



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

AUDIENCIA NÚMERO 290

Juzgamiento

Santiago de Cali, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 300

Acta de Decisión N° 066

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° 019 del 27 de enero del 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia identificado bajo la radicación N° 76001-31-05-018-2019-00052-01 e instaurado por la señora **MARIA DEL CARMEN BRYON VALBUENA** en contra de:

- La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**
- La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**
- La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**
- Y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por la accionante en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado de régimen efectuado del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS regentado por **PROTECCIÓN S.A.** y los posteriores traslados realizados

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

dentro del RAIS con **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** como propias y sucesoras de los extintos fondos HORIZONTE y OLD MUTUAL respectivamente; como secuela de lo anterior se ordene a **SKANDIA S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** sus cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, frutos e intereses; se ordene a **COLPENSIONES** aceptar su traslado y/o regreso al RPMPD; se ordene a **COLPENSIONES** reconocerle y pagarle su pensión de vejez una vez reúna los requisitos establecidos en la ley 100/93 y se condene a las accionadas al pago de costas procesales

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, la actora nació el 09/07/1966; que cotizó 451,86 semanas ante el ISS hoy **COLPENSIONES**, desde el 01/01/1988 al 28/08/1996; que ha cotizado alrededor de 1.104 semanas ante el RAIS con **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.**

Relata que, efectuó traslado del RPMPD al RAIS con **PROTECCIÓN S.A.** desde el 01/09/1996; que posteriormente se trasladó a **PORVENIR S.A.**, **SKANDIA S.A.**, HORIZONTE y OLD MUTUAL; aduce que, al momento de la afiliación con cada uno de los fondos previamente citado, no recibió información profesional, adecuada, clara, completa y transparente respecto de los aspectos negativos y positivos de cada régimen, las ventajas y desventajas del traslado.

Finalmente indica que, elevó sendas peticiones ante las accionadas con el fin de obtener la documentación e información de la asesoría brindada previa a las respectivas afiliaciones con cada uno de los fondos, así como la solicitud del traslado hacia el RPMPD, no obstante, las AFP del RAIS señalaron que la asesoría se dio de forma verbal y cumplieron con sus obligaciones en materia informativa, además de la negativa del traslado de régimen en razón de la prohibición legal por la proximidad al cumplimiento del requisito de edad para pensionarse.

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°, 35° y 36°; que no es cierto el 2°; que se trata de una mera



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

expectativa el 39°; respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y CARENCIA DEL DERECHO; COBRO DE LO NO DEBIDO; PRESCRIPCIÓN; LA INNOMINADA; BUENA FE; COMPENSACIÓN Y GENERICA.

SKANDIA S.A. indica que, son ciertos los hechos 1°, 7°, 10°, 25°, 26°, 27°, 29°, 30° y 31°; que no son ciertos el 32°, 33°, 34° y 37°; que son apreciaciones subjetivas el 28°, 38°, 39° y 40°; en cuanto a los demás refiere que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las que denominó como: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA ANULACION DEL TRASLADO; NO SE PRESENTAN LOS PRESUPUESTO LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA SER MERECEDORA DE UN TRASLADO AL RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA; BUENA FE; VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; COMPENSACIÓN Y PAGO; OBLIGACIÓN A CARGO EXCLUSIVAMENTE DE UN TERCERO; NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS; PETICIÓN ANTES DE TIEMPO Y AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

PROTECCIÓN S.A. expresa que, son ciertos los hechos 3°, 5°, 8°, 16°, 17° y parcialmente el 40°; que no es cierto el 4°, 11°, 12°, 13°, 14° y 21°; respecto del resto señala que no le constan. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las que denominó como: VALIDEZ DEL TRASLADO DEL ACTOR A PROTECCIÓN S.A.; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD Y APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS; PRESCRIPCIÓN; COMPENSACIÓN; BUENA FE DDE LA ENTIDAD DEMANDADA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A. Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

PORVENIR S.A. por su parte aduce que, son ciertos los hechos 6°, 9°, 18°, 19°, 20°, 22° y 23°; que no son ciertos el 15°, 21° y 24°; en cuanto al resto expresa que no le constan. Se opuso parcialmente a las pretensiones e impetró las excepciones de fondo: PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION DE NULIDAD; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, AUSENCIA DE DERECHO SUSTANTIVO, CARENCIA DE



