

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REF. ORDINARIO DE **LUIS EDUARDO SAAVEDRA CUBILLOS**
VS. **COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A.,**
PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A.,
COLPENSIONES
LLAMADA EN GARANTÍA: **MAPFRE S.A.**
RADICACIÓN: **760013105 006 2021 00131 01**

Hoy veintiocho (28) de julio de 2023, surtido el trámite previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, resuelve la **APELACIÓN** presentada por la apoderada de **SKANDIA S.A.**, así como la **CONSULTA** de la sentencia dictada por el **JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **LUIS EDUARDO SAAVEDRA CUBILLOS** contra **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., COLPENSIONES** y la llamada en garantía **MAPFRE S.A.**, con radicación No. 760013105 006 2021 00131 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 04 de julio de 2023, celebrada, como consta en el **Acta No. 42** tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996.

AUTO NÚMERO 675

Se reconoce personería para actuar al abogado **LEONARDO DELGADO VALENCIA**, portador de la T.P. No. 233.481 del C.S. de la Judicatura, como apoderada judicial de **COLPENSIONES**, en los términos del memorial poder a ella otorgado por el secretario general de dicha entidad.

Se reconoce personería para actuar al abogado **DANIEL ANDRÉS PAZ ERAZO**, portador de la T.P. No. 329.936 del C.S. de la Judicatura, como apoderada judicial de **SKANDIA S.A.**, en los términos del memorial poder a ella otorgado por el secretario general de dicha entidad.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver la apelación y consulta en esta que corresponde a la

SENTENCIA NÚMERO 223

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión del demandante en esta causa se orienta a obtener la declaratoria de **ineficacia o nulidad o inexistencia del traslado** del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN S.A. y el traslado posterior a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.; se ordene a dichos fondos privados trasladar a COLPENSIONES todos los aportes de la cuenta individual y sus rendimientos debidamente indexados; costas y agencias en derecho excepto COLPENSIONES (arch.01 fl.10).

- 2.1 Se declare la ineficacia o nulidad o inexistencia del traslado que el señor LUIS EDUARDO SAAVEDRA CUBILLOS hizo del Instituto de Seguros Sociales (hoy COLPENSIONES) del régimen de prima media al régimen de ahorro individual en pensión a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y posterior traslado realizado a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
- 2.2 Como consecuencia de lo anterior, se ordene regresar al demandante al régimen de prima media, ordenándose ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar todos los aportes recibidos en la cuenta individual y sus rendimientos debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
- 2.3 Condenar en costas a los Fondos Privados ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a favor del demandante.

Las demandadas **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A.** y **COLPENSIONES** se opusieron a las pretensiones, tras considerar que la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo. COLPENSIONES adujo como ciertos los hechos referentes a: la

fecha de nacimiento del demandante; su afiliación inicial al ISS hoy COLPENSIONES en septiembre de 1977; el traslado al raís administrado por PROTECCIÓN S.A. en septiembre de 2001; los posteriores traslados horizontales a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.; las solicitudes de traslado de régimen elevadas a cada una de las demandas, en diciembre de 2020; la negativa de PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A.

De los demás hechos, COLPENSIONES señaló que no le constan los atinentes a: las circunstancias que rodearon el traslado de régimen pensional; que PORVENIR S.A. y COLPENSIONES no dieran respuesta a las solicitudes de traslado elevadas en diciembre de 2020; la falta de información y de proyección pensional por parte de las AFP. Como excepciones formuló: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; nadie está obligado a lo imposible – principio general del derecho; prescripción y; buena fe.

La demandada SKANDIA S.A. solicitó que MAPFRE S.A. fuera llamada en garantía, tras argumentar que entre ambas entidades se suscribió un contrato de seguros previsionales, y en caso de que se profiera una condena de devolución de estos rubros, fuera dicha entidad la que asumiera tal obligación de devolverlos. Por su parte, MAPFRE S.A., en respuesta al llamamiento adujo que, por medio del contrato de seguros previsionales suscrito entre ambas entidades, MAPFRE S.A. asumió el riesgo de invalidez y sobrevivencia, y como contraprestación, SKANDIA S.A. pagó una prima; pero dicho contrato en nada guarda relación con el objeto de la demanda.

