



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

AUDIENCIA NÚMERO 274

Juzgamiento

Santiago de Cali, seis (6) de agosto de dos mil veintiuno
(2021).

SENTENCIA NÚMERO 282

Acta de Decisión N° 062

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° 133 del 24 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **JAIME FERNANDO CAJAS MUÑOZ** 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.**, proceso identificado con la radicación N° 76001-31-05-007-2021-00137-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por el actor en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado de régimen efectuado del RPMPD al RAIS con **SKANDIA S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene su regreso al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** junto con sus aportes y rendimientos debidamente indexados, así como la respectiva condena en costas procesales a cada una de las accionadas.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor nació el 07/01/1966; que se afilió al RPMPD regentado en su

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

momento por el ISS hoy **COLPENSIONES**, desde el 15/03/1990 al 01/10/1995; que se trasladó al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** desde mayo de 1995 hasta julio de 1998; que posteriormente se trasladó a **SKANDIA S.A.** desde agosto de 1998, donde cotiza en la actualidad.

Refiere que, elevó formulario de traslado de régimen el 25/02/2021 ante **COLPENSIONES** y **SKANDIA S.A.**, no obstante, ambas se negaron, adicionalmente solicitó a **SKANDIA S.A.** información acerca de la asesoría previa a efectuarse el traslado y la expedición de simulación pensional; manifiesta que, en similares términos radicó solicitud de información del traslado de régimen primigenio ante **PORVENIR S.A.**, sin embargo, la AFP no ha emitido respuesta.

Finalmente aduce que, al realizarse la afiliación con el fondo privado no recibió información acerca de los términos y condiciones para adquirir su pensión de vejez, monto y proyección.

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°, 2°, 3°, 5° y 5°(sic); respecto del resto aduce 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.

PORVENIR S.A. indica que, no le constan los hechos 1°, 2°, 5°, 5°(sic), 6° y 7°; en cuanto a los demás expresa que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró como excepciones de mérito: PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACIÓN Y EXCEPCIÓN GENÉRICA.

SKANDIA S.A. por su parte señala que, son ciertos los hechos 1°, 4° y los enumerados 5°, 6° y 7° que corresponde al 6°, 7° y 8°; que no es cierto el 11°; respecto de los demás afirma que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo: PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.



Es preciso acotar 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 2007 al 2018, solicitud que fue aceptada por el A quo mediante Auto Interlocutorio No. 1304 del 20/05/2021.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. indica frente a los hechos de la demanda que, es cierto el 1°; que es una negación indefinida y manifestaciones del demandante el 11° enumerado como 10°; en cuanto a los demás refiere que no le constan. Se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones: 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 lo que respecta al llamado en garantía efectuado por **SKANDIA S.A.** aduce que, no es cierto el hecho 6° y frente a los demás manifiesta que son ciertos. Se opuso a su vinculación e impetró 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.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La profesional Rosmira Guevara Arboleda en calidad de Procuradora 8 Judicial I, manifestó que, en virtud de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a Porvenir S.A. demostrar que en el proceso de traslado de régimen pensional se cumplió con el deber de información con transparencia máxima, de forma completa y comprensible conforme a los requisitos legales y bajo los parámetros antes señalados; solicitó la exoneración del

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

pago de costas procesales a **COLPENSIONES**, toda vez que, la entidad no intervino el proceso de traslado quien solo actuó en cumplimiento de un deber legal.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 133 del 24 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 JAIME FERNANDO CAJAS MUÑOZ identificado con la CC. No. 10.548.704 al fondo PORVENIR 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 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 4 SMLMV. Liquídense por Secretaría.

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

SEPTIMO: Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

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

NOVENO: CONSULTESE con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelada.”

RECURSO DE APELACIÓN



Inconformes con el fallo de primera instancia, los apoderados judiciales de la parte demandante, **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** presentaron recurso de apelación esgrimiendo para ello que:

- Por la parte demandante se solicita que, se revoque el numeral Séptimo y se condene en costas a Colpensiones, toda vez que, de conformidad al art. 365 del C.G.P., pues la entidad contestó la demanda, se opuso a las pretensiones, formuló excepciones e hizo alegatos, es decir que, la entidad fue vencida en juicio por lo que hay lugar a la condena en costas.
- Por **PORVENIR S.A.** se manifiesta que, si bien se alegaron vicios en el consentimiento por la contraparte en el traslado de régimen, estos solo quedaron como simples afirmaciones carentes de sustento legal, por lo que debieron despacharse desfavorablemente las pretensiones de la parte actora, al no probarse error, fuerza o dolo, pues Porvenir jamás incurrió en las conductas que falazmente indica el demandante, tal como se demuestra con la documental aportada en la contestación; adicionalmente el actor no hizo uso dentro de la oportunidad su derecho de retracto y tampoco manifestó su deseo de retornar al RPMPD; para la época de la afiliación no se imponía a los fondos brindar una asesoría correspondiente al monto de la pensión, situación que se vino a dar a partir del 2014 por vía normativa.