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

ACCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO Y FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA; VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; RATIFICACIÓN DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.; PAGO; COMPENSACIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 019 del 27 de enero del 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de PETICION ANTES DE TIEMPO sobre la pretensión de pensión de vejez, sin perjuicio de que en el futuro la demandante pueda acreditar el requisito faltante para acceder a esta pretensión y NO PROBADAS las demás excepciones de mérito formuladas por PROTECCION S.A., PORVENIR S.A., OLD MUTUAL y COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora MARIA DEL CARMEN BRYON VALBUENA de condiciones civiles conocidas en el proceso, suscribió el día el 21 de agosto de 1996 desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCION S.A. y por consiguiente, las demás vinculaciones efectuadas a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. antes SKANDIA entidad esta última en donde se encuentra actualmente vinculada.

TERCERO: CONDENAR a OLD MUTUAL S.A., para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora MARIA DEL CARMEN BRYON VALBUENA, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, los rendimientos que se hubieren causado y las cuotas de administración previstas en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta última debidamente indexada.

CUARTO: CONDENAR a PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. que procedan una vez ejecutoriada esta sentencia, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, la totalidad de los gastos de administración debidamente indexados, respecto del tiempo que estuvo vinculada la demandante en estas AFP que corresponde a los siguientes periodos: PROTECCION S.A. desde 01/10/1996 hasta 29/02/2000 y desde 01/08/2009 hasta 31/03/2011 y PORVENIR S.A. desde 01/03/2000 hasta 28/02/2007, 01/04/2011 hasta 31/12/2013, 01/01/2014 hasta 31/10/2014.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES acepte el traslado de la señora MARIA DEL CARMEN BRYON VALBUENA sin solución de continuidad, ni cargos adicionales, una vez realizado el traslado ordenado en los numerales TERCERO Y CUARTO de la presente providencia, deberá actualizar la historia laboral de la señora MARIA DEL CARMEN BRYON VALBUENA, en los dos (2) meses siguientes.

SEXTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES- de las demás pretensiones de la acción incoada en su contra por la señora MARIA DEL CARMEN BRYON VALBUENA.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a PROTECCION S.A., PORVENIR S.A y OLD MUTUAL S.A. como parte vencida en juicio y en favor de la señora MARIA DEL CARMEN BRYON VALBUENA.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Se señalan como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV a cargo de cada una de estas entidades.

OCTAVO: Sin costas a cargo de COLPENSIONES ni a cargo de la demandante.

NOVENO: Si no fuera apelada la presente providencia por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, se remitirá en Grado Jurisdiccional de Consulta para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali. Por secretaría dese cumplimiento a los demás ítems establecidos en el inciso final del art. 69 del CPT y S.S.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, las apoderadas judiciales de **SKANDIA S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** presentaron recurso de apelación esgrimiendo para tal fin lo siguiente

- **SKANDIA S.A.** se opone a la devolución de gastos de administración, toda vez que, solo es viable regresar lo depositado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, estos últimos que surgen del buen manejo de la entidad sobre los dineros de la actora; las cuotas de administración están debidamente autorizadas por la Ley 100/93, pues constituyen los ingresos de las AFP, entonces se generaría un cobro de lo no debido, además dichos rubros ya fueron destinados a las aseguradoras para la coberturas de las contingencias de invalidez y muerte; por ende, solicita desestimar las pretensiones de la demanda y absolver a la entidad.
- **PROTECCIÓN S.A.** discrepa de lo resuelto en el numeral 4°, es decir la imposición de regresar los gastos de administración debidamente indexados, pues la demandante no se encuentra afiliada a la entidad y al momento de la solicitud de traslado de AFP, Protección efectuó el traslado el saldo existente en la cuenta de ahorro individual sin que se adeude algún monto; los gastos de administración son aquellos rubros que cobran las AFP para la administración de los aportes que ingresan a las cuentas de sus afiliados, de la cual también se pagan los seguros previsionales, descuento autorizado conforme a la Ley 100/93 que opera en ambos regímenes; si se declara la nulidad no es procedente que se regresen los gastos de administración porque se tratan de comisiones ya causadas; de acuerdo a las restituciones mutuas y los efectos de la ineficacia debe entenderse que la demandante debe conservar el fruto o mejora que son los rendimientos y la AFP los gastos de administración si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado, entonces ordenar la devolución de los gastos generaría un cobro de lo no



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

debido y un enriquecimiento sin justa causa, por ende solicita se revoque la citada condena.

