00039-01, instaurado por el señor **ALFONSO JAVIER NARVAEZ CRUZ** 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.**

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por el actor en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado de régimen primigenio efectuado del ISS hoy **COLPENSIONES** hacia **SKANDIA S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene la transferencia a **COLPENSIONES** sus aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y gastos de administración 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 10/04/1958; que prestó sus servicios en la ESE – RAFAEL TOVAR POVEDA del departamento de Caquetá entre el 01/12/1983 al 31/12/1984 y posteriormente con el HOSPITAL MARIO CORREA de la ciudad de Cali entre el 17/12/1991 al 31/08/1993 cotizando para la Caja de Previsión de la Gobernación del Valle.

Relata que, a través de información precaria y errada se afilió a **SKANDIA S.A.** desde el 01/12/2003 hasta el 31/08/2009, toda vez que, posteriormente se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.**; indica que, elevó el 20/11/2018 solicitud ante **PROTECCIÓN S.A.** de traslado a **COLPENSIONES**, así como la aportación documentación, no obstante, la entidad no accedió al traslado el 30/11/2018; manifiesta que, de igual forma radicó solicitud de traslado ante **COLPENSIONES** el 08/11/2018, sin embargo, la entidad lo rechazó.

Refiere que, presentó petición el 15/12/2020 ante **SKANDIA S.A.** con el fin de obtener información acerca de la vinculación inicial, empero, la entidad el 05/01/2021 manifiesta que dicha información se encuentra en poder de **PROTECCIÓN S.A.**

Finalmente aduce que, no se le informó por parte de los fondos pensionales acerca de las ventajas y desventajas de los traslados, no se le dio a conocer su derecho retracto, nunca se le convocó para informarle frente a sus expectativas pensionales, solo se le indicó que el ISS se liquidaría y que su única opción era un fondo privado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES manifiesta frente a los hechos que, son ciertos el 1°, 6°, 7°, 16° y respecto del resto señala que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; LA INNOMINADA; BUENA FE Y PRESCRIPCIÓN.*

PROTECCIÓN S.A. indica que, el hecho 1° debe ser demostrado con prueba idónea; que es cierto el 6°; que no son ciertos el 5°, 11° y

12°; que se tratan de manifestaciones del apoderado el 15° y 17°; en cuanto a los demás expresa que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró como excepciones de fondo: *VALIDEZ DE AFILIACIÓN DEL ACTOR A PROTECCIÓN; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD Y 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 señala que, son ciertos los hechos 1°, 8° y 9°; que es parcialmente cierto el 3°; que se trata de una apreciación subjetiva de la contraparte el 16°; que no son ciertos el 10°, 11°, 12° y 15°; respecto de los demás aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito: *PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y 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 en los años 2007, 2008 y 2009.

Revisadas las contestaciones, el A quo se percató que el actor presentó vinculación con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y en vista del llamamiento en garantía, ordenó la integración de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** y **PORVENIR S.A.**

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. indica frente a los hechos de la demanda que, es cierto el 1°; que se trata de una manifestación de la contraparte el 16°; en cuanto a los demás expresa que no le constan; del llamamiento efectuado por **SKANDIA S.A.** manifiesta que son ciertos los hechos exceptuando el 6° del cual aduce que no es cierto; Se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamado en garantía, formuló las siguientes excepciones contra la demanda: *LAS PLANTEADAS POR LA ENTIDAD QUE FORMULÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA; INEXISTENCIA DE VICIOS QUE*

NULITEN O SUSTENTEN UNA DECLARATORIA DE INEFICACIA RESPECTO DEL TRASLADO DEL ACTOR AL FONDO DE PENSIONES ADMINISTRADO POR SKANDIA.

Y en contra de **SKANDIA S.A.** las excepciones denominadas: *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA PARA FORMULAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA; INEXISTENCIA DE COBERTURA; EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA SE TORNA IMPROCEDENTE AL CONTRARIAR EL PRINCIPIO DE ASUNCIÓN DE RIESGOS VS EL OBJETO DEL LITIGIO, ESTANDO LA PRIMA DEVENGADA EN LOS CONTRATOS QUE EXISTIERON; INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA O DE CUALQUIER OTRA ÍNDOLE A CARGO DE MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.; INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE DEVOLUCION DE PRIMA A CARGO DE MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. POR TERMINACION DE VIGENCIA DEL CONTRATO DE SEGURO Y EXCEPCIÓN GENÉRICA.*

Finalmente, la integrada **PORVENIR S.A.** aduce que el hecho 3° no es cierto, que no se considera como tal el 16° y respecto del resto arguye que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito: *PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y BUENA FE.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 120 del 08 de junio del 2021, resolvió:

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

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación efectuada por el señor ALFONSO JAVIER NARVAEZ CRUZ identificado con la CC. No. 16.591.789 al fondo COLPATRIA hoy PORVENIR SA, posteriormente traslado cesión por fusión a HORIZONTE hoy PORVENIR SA, seguidamente al fondo SKANDIA SA y finalmente al fondo PROTECCION 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 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. Liquídense por Secretaría.

