



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

**AUDIENCIA NÚMERO 302**

Juzgamiento

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA NÚMERO 313**

**Acta de Decisión N° 074**

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° 145 del 18 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia identificado con la radicación N° 76001-31-05-008-2021-00117-01, instaurado por la señora **MARÍA CLARA MEDINA BERNAL** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, en el curso del proceso se llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

**ANTECEDENTES**

Las pretensiones incoadas por la actora en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado efectuado al RAIS con **COLFONDOS S.A.**; se ordene a **COLFONDOS S.A.** trasladar con destino al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**, la totalidad de sus aportes, rendimientos y semanas cotizadas; se ordene a **COLPENSIONES** aceptar su traslado al RPMPD 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 10/04/1967; que efectuó cotizaciones al RPMPD administrado previamente por el ISS hoy **COLPENSIONES**, desde el 02/12/1987; que se trasladó al RAIS con **COLFONDOS S.A.** en el mes de julio de 1997; posteriormente se trasladó a **SKANDIA S.A.** en el mes de noviembre del 2018.

Refiere que, no medio asesoría en el traslado de régimen efectuado con **COLFONDOS S.A.**, no se le indicó la posibilidad de retornar al RPMPD antes de cumplir sus 47 años, no se le dio a conocer las ventajas y desventajas de los regímenes o cuadro comparativo, así como las consecuencias del traslado; señala que, solicitó proyección pensional ante **COLFONDOS S.A.**, cálculo que arrojó un estimado de \$1.920.000; sobre lo anterior afirma que, de haber permanecido en el RPMPD su mesada oscilaría entre \$4.736.015; finalmente indica que, elevó solicitudes de nulidad de traslado y/o traslado de régimen ante **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**, no obstante, ambas se negaron.

### 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 los enumerados del 1° al 6° y del 10° al 14°; que son apreciaciones subjetivas de la contraparte el 24° y 25°; respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA; PRESCRIPCIÓN; LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS POR LA ENTIDAD Y LA INOMINADA O GENERICA.

**COLFONDOS S.A.** indica que, son ciertos los hechos enumerados del 15° al 20°, 1°, 2°, 4° y 6°; que no le constan el 3°, 5° y del 10° al 14°; en cuanto a los demás señala que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró como excepciones de mérito: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; BUENA FE; INNOMINADA O GENÉRICA; AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO; VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A.; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO; COMPENSACIÓN Y PAGO.



**SKANDIA S.A.** por su parte señala que, son ciertos los hechos 1°, 2° y 5°; que no son ciertos el 24° y 25°; respecto del resto aduce 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.

### LLAMADA EN GARANTÍA

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. 633 del 29/04/2021; descrito el traslado la llamada en garantía indica frente a los hechos de la demanda que, son ciertos el 1° y 2°; respecto del resto manifiesta que no le constan. Se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito: VALIDEZ DEL TRASLADO DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL; INOBSERVANCIA DEL PROCESO DE TRASLADO ENTRE RÉGIMENES PENSIONALES POR PARE DEL DEMANDADO.

Respecto del llamado en garantía refiere que, no le constan el hecho 2°; que no es cierto el 6°; en cuanto a los demás expresa que son ciertos. Se opuso a su vinculación e impetró las excepciones denominadas: BUENA FE CONTRACTUAL; CONTRATO DE SEGURO ES PRINCIPAL Y NO ACCESORIO; CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE SEGURO; ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA; PRESCRIPCIÓN; SUJECCIÓN A LOS TÉRMINOS, CONDICIONES, AMPAROS, LÍMITES Y EXCLUSIONES DE LA PÓLIZA Y LA INNOMINADA.

### DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 145 del 18 de junio del 2021, resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas COLPENSIONES E.I.C.E, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.*

*SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la demandante MARÍA CLARA MEDINA BERNAL, identificada con la Cédula de Ciudadanía 35.508.716, hizo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

*CESANTÍAS y, en consecuencia, esta entidad deberá devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES E.I.C.E., todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación de la actora, como cotizaciones íntegras que incluyen rendimientos y el 3% de gastos de administración, prima de reaseguros de fogafín y primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio. SKANDIA S.A., deberá devolver el 3% de gastos de administración, prima de reaseguros de fogafín y primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio que recibió durante el tiempo que la accionante estuvo afiliada a esta AFP. La demandante se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES E.I.C.E.*

*TERCERO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. por haber sido vencidas en el juicio. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una y a favor de la parte demandante.*

*CUARTO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones del llamamiento en garantía efectuado por SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.*

*QUINTO: CONSULTAR la presente providencia conforme el artículo 69 del C.P.T. Y S.S.; oficiar al Ministerio de Salud y Protección Social y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al Superior.”*

**RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con el fallo de primera instancia los apoderados judiciales de **SKANDIA S.A.** y **COLPENSIONES** presentaron recurso de apelación esgrimiendo para tal fin que:

**SKANDIA S.A.** aduce que, no fue el fondo que efectuó el traslado de régimen, por ende, la entidad no tenía la misma obligación de información como el fondo primigenio Colfondos; Skandia cumplió a cabalidad con sus obligaciones en materia informativa al momento del traslado; la actora tomo su decisión libre y voluntariamente, tal como aceptó la demandante en interrogatorio de parte; realizó múltiples traslados entre administradoras constatándose actos de relacionamiento que permite suponer que la demandante conocía las condiciones, características y limitaciones del régimen seleccionado aceptadas por esta; no puede exigirle al fondo el deber de información que se regló con posterioridad a la afiliación, no era obligatorio efectuar proyecciones pensionales y la única constancia exigible era el formulario de afiliación, entonces exigírsele a la AFP más allá la deja en posición de indefensión probatorio. Indica que, no se tuvo en cuenta que el deber de información es de doble vía entonces no exime a la actora de concurrir suficientemente informada al acto de afiliación además que tuvo mucho tiempo para informarse del régimen o preguntar algún asesor, incluso no hizo uso de los canales

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

dispuestos por el fondo para obtener información, haciéndolo solo aportas de pensionarse no siendo diligente en este tipo de asuntos.

Se opone a la devolución de gastos de administración y primas de seguros, pues la afiliación tiene plena validez pues se surtieron todos los requerimientos exigidos por ley; los gastos tienen una destinación específica que no es más que la contraprestación de los recursos del afiliado, sumas empleadas para lo que fueron previstas, además que no tienen la finalidad de financiar la prestación económica de la demandante ni pertenecían a su patrimonio; de las sumas adicionales aduce que, la actora estuvo amparada por los riesgos IVM durante la vinculación en virtud del contrato de seguro suscrito con MAPFRE, sumas que cumplieron su fin y que no se encuentran en poder del fondo por lo que no procede su devolución; finalmente solicita se revise el llamado en garantía de MAPFRE como quiera que Skandia se le impuso la devolución de las primas que gasto para adquirir los seguros previsionales y dicha aseguradora fue la encargada de proteger estos riesgos, por lo que se requiere que se ordene a MAPFRE la devolución de las primas a Skandia por concepto de los seguros previsionales, entonces si la AFP actuó en estricto deber legal no tiene porque verse avocada a restituir los gastos de administración con cargo a su patrimonio.

**COLPENSIONES** manifiesta que, la demandante cuenta a la fecha con más de 47 años de edad y para la época del traslado registrado en Colpensiones, la actora estaba en pleno derecho de efectuar dicha afiliación, lo cual indica un procedimiento acorde a la ley, por ende, la afiliación en el RAIS tiene plena validez; respecto de la nulidad o ineficacia alegada por la activa no procede, toda vez que, de conformidad al literal E del art. 13 de la Ley 100/93; entonces para la época del traslado la entidad estaba en la obligación de acceder al traslado solicitado y de haberse negado se hubiera incurrido en la violación a la libre elección de régimen de la actora; recalca que la demandante esta próxima adquirir su derecho pensional, por lo cual no podría cambiarse de régimen pensional por expresa prohibición legal en razón de lo anterior solicita se revoque el fallo.

