



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

AUDIENCIA NÚMERO 375

Juzgamiento

Santiago de Cali, ocho (8) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 387

Acta de Decisión N° 094

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° 242 del 16 de julio del 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **JAIME BOLAÑOS CUBILLOS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y la integrada como litisconsorte **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, proceso identificado bajo la radicación N° 76001-31-05-018-2021-00063-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por el actor en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado efectuado con **PROTECCIÓN S.A.**; se ordene a **PROTECCIÓN S.A.** retornar a **COLPENSIONES** sus aportes, rendimientos, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones, cotizaciones voluntarias, asumir las diferencias derivadas del calculo de equivalencias entre regímenes y se condene a las accionadas pago de costas procesales.



Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor nació el 29/01/1958; que cotizó al RPMPD administrado previamente por el ISS desde el 19/04/1976; que se trasladó al RAIS regentado por **PROTECCIÓN S.A.**, toda vez que, la asesora de dicha entidad lo convenció con la premisa de que obtendría una pensión de valor superior y a cualquier edad, adicional a lo anterior le manifestaron que el ISS se iba acabar.

Refiere que, **PROTECCIÓN S.A.** no le explicó acerca de las condiciones del traslado, no se le entregó proyección pensional, no se le indicó las consecuencias negativas del traslado, se omitió informarle de su derecho de retracto y la posibilidad de retornar al RPMPD antes de que le faltare menos de 10 años para pensionarse; que el 12/02/2020 le fue entregado en la oficinas de **PROTECCIÓN S.A.** la constancia de asesoría e inicio de tramite de la pensión de vejez; que elevó desistimiento de la solicitud de prestación el 28/08/2020 ante **PROTECCIÓN S.A.**, el cual fue aceptado por la entidad el 14/09/2020; finalmente radicó solicitud de traslado conforme a sentencia SU 062/2010 ante **COLPENSIONES** el 05/05/2020, sin embargo, la entidad le indicó que su actual fondo es quien debe aprobar dicha solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES frente a los hechos manifiesta que, son ciertos el 3°, 14° y 15°; 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.

PROTECCIÓN S.A. señala que, es cierto el hecho 10°; que es parcialmente cierto el 3°, 13° y 16°; que no le consta el 1°, 2°, 12° y 14°; que son apreciaciones subjetivas de la contraparte el 8°, 15° y parte del 16°; en cuanto a los demás expresa que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito: VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA A PROTECCIÓN S.A.; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS; PRESCRIPCIÓN; COMPENSACIÓN; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA; BUENA FE DE LA



ENTIDAD DEMANDADA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA
PROTECCIÓN S.A. Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

SKANDIA S.A. por su parte indica que, es cierto el hecho 1°; que no es cierto el 2° y 12°; respecto de los demás refiere que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró 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.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali a través de la Sentencia N° 242 del 16 de julio del 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito formuladas por SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que el señor JAIME BOLAÑOS CUBILLOS, de condiciones civiles conocidas en el proceso, suscribió 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 Protección S.A., y por consiguiente, la otra vinculación posterior efectuada a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y posteriormente a Protección S.A.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JAIME BOLAÑOS CUBILLOS, tales como, de forma enunciativa, cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios si los hubiera, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro; y de manera correlativa, Colpensiones tendrá que aceptar el traslado del demandante sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán ser trasladadas a Colpensiones de manera indexada con cargo a su propio peculio.

CUARTO: CONDENAR a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- los valores que hubiere recibido por concepto de cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro, sumas que deberán trasladar debidamente indexadas y a cargo de su propio patrimonio.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- acepte el traslado del señor JAIME BOLAÑOS CUBILLOS sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Una vez realizado el traslado ordenado en los numerales tercero y cuarto de la presente providencia, deberá actualizar la historia laboral del señor JAIME BOLAÑOS CUBILLOS dentro de los 2 meses siguientes.

