



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

AUDIENCIA NÚMERO 280

Juzgamiento

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

SENTENCIA NÚMERO 288

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° 335 del 27 de octubre del 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **LUZ MERCY VERGARA ROJAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** -, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, bajo la radicación N° 76001-31-05-015-2018-00167-02.

Es preciso acotar que, esta Sala tuvo conocimiento previó del proceso y a través de Auto Interlocutorio No. 073 del 09/10/2019 se resolvió: *Desacumular el presente asunto respecto de los procesos adelantados por MARÍA CRISTINA CARDONA CASTILLO radicado No. 76001-31-05-015-2018-00004-01 y PEDRO PABLO MARTINEZ LOPEZ radicado No. 76001-31-05-012-2020-00152-01; declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del Auto Interlocutorio No. 827 del 10/04/2018, providencia que admitió la demanda emanada del Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali; se ordenó la vinculación de los litis consortes necesarios por pasiva a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y OLD MUTAL S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y*



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

CESANTÍAS S.A. y escindir el expediente del citado proceso conservando copias en el sumario acumulado de **MARÍA CRISTINA CARDONA CASTILLO** y **PEDRO PABLO MARTINEZ LOPEZ**.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por la accionante en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS con COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**; como secuela de lo anterior se ordene su retorno al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**; se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** sus aportes, rendimientos, bonos pensionales entre otros emolumentos y se conde a las accionadas al pago de costas procesales.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, la actora nació el 11/12/1963; que empezó a cotizar en abril de 1987 al I.S.S. hoy **COLPENSIONES**; que en febrero de 1996 se trasladó a la COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**; que en el proceso de afiliación fue abordada por un promotor de COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** quien la convenció de trasladarse puesto que, afirmaron que obtendría una pensión de valor superior a la que recibiría en el RPMPD.

Refiere que, el fondo privado no le explicó las condiciones del traslado, no le hizo proyección pensional, no le informó de manera clara y por escrito el derecho a retractarse de su afiliación y que podía retornar al RPMPD antes de que le faltare menos de 10 años para pensionarse; aduce que, **PORVENIR S.A.** no le manifestó que podría retornar al RPMPD; expresa que, solicitó asesoría sobre su estado pensional a **PORVENIR S.A.**, en la se evidenció que con la densidad de semanas y el salario cotizado obtendría una mesada demasiado baja para cubrir sus gastos; finalmente indica que, el 19/02/2018, presentó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES** sobre el traslado AFP y en especial sobre la nulidad del traslado.

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° y 12°; que no es cierto el 2° y respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, LA INNOMINADA, BUENA FE Y PRESCRIPCIÓN.

PROTECCIÓN S.A. expresa que, es cierto el hecho 3°; que no le constan los hechos 1°, 2°, 10°, 11° y 12°; en cuanto a los demás señaló que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las que denominó como:

VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN A COLMENA S.A. HOY 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, 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.

PORVENIR S.A. por su parte indica que, es cierto el hecho 11°; que no es cierto el 10°; sobre el restante manifestó que no le constan. Se opuso a todas las pretensiones e impetró las excepciones de fondo: PRESCRIPCIÓN, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES LABORALES DE TRACTO SUCESIVO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

LITISCONSORTES

OLD MUTAL S.A. hoy **SKANDIA S.A.** manifiesta frente a los hechos de la demanda que no le constan ninguno. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 OBLIGATORIA ADMINISTRA POR OLD MUTUAL S.A. Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO.

COLFONDOS S.A. por su parte se allanó a las pretensiones de la demanda.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 335 del 27 de octubre del 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas la totalidad de las excepciones propuestas por los demandados.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad o ineficacia del traslado que efectuara de prima media Seguro Social hoy COLPENSIONES al de ahorro individual COLMENA que data del 31 de enero de 1996, consecuente traslado a COLFONDOS el 25 de abril de 1997, a ING 26 de septiembre de 2001, a PORVENIR 18 de mayo de 2003, a OLD MUTUAL 24 de marzo de 2011 y a PORVENIR 08 de junio de 2012.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR el ultimo fondo que tiene los dineros de la demandante a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que haya en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hubiere, todos con sus frutos e intereses durante el periodo que administro los recursos de la demandante, en igual forma todos los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, en igual forma deberán de devolver los gastos de administración los fondos COLFONDOS, OLD MUTUAL y PROTECCIÓN durante los periodos que administro los recursos de la demandante.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a vincular válidamente a la demandante en el régimen de prima media.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada COLPENSIONES \$100.000 y 500.000 para cada uno de los fondos privados.

SEXTO: La presente decisión será objeto de consulta toda vez que fue adversa a los intereses del fondo público.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, los apoderados judiciales OLD MUTUAL S.A. hoy **SKANDIA S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** presentaron recurso de apelación esgrimiendo para tal fin que:

- OLD MUTUAL S.A. hoy **SKANDIA S.A.** se opone a lo resuelto en el numeral tercero del fallo, toda vez que, no es procedente la devolución de gastos de



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

administración porque se encuentra autorizados por ley como ingresos de las AFP para la generación de los rendimientos en beneficio de sus afiliados, por lo anterior solicita se absuelva del retorno de los gastos de administración.