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

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

OCTAVO: Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

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

DECIMO: CONSULTESE con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelada."

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, las apoderadas judiciales de **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** presentaron recurso de apelación esgrimiendo para ello que:

PROTECCIÓN S.A. requiere que se revoque el numeral 4°, en cuanto a los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que, las condenas impuestas no son viables pues la entidad obró conforme a la ley, pues las comisiones de administración son descontadas por mandato legal para el manejo de los aportes de sus afiliados, en ese orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia del traslado es que el contrato de afiliación nunca existió Protección no debió administrar los recursos, no se causaron rendimientos y tampoco la cuota de administración, por lo que de retornarse todas las sumas ordenadas se constituiría en un enriquecimiento sin justa causa a favor del actor pues este recibiría unos rendimientos sin haber pagado concepto alguno por la gestión realizada, efectuándose una interpretación no acorde con la ley en detrimento del patrimonio del fondo, privilegiando de manera injustificada a una de

las partes del contrato que fue declarado nulo y suscrito de buena fe con Protección; máxime que, la entidad no fue quien realizó la afiliación primigenia.

PORVENIR S.A. solicita que se declaren probados los medios exceptivos propuestos en la contestación y se revoquen las condenas impuestas, toda vez que, al momento de que se dio el traslado de régimen pensional, al actor se le brindó toda la información necesaria de forma verbal y para la época de la afiliación no existía deber legal de documentar la asesoría exceptuando el formulario de afiliación, por ende, indica que no resulta plausible que el mentado documento no cuente como prueba; Porvenir ha cumplido con sus obligaciones legales en materia informativa para aquella época, distintos a los que hoy se le endilgan con normas posteriores del 2015; entonces no puede probarse por acción u omisión la declaratoria de ineficacia más que el actor no ha presentado algún tipo de queja o reclamo o inconformidad de la gestión de los fondos, inconformidad que surge a portas de adquirir su prestación por vejez por el no cumplimiento de expectativas en el monto pensional en el RAIS, el cual varia por circunstancias ajenas a los fondos.

Que por varias factores la conveniencia de un régimen puede variar, que el demandante contaba con plena capacidad para elegir su régimen el cual solo estaba en cabeza del mismo, manifestación que se convalida con los diferentes traslados horizontales en el RAIS; refiere que, la pretensión principal gira sobre el acto de afiliación con Colpatria, es decir que, no está en discusión la causación del derecho pensional sino el acto de afiliación que si está sujeto a prescripción por lo que si se alega un supuesto engaño o falta de deber de información ya operó el citado fenómeno extintivo; respecto de los gastos de administración indica que esta condena no es procedente su devolución pues la entidad no incurrió en ningún tipo de falta de derecho, por tanto Porvenir no debería verse afectado en su patrimonio si en ningún momento de obró de mala fe o desconociendo la ley, generándose un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones en detrimento de Porvenir, además se tratan de comisiones ya causadas para la gestión de los recursos del afiliado los cuales generaron rendimientos que ya fueron trasladados a OLD MUTUAL hoy SKANDIA.

De las sumas adicionales de la aseguradora, furtos, intereses y rendimientos alega que, las sumas de la aseguradora solo opera en caso de siniestro por invalidez o muerte lo cual no se presentó, de además que estas no operan en el RPMPD; del fondo de garantía de pensión mínima aduce que dicho monto ya se encuentra extinto; finalmente de los bonos pensionales precisa que, si hubiere bonos pensionales estos serían devueltos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no a Colpensiones.