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 la señora **MARIA CLARA MEDINA BERNAL** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **COLFONDOS S.A.** y el posterior traslado realizado a OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.**; como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene el retorno de la actora al RPMPD regentado por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros entre otros rubros, se estudie el llamado en garantía de efectuado por **SKANDIA S.A.**, prescripción y costas procesales.

### Caso Concreto

El eje central de discusión estriba en determinar si **COLFONDOS S.A.** y OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** le suministraron a la señora **MEDINA BERNAL** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados, situación 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)



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

## El Deber de Información en la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia e Ineficacia de Traslado

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

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

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

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

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

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

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

Respecto a los múltiples traslados de AFP:

*“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, **no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen** que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.*



En Sentencia SL1452-2019 del 3 de abril del año 2019, Radicación N° 68852 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiterada en la Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, Radicación N° 68838 de la misma ponente; providencias en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estudió la figura de la ineficacia del traslado e indicó como puntos de análisis los siguientes:

*“Con el fin de ofrecer una mirada completa a los problemas jurídicos que plantea la recurrente, la Corte analizará (1) la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.”*

Para finalmente concluir que:

*“De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal cometió todos los errores imputados, Tercero, al sustraerse de su deber de verificar si la AFP brindó al afiliado información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado; segundo, al plantear que la suscripción del formulario de afiliación era suficiente para materializar el traslado; tercero, al invertir la carga de la prueba en disfavor de la demandante y, cuarto, al supeditar su ineficacia a que el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse.”*

Por otro lado, en Sentencia SL3464-2019 del 14 de agosto del 2019 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló que:

*“(…) declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).”*

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 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 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 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 consiguiente, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe por su parte una comprensión integral del acto de trasladarse de régimen y dado que la libertad presupone conocimiento

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

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 a la actora del cual se extrae puntalmente que: el traslado de régimen se efectuó por insistencia de su empleador; que la reunión de Colfondos o charla fue grupal y solo duro alrededor de 10 minutos y solo les manifestaron que tendrían su pensión asegurada, que la pensión sería superior a la del ISS; que su empleador solo le indicaba que se limitara a llenar los formularios; que se trasladó posteriormente a Old Mutual hoy Skandia debido a que le ofrecieron mejores tiempos de respuesta que Colfondos además de que aducían los ejecutivos de cuenta que Colfondos mentía y que eran mejores ellos; que luego retornó a Colfondos porque su empleador hizo un paquete institucional por restructuración de la compañía y temas tributarios; fue reiterativa y coherente al afirmar que no recibió asesoría e información acerca el monto de su mesada, la forma de financiar la prestación, no le indicaron que tendría una cuenta de ahorro individual y no se le realizó proyecciones; que su inconformidad radica en

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

el monto de la mesada ofertada en el RAIS porque no es acorde a los salarios sobre los cuales cotiza y cotizó toda su vida.

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.

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 **COLFONDOS S.A.** y **OLD MUTUAL** 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 manera de colofón es importante señalar que, las tesis antes esgrimidas en esta providencia, se encuentran ampliamente respaldadas por el máximo órgano de nuestra jurisdicción, toda vez que, en reciente Sentencia SL2946-2021 del 16 de junio del 2021 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró la posición mayoritaria de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional, extrayendo los siguientes puntos neurálgicos:

**1- Deber de Información:**

*“Sobre el particular, de tiempo atrás, esta Corporación fijó un sólido precedente, consistente en que, desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-*



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL**

2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL373-2021).

(...)

*De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.*

*Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debe estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*

**2- Formulario de afiliación:**

*“Conforme al reiterado criterio de esta Sala, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, 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, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021).*

(...)

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

*Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017 reiterada en la CSJSL373-2021), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.”*

**3- Carga de la Prueba:**

*“En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL373-2021, la Corte sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. Precisamente, en esa oportunidad se señaló que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.*

*Por lo anterior concluye sobre el particular que: “no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009.”*

**4- Aplicación del precedente:**

*“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4373-2020 y CSJ SL373-2021, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho no constituyen prerequisites sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen.*

(...)