Los demás antecedentes del proceso relacionados con la demanda y anexos (arch.01 fls.2-17, 18-53), la contestación de SKANDIA S.A. (arch.04 fls.1-13, 14-77), y el llamamiento en garantía a MAPFRE S.A. (arch.04 fls.78-84, 85-162), la contestación de COLPENSIONES (arch.05 fls.1-23), la contestación de PORVENIR S.A. (arch.07 fls.2-31, 32-101), la contestación de COLFONDOS S.A. (arch.08 fls.1-20, 21-30), la contestación de PROTECCIÓN S.A. (arch.09 fls.1-16, 17-32), así como la contestación de MAPFRE S.A. al llamamiento en garantía (arch.09 fls.1-22, 23-74), son conocidos por las partes, principalmente referidos a la ausencia de ilustración frente a la decisión de traslado,

motivo por el cual la Sala no estima pertinente ni necesario reiterar tales aspectos del proceso.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, no dio prosperidad a las excepciones por pasiva; declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado actualmente por SKANDIA S.A.; impuso a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales; ordenó a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES los aportes y capital que tenga en su haber, bonos pensionales, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones; absolvió a MAPFRE S.A. de las pretensiones del llamamiento en garantía; costas y agencias en derecho (arch.28 fl.9) (27Audiencia min 1:15:16 y ss).

(...)

Primero. - DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por el señor LUIS EDUARDO SAAVEDRA CUBILLOS con C.C.16.583.900 del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado actualmente por SKANDIA el cual tuvo lugar el 01 de febrero de 1999.

Segundo. - IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales a la Afiliada.

Tercero. - ORDENAR a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por el Demandante y el capital que tenga en su haber en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en las AFP del RAIS aquí demandadas.

Cuarto. - NO DAR PROSPERIDAD a las excepciones de fondo propuestas por las Demandadas.

Quinto. - ABSOLVER a las Demandadas de todas las demás pretensiones incoadas en contra por el Actor y a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones del LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Sexto. - SI NO FUERE APELADO este fallo, consúltese ante el Superior.

Séptimo. - CONDENAR a SKANDIA, PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN a pagar al Demandante el equivalente a UN SMLMV por cada una a título de AGENCIAS EN DERECHO.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de **SKANDIA S.A.** la apeló y argumentó, en síntesis, que: la entidad cumplió con todas las obligaciones en materia de información conforme los parámetros vigentes al momento de la vinculación del demandante en el año 2011; la entidad fue ajena al acto de traslado de régimen y aceptó el traslado horizontal que hizo el demandante en uso de su derecho de libre escogencia de régimen pensional; el actor con sus actos de relacionamiento, ratificó su vocación de permanencia en el régimen de ahorro individual, como los múltiples traslado horizontales que realizó; la declaratoria de ineficacia se dio por una indebida valoración probatoria ya que se le está exigiendo a la entidad el cumplimiento de unas formalidades que no se encontraban vigentes al momento de la vinculación del actor; con la declaratoria de ineficacia se ordenó devolver gastos de administración y éstos tienen la destinación legal de retribuir la gestión de administrar los aportes y no son un descuento caprichoso de la entidad ni son parte de las cotizaciones del demandante; respecto de la devolución de primas de seguro, no es viable retrotraer la protección de cual el demandante fue beneficiario y ya se agotó el objeto de la póliza contratada. Por lo anterior, solicita a la Sala que se revoque la sentencia de primera instancia *(27Audiencia min 1:17:10 y ss)*.

CONSULTA

Por haber resultado la decisión anterior desfavorable a la demandada COLPENSIONES se impuso a su favor el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 13 de junio de 2022, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone la Ley 2213 de junio de 2022.

El apoderado judicial de COLPENSIONES alegó de conclusión, se ratificó en los argumentos que sirvieron de sustento en la contestación de la demanda; señaló que en caso de confirmarse la decisión, debe adicionarse el numeral tercero para que sean devueltos los pagos por primas de seguros, porcentaje destinado al fondo

de garantía de pensión mínima, se cancele y remita cualquier bono pensional, las cotizaciones voluntarias del actor, todas estas sumas con rendimientos y con cargo al patrimonio de los fondos privados.