Indica que, debe darse aplicación a las excepciones propuestas, pues la acción no versa sobre la adquisición o negación de un derecho pensional sino que está encaminado a obtener la ineficacia del traslado de régimen pensional para obtener un mayor valor de su mesada, de persistir la condena solicita se revoque la devolución de gastos de administración, dado que la entidad siempre actuó de buena fe, de conformidad a los efectos de la ineficacia de retrotraer todo al estado anterior, debe compensarse los rendimientos con los gastos de administración; por lo expuesto solicita que se revoque la condena en costas.

- **SKANDIA S.A.** aduce que, se cumplió a cabalidad con sus obligaciones en materia informativa al momento del traslado, Skandia no fue la gestora del traslado de régimen pues lo que se dio fue un traslado horizontal entre AFP del RAIS, por lo que Skandia no contaba con la capacidad de conocer la información que se le brindó al actor en el acto primigenio; señala que al actor

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

se le brindó toda la información necesaria para que tomara su decisión libre y voluntaria de trasladarse; la normativa para la época del traslado no exigía documentar la asesoría y bastaba con la simple suscripción del formulario de afiliación, entonces se le somete a un imposible jurídico exigirle a la entidad que demuestre el cumplimiento de formalidades que no estaban vigentes para la época del acto y que nacieron posteriormente que en todo caso no tienen naturaleza retroactiva; de las pruebas practicadas se demuestra que al actor si le brindó información acerca de las ventajas y desventajas de las condiciones del traslado de régimen pensional, pues de su propio dicho en el interrogatorio de parte, el actor conocía varias características del RAIS, indicó que la motivación del traslado eran los rendimientos financieros, que realizó aportes voluntarios, que el actor está en sus plenas capacidades para obligarse y la elección de régimen pensional está solo en cabeza de los afiliados.

De los rubros a retornar a Colpensiones refiere que, de entenderse que la afiliación se tornó ineficaz, entonces Skandia no administró los aportes del actor y por lo tanto no nacieron a la vida jurídica los rendimientos que también se ordenan devolver; de los gastos de administración señala que son la retribución a la administración de los aportes del afiliado como lo dispone la ley, por lo que ordenar la devolución del gasto de administración constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones en perjuicio del patrimonio de Skandia y un pago de lo no debido a un fondo que no ejecuta administración alguna hace mucho tiempo, lo mismo operaría para primas de seguros previsionales y el fondo de garantía de pensión mínima; solicita que sea Mapfre la llamada a pagar por las primas de seguros previsionales, toda vez que, Skandia actuó de buena fe y con rectitud de cara a la afiliación del actor.

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).

Objeto de la Apelación y Consulta

Se circunscribe el problema jurídico a resolver en determinar si es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **JAIME FERNANDO CAJAS MUÑOZ** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y el posterior traslado realizado con PENSIONAR hoy **SKANDIA S.A.**; como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene su retorno al RPMPD regentado por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros rubros, estudio de la prescripción y costas procesales.

Caso Concreto

El eje central de discusión estriba en determinar si **PORVENIR S.A.** y PENSIONAR hoy **SKANDIA S.A.** le suministraron al señor **CAJAS MUÑOZ** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados, que le permitiera conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones, por lo cual, el deber de asesoría y buen consejo en cabeza de las mentadas AFP 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 desfavor 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 en su Sala de Casación Laboral 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***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 un traslado de régimen pensional producto de la omisión información de manera oportuna como antesala a la afiliación del demandante, razón por la cual lo que se busca en este tipo de asuntos no es la comprobación de error, fuerza o dolo, sino desentrañar que información y alcance de la misma proporcionó el fondo pensional acusado previo a la autorización del traslado para determinar la eficacia del acto cuestionado.

Para ello, podemos traer a colación 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.

De los formularios de afiliación suscritos entre el demandante y las demandadas regente del RAIS, se tiene estipulado por vía jurisprudencial 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 frente al afiliado lego, dar a conocer la totalidad de rasgos positivos y negativos de cada régimen para desvirtuar la acusación del afiliado:

*“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)*

Se practicó interrogatorio de parte al actor del cual se extrae puntalmente que: el traslado de régimen se efectuó por directiva de su empleador en aquel momento, que el posterior traslado entre AFP del RAIS se dio por motivos comerciales, se observa limitado conocimiento del RAIS y del RPMPD, aduce que leyó los formularios de afiliación incluyendo la letra menuda pero no recuerda su contenido, manifiesta que conoce algunas ventajas o desventajas de cada régimen pero no los menciona, que de haber sabido que su mesada en el RAIS sería inferior no se hubiera trasladado y finalmente indica que no recuerda intervención alguna de la aseguradora MAPFRE en los traslados.