SEXTO: CONDENAR en costas a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES como parte vencida en juicio y a favor del demandante, las cuales se liquidarán en los términos del artículo 365 y 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el Acuerdo PSAA16–10554 del 05 de agosto de



2016. Se señalan como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV a cargo de cada una de las entidades.

SÉPTIMO: 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.”

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con lo resuelto en primera instancia, los apoderados judiciales del extremo pasivo de la litis impetraron recurso de apelación esgrimiendo para tal fin cada uno que:

COLPENSIONES se opone a dispuesto en el numeral 5°, toda vez que, la entidad no participó en el acto que se declara nulo pues la conducta desplegada fue por un tercero ajeno al RPMPD; indica que, Colpensiones respondió de manera oportuna la negativa del traslado deprecado por el actor en su momento por estricta prohibición legal por cuanto lo hizo por fuera del término establecido, es decir que, ya estaba próximo a pensionarse; si bien la entidad del RPMPD es la que debe recibir los dineros del actor resultantes de la ineficacia del traslado, Colpensiones no es la responsable de los actos generadores de la presente acción, por lo anterior solicita que se revoque el numeral 5° y no se condene en costas al fondo del RPMPD.

PROTECCIÓN S.A. solicita se revoque la sentencia, toda vez que, al actor se le dio toda la información precisa y ajustada a las normas que regulan la materia; que el negocio es valido y eficaz, por lo que no cabe la ineficacia ni existe vicios en el consentimiento u ocultamiento de información; de confirmarse la decisión refiere que debe revocarse la devolución de los gastos de administración y demás condenas accesorias, toda vez que, en los traslados de régimen solo es procedente la devolución de los aportes y rendimientos, entonces las AFP no emiten ni liquidan bonos pensionales, resultando inviable la orden impuesta, dado que el Ministerio es el encargado de dicho rubro y además no se ha consignado en la cuenta suma alguna por ese concepto; tampoco es viable el regreso de las sumas adicionales solo se presentan cuando se materializa el riesgo de invalidez y muerte; de los gastos de administración vale recordar que las actuaciones del fondo estuvieron ceñidas por la ley, además que se trata de la contraprestación por la gestión del fondo que esta debidamente autorizada por la ley comisiones ya



causadas; de entenderse que no existió afiliación no se habrían generado los rendimientos y de devolver las comisiones por administración generarían un enriquecimiento sin justa causa en detrimento del fondo; finalmente de la condena en costas reitera que la entidad actuó de buena fe y conforme a la ley.

pues contrató con la respectiva aseguradora el cubrimiento de los eventuales riesgos y en dado caso cubrir la suma necesaria para la prestación, por lo que al tratarse de un tercero de buena fe es imposible restituir estas sumas.

SKANDIA S.A. solicita se opone a la devolución de gastos de administración y demás rubros, toda vez que, la entidad cumplió a cabalidad con los términos y condiciones exigidos para la época de la afiliación; aduce que, si la consecuencia de la ineficacia es retrotraer todo como si no hubiera afiliación equivaldría a que el fondo no administró los recursos y no se hubieran generado los rubros que hoy se ordenan devolver de manera indexada y con cargo al patrimonio; indica que, las comisiones de administración es la retribución pagada al fondo por la gestión de los recursos, entonces trasladarlos con destino a Colpensiones entidad que no efectuó gestión alguna generaría un enriquecimiento sin causa en detrimento del patrimonio de la entidad que representa, la comisión de administración no hace parte de los recursos para financiar la prestación y tienen un titular definido legalmente comisiones ya causadas, en igual sentido las primas de seguro tampoco sería procedente su devolución pues se contrataron pólizas para cubrir los riesgos, sumas que no están en el haber de la entidad pues se le pagó a las aseguradoras que son terceros de buena fe, por lo anterior solicita se revoque el numeral 4°.