La apoderada judicial de la llamada en garantía MAPFRE S.A, en sus alegatos de conclusión, ratificó lo planteado en la respuesta al llamamiento en garantía y solicitó a la Sala que se confirme la sentencia de primera instancia.

El apoderado judicial del DEMANDANTE, en sus alegatos de conclusión trajo a colación los argumentos esgrimidos en el escrito de demanda y solicitó a la Sala que se confirme la sentencia de primera instancia.

El apoderado judicial de PORVENIR S.A., en sus alegatos de conclusión, se ratificó en los argumentos que sirvieron de sustento en la contestación de la demanda y solicitó al Tribunal que se revoque la decisión en cuanto a la condena de devolver sumas diferentes a los aportes y rendimientos financieros o, en caso de confirmarse tal devolución que se confirmen que los montos no se indexen.

El apoderado judicial de SKANDIA S.A. alegó de conclusión, se ratificó en los argumentos que sirvieron de sustento en el recurso de alzada y solicitó al Tribunal que se revoque la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES:

Como cuestión de primer orden, la Sala resalta que, de conformidad con el principio de la consonancia, establecido en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., *“la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*.

De cara a lo que es objeto de debate, materia de apelación y consulta, le corresponde a la Sala establecer por el análisis fáctico y jurídico de la actuación de primera instancia si ¿El traslado de régimen de la demandante resulta nulo o ineficaz? y ¿cuáles son las consecuencias que de ello se derivan?

Dentro del plenario quedó acreditado que LUIS EDUARDO SAAVEDRA CUBILLOS nació el 26 de agosto de 1954 (arch.01 fl.18), estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 06 de septiembre de 1977 (carp.06 fl.1) hasta la

fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por las AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., el 01 de febrero de 1999, tal como se registra en la certificación de Asofondos (arch.04 fl.14).

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 16583900							
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
Vinculación inicial	1994-10-11	2007/07/26	COLPENSIONES			1994-10-11	1999-01-31
Traslado regimen	1998-12-21	2004/04/16	PROTECCION	COLPENSIONES		1999-02-01	2001-09-30
Traslado de AFP	2001-08-01	2004/04/16	COLFONDOS	PROTECCION		2001-10-01	2005-02-28
Traslado de AFP	2005-01-28	2005/02/17	ING	COLFONDOS		2005-03-01	2007-06-30
Traslado de AFP	2007-05-25	2007/07/19	COLFONDOS	ING		2007-07-01	2010-11-30
Traslado de AFP	2010-10-19	2010/11/29	HORIZONTE	COLFONDOS		2010-12-01	2011-05-31
Traslado de AFP	2011-04-28	2011/06/17	SKANDIA	HORIZONTE		2011-06-01	

Así mismo, de la documental allegada se extrae que la demandante prestó servicios como **trabajador del sector privado** previo a su traslado al ahorro individual.

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen a las AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., en la que dicha entidad no le suministraron información adicional, consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, así como tampoco le informó a qué edad se le redimiría el bono pensional, ni la diferencia entre la mesada pensional que recibiría en el RAIS y en el RPM.

Frente a la escogencia de régimen pensional, prevé el artículo 13, literal b), de la ley 100 de 1993 que: **“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley”**. Y el artículo 114 ibidem expresa: ***“Requisito para el Traslado de Régimen: Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora,***

*comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera **libre, espontánea y sin presiones** (...)*”

Y a su vez, de manera expresa el artículo 271 de la ley 100 de 1993 consagró multas y sanciones para 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”,* con la consecuencia que *“**La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador** (...)*”. (Las subrayas fuera de texto)

De modo similar, el artículo 3° del decreto 692 de 1994, (compilado por el Decreto 1833 de 2016) que reglamentó en forma parcial la ley 100 de 1993, señala que a partir del 1° de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, *“podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen.”* Esto es el Régimen solidario de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad. Y el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 1642 de 1995, que reglamentó la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, establece que *“**La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador,** y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria”.*

Resulta importante destacar de dichas normas, que cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, como es el caso del demandante, en el formulario se deberá consignar que su decisión se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Señala la norma que, el formulario puede contener la leyenda preimpresa en ese sentido, pero no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, no sólo en sus beneficios, sino también en sus desventajas, acorde a las condiciones de cada afiliado.