- **PORVENIR S.A.** se opone a lo dispuesto en los numerales 4° y 7°, puesto que, en la actualidad la demandante no tiene activa afiliación con la entidad y respecto de los gastos de administración aduce que están debidamente autorizados por ley para la generación de los rendimientos incrementando el capital de su cuenta; de las costas procesales refiere que el fondo siempre actuó de buena fe y con estricta sujeción a la ley, por lo anterior solicita se absuelva a la entidad de las condenas impuestas.

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

El problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **MARIA DEL CARMEN BRYON VALBUENA** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS regentado por **PROTECCIÓN S.A.** y los posteriores traslados realizados dentro del RAIS con **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** como propias y sucesoras de los extintos fondos HORIZONTE y OLD MUTUAL respectivamente; como secuela de lo anterior en caso afirmativo retorne al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros rubros, prescripción y costas procesales.

Caso Concreto



El eje central de discusión estriba en determinar si **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** le suministraron a la señora **BRYON VALBUENA** 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***



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 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 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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 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*



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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, 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., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** como propias y sucesoras de los extintos fondos, no le brindaron a la señora **MARIA DEL CARMEN BRYON VALBUENA** 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 pudiera 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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.

Devolución de Gastos de Administración y Otros Rubros

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 a la proximidad del cumplimiento del requisito de edad para pensionarse y para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P de la señora **MARIA DEL CARMEN BRYON VALBUENA** implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que serán impuestas a **PROTECCIÓN 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 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, deben devolverlos en toda su integridad con destino a **COLPENSIONES**.

En razón de la consulta surtida en favor del ente público, se adicionará al numeral Tercero del fallo en estudio los rubros por concepto de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden y la obligación de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido en favor de la actora y regresar las cotizaciones voluntarias a esta, si se hicieron; emolumentos a retornar con cargo a su propio patrimonio y conforme a los respectivos periodos de vinculación con la extinta OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** y como propia.

En igual sentido, se adicionará al numeral Cuarto los conceptos por primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden y la obligación de regresar las cotizaciones voluntarias a la demandante, si se hicieron, emolumentos a retornar con cargo a su propio patrimonio y conforme a los respectivos periodos de vinculación con **PROTECCIÓN S.A.** y la extinta HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y como propia.

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, en especial la sentencia SL2946 de 16 de junio de 2021; 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, 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 **PORVENIR S.A.**

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: ADICIONAR al numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 019 del 27 de enero del 2020, emanada del Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, para que SKANDIA S.A. traslade los rubros por pagos de primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

orden ; **SE ORDENA** a **SKANDIA S.A.** cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido en favor de la señora **MARIA DEL CARMEN BRYON VALBUENA** y retornar las cotizaciones voluntarias a la demandante, si se hicieron; emolumentos a retornar con cargo a su propio patrimonio y conforme a los respectivos periodos de vinculación con la extinta OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** y como propia. Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. Confirmar en lo demás el mentado numeral.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 019 del 27 de enero del 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** y a **PORVENIR S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** los rubros por primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden y la obligación de regresar las cotizaciones voluntarias a la señora **MARIA DEL CARMEN BRYON VALBUENA**, si se hicieron, emolumentos a retornar con cargo a su propio patrimonio y conforme a los respectivos periodos de vinculación con **PROTECCIÓN S.A.** y la extinta **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** y como propia. 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° 019 del 27 de enero del 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.000.000 cada una y en favor de la señora **MARIA DEL CARMEN BRYON VALBUENA**.

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
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

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

REF. ORD. MARIA DEL CARMEN BRYON VALBUENA
C/ COLPENSIONES Y OTROS
RAD. 018-2019-00052-01

Código de verificación:

1061e56fbaccee33bac68b2f924203b34595800935665ee308dfd24ed7a62f7a

Documento generado en 13/08/2021 09:58:32 a. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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