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

1. Cuestión Preliminar



Esta sentencia se conoce de igual forma en Grado Jurisdiccional de Consulta por ser adversa a **COLPENSIONES**, respecto de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

2. Objeto de la Apelación y Consulta

Se circunscribe el problema jurídico en establecer si, es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **JAIME BOLAÑOS CUBILLOS** del RPMPD administrado por el **ISS** hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PROTECCIÓN S.A.** y el subsiguiente traslado dentro del RAIS realizado con **SKANDIA S.A.** y como secuela de lo anterior se ordene su reingreso al RPMPD regido por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, primas entre otros rubros, prescripción y costas procesales.

3. Caso Concreto

El eje central de discusión estriba en determinar si **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** le suministraron al señor **BOLAÑOS CUBILLOS** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados, situación que le permitiera conocer adecuadamente y oportunamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones, de esta forma, 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 el 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)



3.1. 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 materia 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*



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

REF. ORD. JAIME BOLAÑOS CUBILLOS
C/. COLPENSIONES Y OTROS
RAD. 018-2021-00063-01

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 y posteriores producto de la omisión información de manera oportuna de antesala a la afiliación del demandante al RAIS, 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 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.

La información adquiere un estatus primordial en este tipo de actos, en los cuales las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado y sus implicaciones así se estableció en Sentencia del 3 de septiembre del año 2014, SL12136-2014, Radicación N° 46292, la Corte Suprema de Justicia:

*“Para este tipo de asuntos, se repite tales, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el **monto de la pensión***



que en cada uno se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba siendo aplicable.”

De los formularios de afiliación suscritos entre el demandante y las demandadas regentes del RAIS, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral estipula respecto del citado medio probatorio que:

*“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado**”. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Por ende, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe por su parte una comprensión integral del acto de trasladarse de régimen y dado que la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión, razón por la cual, sin información suficiente no hay autodeterminación. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

Ahora bien, de la carga de la prueba en este tipo de asuntos recae sobre las AFP’S como entidades financieras expertas en esta materia de alta complejidad frente al afiliado lego, dar a conocer la totalidad de rasgos positivos y negativos de cada régimen para desvirtuar la acusación del afiliado:

*“Si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En consecuencia, si el afiliado afirma que, al realizarse el traslado de régimen pensional, **la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento.***

*En ese sentido, **tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. En consecuencia, como el afiliado al sistema no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.***

*Al respecto, el artículo 1604 del Código Civil establece que **«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»**, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.” (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*



Se practicó interrogatorio de parte al actor del cual se extrae puntalmente por parte de Colpensiones que: Protección le ofreció unos beneficios y le indicaron que el ISS se iba acabar, que elevó solicitud de reconocimiento de pensión ante el fondo privado, empero, le dijeron que no tenía derecho a los excedentes y que su pensión sería pagada por el fondo o una aseguradora y con esta última su mesada quedaría más baja, es decir, que se pensionaría con menos la mitad de lo que devenga, que desea retornar a Colpensiones porque le ofrecen más beneficios.

Por parte de Skandia: que se trasladó a Skandia porque le ofrecieron lo mismo que Protección y por eso se trasladó, que efectuó su afiliación libre y voluntaria porque le ofrecieron mejores beneficios, que no recuerda muy bien lo que contenía el formulario que firmó, que no se acercó a pedir información posterior a la afiliación y que no radicó queja o reclamo por estar inconforme con la administración de Skandia.

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

Ahora bien, 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 **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** al momento de surtirse los traslados, obligaciones que surgieron desde su creación con la Ley 100 de 1993.



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 SL1452-2019, 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



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

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 disfavor 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 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 CSJ SL373-2021, 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).”

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

14



3.2. *Devolución de Gastos de Administración y otros Rubros*

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del demandante (*traslado de régimen y posterior*), 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 de afiliación al S.G.S.S.P. del señor **JAIME BOLAÑOS CUBILLOS** implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que recaen en **PROTECCIÓN 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 por las apoderadas de **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** en el sentido de que no están obligados a retornar los gastos de administración y primas previsionales, toda vez que, 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 al sistema con destino a **COLPENSIONES**.