Ahora, la toma de una determinación de tanta trascendencia, para que sea realmente ejecutada con libertad y seleccionando entre las posibilidades de regímenes pensionales, debe surtir de manera informada e ilustrada al punto de generar la comprensión en su receptor.

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias **SL 2929 y 1055 de 2022, SL-5280, 4803, 5292, 5686, 4334, 3871**, 3778, 3708, 3710, 3803, 3611, 3537, **3349**, 2946, 2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 1309, **1217**, 782 y **373 de 2021**, STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), SL-4811, 4373, 4806, 2877, 2611 **de 2020**, SL-5630, 4426, **4360**, 5031, **3464 (14-08-2019)**, 2652, **1689, 1688, 1421, 1452**, SL-76284-2019, **SL4989, 4964**, 2372, SL17595 del 18 de octubre de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena)¹, **SL 19447-2017** del 27 de septiembre de 2017 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) STL11385- del 18 de julio de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL9519-2015, **SL12136 de 2014** (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), 16155 de 2014, SL-609 de 28 de agosto de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ortiz), **33.083 del 22 de noviembre de 2011** y 31314 del 6 de diciembre de 2011 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), del 1º de marzo de 2010. Rad. 37327 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza), del **9 de septiembre de 2008, rad. 31989** (M.P. Eduardo López Villegas) y **31314** del 22 de noviembre de 2007 Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz). Sin que ninguna de las referencias de sentencias citadas por el apelante, sean identificables y tampoco la *ratio decidendi* que esgrime ha planteado la Sala de Casación Laboral.

Las decisiones de los años 2019-2022 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que “*el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación*”, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información necesaria y transparente por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el parágrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el numera 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

Esto es “*no se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el*

ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía 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". De ahí que no se pueda hacer referencia al principio de conservación de un contrato cosificando al ser humano y sus necesidades ante las contingencias que salvaguardan los derechos sociales.

Lo cual implica, en síntesis, para la Corte:

- *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales".*
- *Un "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 pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo.*
- *El derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

Se pasó de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría y la necesidad de evaluar judicialmente el cumplimiento de tan complejo deber, de acuerdo con el momento histórico.

Dijo la Sala de Casación Laboral (SL-19447-2017) "(...) *es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe (...)*" lo cual impacta en la carga de la prueba que le incumbe a quien debió emplear diligencia y cuidado (artículo 1604 C.C.), para concluir la Corte en dicha sentencia y en la citada del año 2010 "(...) *existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional"* y que la ineficacia no puede supeditarse a

que “el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse” (SL-1452-2019).

En el año 2020 a través de fallos de tutela la Sala de Casación Laboral en sentencia STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, aclara voto Luis Benedicto Herrera Díaz y salva voto Jorge Luis Quiroz Alemán), explicó que para apartarse de dicho precedente “*la autoridad judicial solo puede distanciarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso bien por: i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, ii) cambios normativos, iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015)*”, situación ratificada en fallos STL11868-2021 y STL11430-2021.

Y la Sala de Casación Penal de la C.S.J. también emitió sentencias STP17447 de 2019 (M.P. Eyder Patiño Cabrera) y STP12082-2019 amparó el derecho al debido proceso por violación al precedente de la Sala Laboral.

En el caso particular, conforme lo señala la jurisprudencia en cita, era necesario e imprescindible que, las AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. al momento de realizar la vinculación con el hoy demandante, le suministraran una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, situación que no aconteció.

En efecto, las AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. no demostraron haber desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que le representaba al demandante su incorporación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-, para permitirle valorar las consecuencias negativas de su traslado <desventajas y riesgos>, pues lo cierto es que las AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A.,

COLFONDOS S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., no realizaron una proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si continuaba en el RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS.

En este sentido, no se prueba con la documental, la asesoría completa que aducen las demandadas, por tanto, el demandante desconoció la incidencia de tal decisión frente a sus derechos prestacionales, y no pudo analizar comparativamente el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales, ni su modalidad de financiación, lo cual evidencia la falta de transparencia entre personas que se encuentran en posiciones asimétricas. Falencia que se agudiza por el hecho de brindar información únicamente sobre beneficios y no desventajas.