SKANDIA S.A. se opone al traslado de todos los valores de la cuenta de ahorro del actor, puesto que, la entidad en la actualidad no cuenta con ningún monto en la cuenta del demandante como quiera que desde el 2009 se trasladó a Protección; de los gastos de administración arguye que de devolver estas sumas equivaldría a que la entidad no administró los recursos y por lo tanto no se generó este rubro, dichas sumas surgen como retribución a la administración de los aportes del afiliado, de además que estas no forman parte del capital pensional, la ley dispone este descuento en favor de las AFP, por lo que ordenar la devolución del gasto de administración constituiría un enriquecimiento sin causa y un pago de lo no debido a un fondo que no ejecuta administración alguna hace mucho tiempo; entonces se estaría vulnerando el principio de confianza legitima al restituir estas sumas que tienen un destinatario definido por la ley, lo mismo operaria para las sumas adicionales de la aseguradora y el fondo de garantía de pensión mínima, dado que estos montos ya no se encuentran en el haber de Skandia, las cuales sirvieron para el pago de las primas previsionales para el cubrimiento de los riesgos IVM, por lo que solicita que sea Mapfre la llamada a pagar estos rubros; Skandia actuó de buena fe y con rectitud de cara a la afiliación del actor, por ende, solicita se declare las excepciones propuesta y se acepte el llamado en garantía.

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 de igual forma se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta por ser adversa a

COLPENSIONES, respecto de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

Caso Concreto

Se circunscribe el problema jurídico a resolver en determinar si es viable o no declarar la ineficacia de un presunto traslado de régimen pensional efectuado por el señor **ALFONSO JAVIER NARVAEZ CRUZ** del RPMPD al RAIS gestionado por COLPATRIA-HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y los posteriores realizados con **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**; como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene el retorno del actor al RPMPD regentado en la actualidad por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros rubros, estudio de la prescripción y costas procesales.

Respecto de la afiliación inicial al Sistema General en Pensiones del señor **NARVAEZ CRUZ** se encuentra que, de la documental aportada no hay certeza si el actor efectuó cotizaciones al RPMPD o si estuvo vinculado alguna Caja de Previsión Social más allá de lo dicho en la demanda o lo manifestado en cierta respuesta a petición que aportó la parte activa, por lo que estamos frente a una ineficacia de afiliación primigenia realizada con COLPATRIA-HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y como consecuencia los demás efectuados con **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** por falta de información respecto de las singularidades positivas y negativas de los dos regímenes coexistentes en nuestro sistema pensional, toda vez que, el demandante afirma omisión de dicha información lo que devino en que su decisión se inclinara a vincularse con un fondo del RAIS. Lo que, si es cierto que, el demandante tiene cotizadas con Protección S.A. 591.43 semanas, 139.1 semanas con Porvenir S.A, más 295.47 semanas en el sector público. En total tiene cotizadas 1.026.29 semanas. El tiempo público está acreditado con certificaciones de la Empresa Social del estado Rafael Tovar (1 de diciembre de 1983 a 31 de diciembre de 1984) y con el Hospital Mario Correa Rengifo (17 de diciembre de 1991 a 31 de agosto de 1993).

Debe precisar la Sala que, la línea jurisprudencial esgrimida por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral y que se

citara más adelante corresponde a ineficacias de traslado respecto a personas que estuvieron afiliadas al RPMPD ya sea con el ISS hoy **COLPENSIONES** o Cajas de Previsión Social y se trasladaron al RAIS, lo que no obsta que se extrapolen las mismas consideraciones al caso que nos ocupa, cuya primera y única vinculación presuntamente ha sido al RAIS, pues el deber de información de las AFP en la selección del régimen pensional no está ceñido o depende de una vinculación previa a otro régimen, sino al deber de dar a conocer integralmente los beneficios y los perjuicios de un régimen u otro, todo ello con la finalidad de que el trabajador pueda tomar una decisión informada, libre y voluntaria que se ajuste a sus intereses, tal como lo señala el artículo 13 de la ley 100 de 1993 literal b).

El efecto 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, lo que implica que el precepto comentad o no sólo se aplica cuando hay traslado sino que con base en el tenor literal y el espíritu de la norma se aplica en los casos de la primera afiliación.

Como el demandante tiene libertad de escogencia de fondo, desde el escrito de demanda se infiere que quiere estar en el Régimen de Prima Media Administrado por COLPENSIONES.

Es de advertir que, el tiempo laborado antes de Ley 100 de 1993, así no esté afiliado a Cajas era en su momento el régimen Público de Ley 33 de 1985, régimen que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no conservó porque no tenía ni la edad de 40 años, pues, nació el 10 de abril de 1958, ni las 750 semanas al 1 de abril de 1994.

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 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)."