*Finalmente, la circunstancia de que la accionante haya elevado su inconformidad solo hasta el 2018, tampoco incide en la obligación que tenía la AFP, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que*



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL**

*por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios de pertenecer al anterior régimen.”*

**5- Efectos de la ineficacia:**

*“En la medida que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, la Sala explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).”*

**6- Excepciones.**

*“En cuanto a esta excepción que Colfondos S.A. propuso, corresponde reiterar lo dicho en precedencia, esto es, que 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).*

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general 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 [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*

*Finalmente, en lo que al medio exceptivo de prescripción planteado por las demandadas respecta, es de señalar que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).”*

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **COLFONDOS S.A.** y **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA S.A.** no le brindaron a la señora **MARIA CLARA MEDINA BERNAL** 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, la actora nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPMPD.

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



Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 2:48:50 PM  
Afiliado: CC 35508716 MARIA CLARA MEDINA BERNAL [Ver detalle](#)

Affiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 35508716							
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	1997-06-23	2004/04/16	COLFONDOS	COLPENSIONES		1997-08-01	2016-07-31
Traslado de AFP	2016-06-01	2016/07/18	SKANDIA	COLFONDOS		2016-08-01	2018-10-31
Traslado de AFP	2018-09-27	2018/11/08	COLFONDOS	SKANDIA		2018-11-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.  
1

Vinculaciones migradas de Mariguas para: CC 35508716							
Fecha de noregistro	Fecha de proceso	Código de noregistro	Afiliación	AFP	AFP involucrada		
1997-06-23	1997-07-09	01	AFILIACION	COLFONDOS			

Un ítem encontrado.  
1

### 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 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 **COLFONDOS 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 **SKANDIA S.A.** en el sentido de que, no están obligados a retornar los gastos de administración y primas de seguros previsionales, 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 cuales usufructuaron, por ende, debe transferirlos en toda su integridad a **COLPENSIONES**.

Del llamado en garantía de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, encuentra la Sala que no tiene lugar, toda vez que, el acto de afiliación signado de ineficaz es producto de la omisión del deber de información para con la demandante en que incurrió **COLFONDOS S.A.** en el traslado de régimen así como los posteriores efectuados dentro del RAIS con OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** y viceversa, por ende, la sanción de transferir las primas de seguros previsionales corre por cuenta en este caso a cargo de **SKANDIA S.A.** a

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

cargo de 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 por medio del cual se absolvió a la aseguradora.

En razón de lo expuesto y la consulta surtida en favor del ente público se adicionará al numeral Segundo del fallo en estudio el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, se ordenará a **COLFONDOS S.A.** cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido a favor de la actora y retornar las cotizaciones voluntarias a esta, si se hicieron, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **COLFONDOS S.A.** y OLD MUTUAL 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, en especial la sentencia SL2946-2021<sup>1</sup>; todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado de la demandante al fondo común.

**Se revoca la indexación, por ser lo procedente en estos eventos los rendimientos que llevan implícita la primera.**

### 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,

---

<sup>1</sup> "Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).

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



Costas en esta instancia a cargo de los apelantes infructuosos **COLPENSIONES** 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 Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 145 del 18 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de que COLFONDOS S.A., debe devolver el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, así como cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional constituido a favor de la señora **MARÍA CLARA MEDINA BERNAL**. Ambos fondos deben retornar las cotizaciones voluntarias a la demandante, si se hicieron, conforme a los respectivos periodos de vinculación en **COLFONDOS S.A.** y OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.**, **Revocar de dicho numeral la indexación, por lo expuesto en la parte motiva y en su lugar, se dispone que todas las sumas deben devolverse junto con sus rendimientos.** Confirmar en lo demás el citado numeral.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 145 del 18 de junio del 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **SKANDIA S.A.** como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.000.000 cada una y en favor de la demandante señora **MARIA CLARA MEDINA BERNAL**.

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



**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

Código de verificación:

**739425ccd9fda08ebba8065e7da0678a8d68b332a6f3c60edb99f58a127b63fe**

REPUBLICA DE COLOMBIA



REF. ORD. MARÍA CLARA MEDINA BERNAL  
C/ COLPENSIONES Y OTROS  
RAD. 008-2021-00117-01

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

Documento generado en 31/08/2021 10:34:12 a. m.

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