Por otro lado, se revocará la indexación de las sumas, debido a que con el traslado de los rendimientos y demás rubros ya ordenados por el A quo se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado.

En razón de la consulta surtida en favor del ente público, se adicionará al numeral Tercero del fallo la obligación de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante en cabeza de **PROTECCIÓN S.A.**; respecto del numeral Cuarto se adicionará la obligación en cabeza de **SKANDIA S.A.** de retornar las cotizaciones voluntarias al actor, si se hicieron.

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-



2021¹; todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común.

3.3. 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».*

¹ “Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado 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).



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.

3.4. 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 se encuentra conforme a derecho respecto de las demandadas, por ello, se dejara indemne este aspecto de la decisión estudiada.

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

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR del numeral Tercero y Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 242 del 16 de julio del 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, la condena de indexación de las sumas respecto de **PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.**, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral Tercero de la Sentencia Consultada y Apelada N° 242 del 16 de julio del 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del señor **JAIME BOLAÑOS CUBILLOS**, CONFIRMAR EL CITADO NUMERAL EN LO DEMÁS.



TERCERO: ADICIONAR al numeral Cuarto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 242 del 16 de julio del 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **SKANDIA S.A.** retornar las cotizaciones voluntarias al señor **JAIME BOLAÑOS CUBILLOS**, si se hicieron. Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. **CONFIRMAR EL CITADO NUMERAL EN LO DEMÁS.**

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 242 del 16 de julio del 2021, emanada del Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

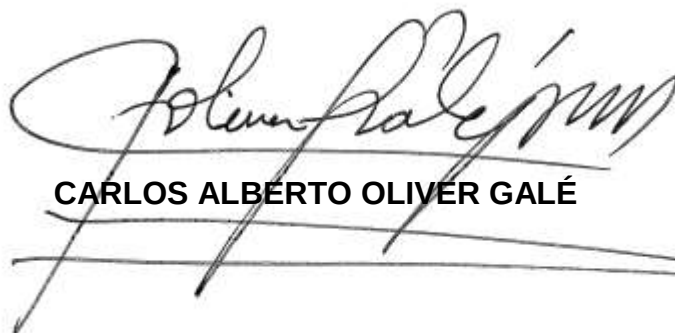
QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** por la suma de \$1.000.000 cada una y en favor del demandante **JAIME BOLAÑOS CUBILLOS.**

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

SÉPTIMO: Por Secretaría remítase copia de esta providencia a los correos registrados por las partes y apoderados. Déjese constancia en el expediente digital de esta remisión.

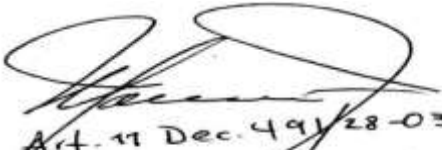
NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO VIRTUAL EFICAZ

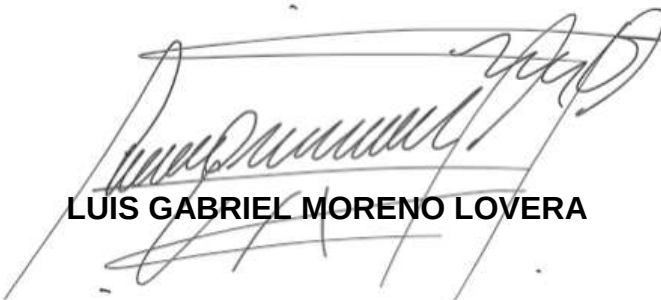
Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:



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:

0d8095d7895df7f8f1e5c9f8e852a0fbd34677b0f6cdfe2e0a09f69ba0dd30af

Documento generado en 08/10/2021 09:03:52 AM

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