Respecto de los conceptos 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 errado 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 la vinculación inicial al RAIS producto de la omisión información de manera oportuna como antesala a la afiliación del demandante.

Del formulario de afiliación suscrito entre el demandante y las demandadas regentes del RAIS, cabe destacar que, nuestro órgano de cierre ordinario estipula respecto del citado medio probatorio 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 consiguiente, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe por su parte una comprensión integral del acto de trasladarse de régimen y dado que la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión, razón por la cual, 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´S como entidades financieras expertas en esta materia de alta complejidad, dar a conocer las características positivas y negativas de cada régimen, todo ello, para erigir la validez de los citados actos con el consentimiento informado del actor, tal 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)*

Del interrogatorio de parte efectuado por **SKANDIA S.A.** y **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** al señor **ALFONSO JAVIER NARVAEZ CRUZ**, se extrae puntualmente que: el actor manifiesta que se trasladó porque en varias ocasiones se acercaban asesores de los fondos a su consultorio para persuadirlo bajo la premisa de mejorar su prestación económica, que dichos promotores iban esporádicamente después del traslado para informarle situaciones superfluas, indica el actor que no tiene conocimiento alguno del funcionamiento de los regímenes o los fondos pensionales, no le informaron de las ventajas ni desventajas de los traslados y que la aseguradora Mapfre no tuvo incidencia alguna en el traslado de régimen; de lo anterior se colige que el actor desconoce situaciones puntuales y neurálgicas, tales como, la posibilidad de retractarse de sus afiliaciones, la forma de calcular la pensión en cada régimen, comparativos de ambos regímenes en lo que respecta a la forma de acceder a las prestaciones, las diferentes modalidades de pensión en el RAIS, destinación de sus aportes y descuentos realizados de los mismos entre muchos otros aspectos, evidenciándose una ostensible desinformación en el afiliado.

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

Si bien milita en el expediente documental aportada por las demandadas como publicaciones de diarios de amplia circulación e históricos de asesorías 2012-2013, dichas situaciones no tienen la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información al momento de la vinculación inicial en que incurrió el fondo COLPATRIA-HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, puesto que, la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico de afiliación y no con posterioridad.

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 COLPATRIA-HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** al momento surtirse tanto la vinculación inicial como los subsecuentes los traslados, obligaciones que surgieron desde su creación con la ley 100 de 1993.

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, COLPATRIA-HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** no le brindaron al señor **ALFONSO JAVIER NARVAEZ CRUZ** asesoría integral acerca de las aristas de cada régimen y de los posteriores traslados, por ello, al no acreditar los citados fondos 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 la afiliación inicial al RAIS y los posteriores traslados, en consecuencia se ordenara a **COLPENSIONES** que afilie al RPMPD al demandante.

Se anexa historial de vinculaciones de Asofondos que milita en el expediente, por medio del cual se observa las vinculaciones efectuadas por el actor signadas de ineficaces, veamos:

asofondos — Asociación colombiana de administradoras de fondos de pensiones y cesantías — SIAFP

USUARIO: PRLFLOREZG01 | LAURA FLOREZ GIL | 17 de Marzo de 2021 | Registrar servicio | Buscar en Wiki SIAFP

Afiliados · Personas · Aportantes · Estadísticas · Documentación · Entrega HL al RPM · Usuarios · Historia Laboral · Actua

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 10:23:19 AM
Afiliado: CC 16591789 ALFONSO JAVIER NARVAEZ CRUZ Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas Afiliado presenta vinculaciones inválidas

Vinculaciones para : CC 16591789

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1994-10-19	2010/01/29	COLPATRIA			1994-10-19	2000-09-28
Cesion por fusión	2000-09-29	2013/10/04	HORIZONTE	COLPATRIA		2000-09-29	2003-11-30
Traslado de AFP	2003-10-23	2010/01/29	SKANDIA	HORIZONTE		2003-12-01	2009-08-31
Traslado de AFP	2009-07-24	2010/01/29	PROTECCION	SKANDIA		2009-09-01	

4 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 16591789

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1994-10-19	1999-02-25	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	COLPATRIA	
1996-04-15	1996-06-13	01	AFILIACION	COLPATRIA	
2000-09-29	2000-09-29	30	CESION	COLPATRIA	HORIZONTE
2003-10-23	2003-11-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	SKANDIA	HORIZONTE

4 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Devolución de Gastos de Administración y Otros

La ineficacia trae como consecuencia que el actor conforme a su pretensión principal sea afiliado al RPMPD, no obstante, la imposición de afiliar al señor **ALFONSO JAVIER NARVAEZ CRUZ** al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que serán impuestas a **PORVENIR S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** a título de sanción por la omisión del deber de información.