Al respecto, 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 PORVENIR S.A. como publicaciones en diarios de amplia circulación nacional, dicho material probatorio no tiene la aptitud de subsanar la omisión del deber de informar al afiliado previo al suscribirse el acto primigenio de traslado de régimen, toda vez que, la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado 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 **PORVENIR S.A.** y PENSIONAR hoy **SKANDIA S.A.** al momento de surtirse los traslados, toda vez que, el deber de información le es exigible a los fondos desde la creación dual de los regímenes con la Ley 100/93.

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **PORVENIR S.A.** y PENSIONAR hoy **SKANDIA S.A.** no le brindaron al señor **JAIME FERNANDO CAJAS MUÑOZ** asesoría integral, adecuada y pertinente de las condiciones de cada traslado efectuado, 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); por ende, al no acreditarse por parte de los fondos privados el cumplimiento del deber legal de información y buen consejo implica que nunca lo acataron configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen primigenio y los posteriores bajo la ficción jurídica de que, el actor nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.



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

Asofondos | Asociación colombiana de administradores de fondos de pensiones y cesantías

USUARIO: SKDVARGASH03 | DIANA MILENA VARGAS HERNANDEZ | 26 de Marzo de 2021 | Registrar servicio | Buscar en Wiki SIAFP

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 por

- Reconstrucción
- Usuarios
- Afiliados
- Pagos
- Administrador de Tasas
- Estadísticas
- Historia Laboral
- Actualización de información
- Doc

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 2:56:19 PM
Afiliado: CC 10548704 JAIME FERNANDO CAJAS MUÑOZ [Ver detalles](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 10548704

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
Traslado regimen	1995-04-19	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			1995-05-01	1998-08-31
Traslado de AFP	1998-07-31	2004/04/16	SKANDIA	PORVENIR		1998-09-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migradas de Mareguia para: CC 10548704

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1995-04-19	1996-06-13	01	AFILIACION	PORVENIR	
1998-07-31	1998-08-13	79	TRASLADO AUTOMATICO	SKANDIA	PORVENIR

2 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 implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público a cargo de **COLPENSIONES**, 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 por este colegiado los argumentos esgrimidos en la apelación de **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** en el sentido de que, no están obligados a retornar los gastos de administración y demás rubros, por cuanto, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado de régimen y subsecuentes, dado que los citados fondos tuvieron en su poder los dineros los

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

cuales usufructuaron, por ende, debe transferirlos en toda su integridad a **COLPENSIONES** sin lugar a compensación.

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 **PORVENIR S.A.** en el traslado de régimen así como los posteriores efectuados dentro del RAIS con PENSIONAR hoy **SKANDIA 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.**, con 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.

En razón de lo expuesto y la consulta surtida en favor del ente público se adicionará al numeral Cuarto del fallo en estudio los rubros por concepto de primas de seguros previsionales, se ordenará a SKANDIA S.A. cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido a favor del actor y retornar las cotizaciones voluntarias al demandante, si se hicieron, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.** y PENSIONAR hoy **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 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 adocinado 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, le asiste razón a la parte demandante al deprecar la imposición de costas a Colpensiones, por lo que se revocara el numeral séptimo y en su lugar se condenara en costas a Colpensiones en razón de la disposición legal antes citada, suma que será fijada por el A quo,



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

respecto de las demás demandadas esta condena se encuentra conforme a derecho.

Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA 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: REVOCAR el numeral Séptimo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 133 del 24 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo 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 en favor del señor **JAIME FERNANDO CAJAS MUÑOZ**, monto que será fijado por el A quo en su oportunidad procesal.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 133 del 24 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, los rubros por concepto de primas de seguros previsionales, **SE ORDENA** a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional que se haya constituido a favor del señor **JAIME FERNANDO CAJAS MUÑOZ**. **Se ordena a PORVENIR Y SKANDIA S.A** retornar las cotizaciones voluntarias al demandante, si se hicieron, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **PORVENIR S.A.** y **PENSIONAR** hoy **SKANDIA S.A.** Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. **CONFIRMAR** en lo demás el citado numeral.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 133 del 24 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.



CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.000.000 cada una y en favor del señor **JAIME FERNANDO CAJAS MUÑOZ**.

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 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

Art. 11 Dec. 49128-03-2020

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
Sala 005 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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:

262be989b899fa852fd9093a8d2d56624c33419f8640364c3dfd8d2a7d7f9ce5

Documento generado en 06/08/2021 07:49:57 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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