- **PORVENIR S.A.** en igual forma se opone al regreso de los gastos de administración, puesto que, estos están destinados para cubrir el seguro previsional y debidamente autorizados por la ley, comisión que opera en ambos regímenes, entonces no es procedente el retorno de los gastos de administración porque se tratan de comisiones ya causadas como contraprestación a la gestión de Porvenir; de aplicarse la teoría de la nulidad del derecho privado y las restituciones mutuas se colige que la demandante debe devolver los rendimientos al fondo y este ultimo los gastos de administración al afiliado; la afiliación se ajustó a los parámetros legales, sin vicios en el consentimiento y sin coacción alguna.
- **PROTECCIÓN S.A.** en igual sentido se opone a la devolución de los gastos de administración, toda vez que, los mismos se descontaron con el propósito de financiar el sistema general de pensiones en el RAIS y de conformidad a la ley, máxime que, los mismos son necesarios para el manejo de la cuenta de ahorro de cada afiliado permitiendo la reinversión de los mismos de manera que los afiliados vean los resultados en los rendimientos generados; resalta que, se tratan de comisiones ya causadas; de acuerdo a las restituciones mutuas y los efectos de la ineficacia debe entenderse que la demandante debe devolver los rendimientos al fondo y este ultimo los gastos de administración al afiliado, además de que los gastos no forman parte de la cuenta de ahorro de la demandante.

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **LUZ MERCY VERGARA ROJAS** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** y los posteriores traslados efectuados dentro del RAIS con **COLFONDOS S.A.**, **PORVENIR S.A.**, ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** y OLD MUTUAL S.A. 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.

El eje central de discusión estriba en determinar si las regentes del RAIS le suministraron a la señora **VERGARA ROJAS** 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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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).”

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 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***



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 de la 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 de régimen para determinar la eficacia del acto cuestionado.

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.

Del formulario de afiliación suscrito entre la demandante y las demandadas regentes 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 tal motivo, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe una comprensión integral del acto del traslado por parte de la actora; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación. (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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

de alta complejidad frente al afiliado lego dar a conocer los 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)*

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 consistente en 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 los actos, 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,

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 las AFP'S del RAIS al momento de surtirse los traslados, obligaciones que surgieron desde su creación con la Ley 100 de 1993.

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** como propias y sucesoras de los extintos fondos no le brindaron a la señora **LUZ MERCY VERGARA ROJAS** asesoría integral, adecuada y pertinente de las condiciones del traslado de régimen y sus posteriores traslados o permanencia en el RAIS, así como también 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); 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 por ende los posteriores bajo la ficción jurídica de que, la actora nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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

Asofondos

REPUBLICA DE COLOMBIA
CORPORACION DE SEGURIDAD Y PENSIONES
DE LA SECCION DE TRABAJO - CALI

DAVID
ALBERTO
HERRERA
CASTANEDA

19 de Febrero de 2019

Registrar
Asociar

Buscar en Vidi SIAFP

USUARIO: PVD-HERRERA

A partir del 01 de octubre de 2018, todas las personas que deseen pensionarse de un régimen pensional a cargo, deberán solicitar la doble Asofonda.

Asociar + + Pensionar + + Aportar + + Pagar + + Entregar H.L al RPS + + Documentar + + Usar + + Gestionar + +

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta: 1:25:18 PM

Afiliado: CC 51782551 LUZ MERCY VERGARA ROJAS Ver Perfil

5/5 Se muestran vinculaciones eficientes

Vinculaciones para : CC 51782551

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reasignación	Fecha de migración efectiva	Fecha de finalización
Traslado de régimen	1966-01-31	2010-12-12	COLMENA	COLPENSIONES		1966-02-01	1967-06-01
Traslado de AFP	1997-04-25	2010-12-12	COLFONDOS COLMENA			1997-05-01	2001-10-31
Traslado de AFP	2001-09-26	2010-12-12	ING	COLPENSIONES		2001-11-01	2003-04-30
Traslado de AFP	2003-03-18	2010-12-12	PORVENIR	ING		2003-03-31	2011-04-30
Traslado de AFP	2011-03-24	2011-04-18	OLD MUTUAL	PORVENIR		2011-05-01	2012-07-31
Traslado de AFP	2012-06-05	2012-07-19	PORVENIR	OLD MUTUAL		2012-08-01	

6 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migradas de Mexiquia para: CC 51782551