No es de recibo por este colegiado los argumentos esgrimidos en la apelación de **PORVENIR S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** en el sentido de que, no están obligados a retornar los gastos de administración y lo consignado en el fondo de garantía de pensión mínima, por cuanto, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano la afiliación inicial al RAIS con el fin de que el actor sea afiliado al RPMPD y dado que, los citados fondos tuvieron en su poder los dineros los cuales usufructuaron, por ende, debe transferirlos en toda su integridad a **COLPENSIONES**.

Del llamado en garantía de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, encuentra la Sala que no tiene lugar, toda vez que, el acto de afiliación signado de ineficaz es producto de la omisión del deber de información para con el demandante en que incurrió COLPATRIA-HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.,** así como los posteriores efectuados dentro del RAIS con **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, por ende, la sanción de transferir las primas de seguros previsionales corre por cuenta en este caso a cargo de **SKANDIA S.A.** en su propio patrimonio y no al tercero de buena fe que en este caso es la aseguradora, por ende, se confirmara el fallo en este aspecto.

Respecto de las sumas adicionales de la aseguradora, cabe decir que, le asiste razón en su discrepancia las demandadas **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.**, toda vez que, en el trasegar del proceso no se discutió tema alguno de una prestación por invalidez o sobrevivencia, no obstante, este rubro será sustituido por las primas de seguros previsionales que se descontaron en los periodos que estuvo vinculado el actor con las citadas AFP; igual suerte corre la orden de retornar los bonos pensionales, por ello se ordenara la cancelación y remisión al emisor cualquier bono pensional generado a favor del actor.

En razón de lo expuesto y la consulta surtida en favor del ente público se modificará el numeral Cuarto del fallo en estudio en los términos antes indicados adicionando también para ello la orden de retornar las cotizaciones voluntarias al actor, si se hicieron conforme a los respectivos periodos de vinculación en COLPATRIA-HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN 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 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

El legislador establece que, dicha noción 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, por ende, la decisión del A quo en este apartado del fallo se encuentra conforme a derecho respecto de las demandadas.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **PORVENIR S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**

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: MODIFICAR el numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 120 del 08 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali y en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación efectuada el 19/10/1994 al RAIS con COLPATRIA-HORIZONTE ambas hoy **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y los posteriores traslados realizados con **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** el 01/12/2003 y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** el 01/09/2009, por las consideraciones antes expuestas.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 120 del 08 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali y en su lugar **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -**,acepte en el RPMPD al señor **ALFONSO JAVIER NARVAEZ CRUZ**, sin imponerle cargas adicionales, en razón de lo expuesto en precedencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 120 del 08 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y**

CESANTÍAS S.A. y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -**, las cotizaciones efectuadas por el señor **ALFONSO JAVIER NARVAEZ CRUZ**, pago de primas de seguros previsionales, gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional generado en favor del actor; así como la obligación de retornar al demandante las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, conforme a los respectivos periodos de vinculación en cada entidad; todo lo anterior con cargo a sus patrimonios, por las razones esgrimidas previamente en la providencia. Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos

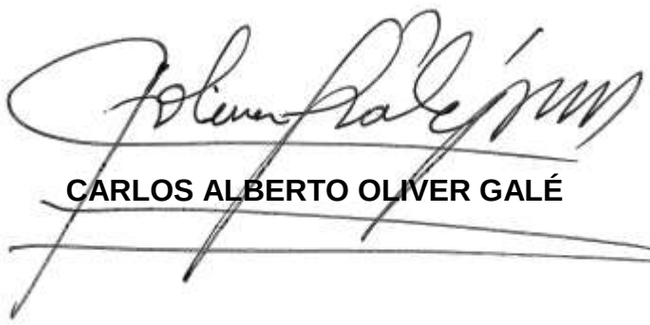
CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 120 del 08 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** como agencias en derecho se estiman en la suma de $1.000.000 cada una y en favor del señor **ALFONSO JAVIER NARVAEZ CRUZ**.

SEXTO: 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.

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
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 005 Laboral
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:
9c64e1fc51a8ace510fb0ed05ee889565b9bd218179b0e95e53e2f51bf9070ba
Documento generado en 30/07/2021 09:51:21 AM

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