Fecha de solicitud	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP inactivada
1966-01-31	1966-02-13	01	AFILIACION	COLMENA	
1997-04-25	1997-05-05	02	TRASLADO DE ENTRADA	COLFONDOS COLMENA	COLMENA
1997-04-25	1997-05-23	03	TRASLADO DE SALIDA	COLMENA	COLFONDOS
1998-04-07	1999-02-14	01	AFILIACION	PORVENIR	
1999-04-07	1999-09-14	74	PERDIDO POR SALDO	COLFONDOS	PORVENIR
2001-09-26	2001-11-07	75	TRASLADO AUTOMATICO	ING	PORVENIR
2003-03-18	2003-06-06	40	CORRECCION FECHA AFILIACION	PORVENIR	
2003-03-18	2003-04-28	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	PORVENIR	
2003-03-18	2003-04-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	ING

6 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 de la demandante (*traslado de régimen y posteriores*), que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, debido al cumplimiento del requisito de edad para pensionarse y para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P de la señora **LUZ MERCY VERGARA ROJAS** implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que serán impuestas a **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.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 **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** en el sentido de que, no están obligados a retornar los gastos de

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

administración, por cuanto, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado de régimen, volviendo las cosas al estado anterior y, por otro lado, los citados fondos tuvieron en su poder los dineros, los cuales usufructuaron, por ende, debe devolverlos en toda su integridad.

En razón de la consulta surtida en favor del ente público, se modificara el numeral Tercero del fallo en estudio y en su lugar se ordenara a **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** transferir a **COLPENSIONES** las cotizaciones efectuadas por la señora **LUZ MERCY VERGARA ROJAS** junto con sus respectivos rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como la obligación en cabeza de **PORVENIR S.A.** de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido a favor del señor **LUZ MERCY VERGARA ROJAS** y la respectiva devolución por parte de **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** de las cotizaciones voluntarias a la demandante, si se hicieron; todas las sumas a retornar con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** como propios y sucesores de los extintos fondos.

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

Prescripción

De la citada excepción cabe destacar que, el traslado de régimen pensional está ligado al derecho irrenunciable e imprescriptible a la Seguridad Social, y más concretamente al derecho a la pensión de vejez, el cual tiene la connotación de imprescriptible; situación que se le comunica un aspecto esencial como el consentimiento informado al momento de un traslado de régimen,



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

ello en consideración a que se constitucionalizó el derecho a la Seguridad Social en el artículo 48 de la Carta Política.

Respecto al tema, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, planteó sobre la prescripción de la acción de ineficacia del traslado lo siguiente:

“Sobre el particular, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.

*En efecto, de manera reiterada y pacífica, **la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles.** Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.*

*Dicho de otro modo: **no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración.** De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.*

(...)

*Conforme lo explicado, **los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.** Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había 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, 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 **PROTECCIÓN S.A., 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: MODIFICAR el numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 335 del 27 de octubre del 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali y en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado efectuado por la señora **LUZ MERCY VERGARA ROJAS** del RPMPD administrado previamente por el ISS hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** al RAIS regentado en su momento por COLMENA hoy **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**; así como los subsecuentes traslados efectuados dentro del RAIS con **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, ING hoy **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y OLD MUTUAL S.A. hoy **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 335 del 27 de octubre del 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali y en su lugar **ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** transferir a **COLPENSIONES** las cotizaciones efectuadas por la señora **LUZ MERCY VERGARA ROJAS** junto con sus respectivos rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como la obligación en cabeza de **PORVENIR S.A.** de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido a favor del señor **LUZ MERCY VERGARA ROJAS**, sumas a retornar con cargo al propio patrimonio de cada fondo, conforme



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

a los respectivos periodos de vinculación en **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** como propios y sucesores de los extintos fondos; **SE ORDENA A PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** retornar a la señora **LUZ MERCY VERGARA ROJAS** las cotizaciones voluntarias, si se hicieron. Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 335 del 27 de octubre del 2020, proferida por el Juzgado Quince 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., la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN 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 de la señora **LUZ MERCY VERGARA ROJAS**.

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

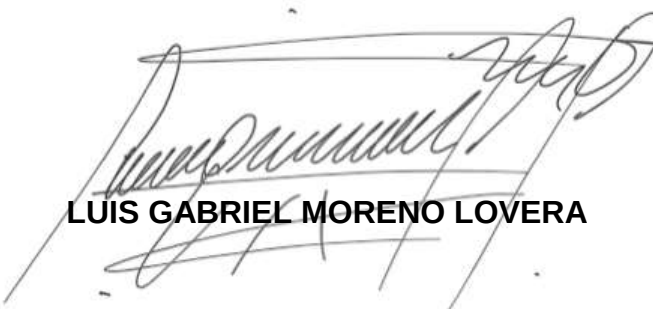
Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL


Art. 11 Dec. 49128-03-2020
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO


LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Firmado Por:

Carlos Alberto Oliver Gale
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
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:

**d6ad25745ff8a266603c9803ebb8702073d79e834269c707e387bbe6
846962df**

Documento generado en 06/08/2021 07:50:24 AM

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