Surge de lo dicho que ninguna prueba se aporta al expediente respecto a la entrega de una información con las características requeridas, pese a estar radicada en cabeza de las AFP's la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del C.C. Y, en suma, no se efectuó un real estudio de las posibles ventajas o desventajas frente al traslado al momento del acto de vinculación, omisión con la cual se genera la ineficacia –en sentido estricto o de pleno derecho– del cambio de régimen conforme lo señala la ley y la jurisprudencia, y no una nulidad de traslado (porque el afiliado tiene capacidad para contratar, no hay vicios del consentimiento, no hay causa u objeto ilícito).

Con lo anterior quedan desatendidos los argumentos de aplicación atemporal de la legislación sobre el deber de información, y acerca de la carga de la prueba que pretende atribuirse a la afiliada sobre la diligencia y cuidado para inscribirse en una AFP u otra, desconociendo el carácter de usuaria del servicio público de seguridad social que amerita tuición y respaldo, antes que hacerla partícipe de los atractivos que el mercado financiero dice ofrecer. Tampoco se avala la teoría del relacionamiento que plantea el impugnante, para hacer notar que la permanencia en el RAIS puede significar una afiliación informada, pues lo acreditado señala lo contrario (SL4222-1055 de 2022).

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutivos primero, segundo y tercero de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz**

el traslado—en sentido estricto o de pleno derecho- que el 01 de febrero de 1999, realizó LUIS EDUARDO SAAVEDRA CUBILLOS del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por las AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., en tal virtud, resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación del demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros¹, historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, devolución de las cotizaciones voluntarias si las hubiese, así como también la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la ley 100 de 1993 y comisiones de todo tipo a cargo de su propio patrimonio. Además de las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima (Decreto 3995 de 2008, art. 7, compilado en el D. 1833 de 2016), pues no puede afectarse la cotización pensional con la distribución propia del RAIS. Todo con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado, y que se viabiliza por el estudio en consulta a favor de COLPENSIONES. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.³).

Condenas que deberán asumir las AFP demandadas PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., por los respectivos periodos de afiliación, sentido en el que se adicionará la decisión de primera instancia, por cuanto, el deber de información recaía en cada momento procesal respecto de cada una de ellas, máxime que, en esta cadena de traslados, se visualizan inconsultos, por razón de la cesión o absorción entre Fondos.

¹ CSJ SCL, Sentencia del **09 de septiembre de 2008**, radiación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas: *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada...”*

Frente a este tipo de situaciones resulta imprescindible señalar que además de exigirse la vinculación procesal expresa de la aquí demandada, en ella recaen como absorbente o cesionaria de jure, todas las obligaciones del absorbido o cedente, y por ende, se responsabilizan de la demostración del cumplimiento del deber de información y las consecuencias de no hacerlo dentro de sus respectivos períodos de vinculación.

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado “en sentido estricto o de pleno derecho”, determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales del demandante, que hoy, le impiden, movilizarse libremente entre regímenes, dada la proximidad del cumplimiento de los requisitos exigidos. En consecuencia, para que COLPENSIONES (el otrora ISS) pueda mantener la relación jurídica primigenia de afiliación del demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, las que deberá subsanar las AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., con la devolución de lo aquí ordenado, no bastando con el aporte o cotización, pues durante el tiempo de inscripción en la AFP el fondo público no percibió dividendo, ni utilidad alguna. Además, si el artículo 39 del Decreto 656 de 1994 los define como ingresos por administrar fondos de pensiones y el artículo 7 de la ley 797 de 2003 ordena remitir su disminución a la cuenta pensional o reservas del ISS, todo ello sugiere que son recursos viables de descontar a quien no administró –dada lo ineficaz de la estancia en la AFP- y que pertenecen al capital del pensionista.

Así mismo se impone a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales al afiliado. Esto porque resulta innecesaria la exigencia de equivalencia del ahorro contenida en los decretos 3800 de 2003 (literal b) del artículo 3º) y 3995 de 2008. Véase al efecto, la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001-03-25-000-2007-00054-00 (1095-07) del 6 de abril de 2011 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

Artículo que en su totalidad ya había sido suspendido provisionalmente mediante auto proferido el 5 de marzo de 2009 (confirmado 4-08-2010) por la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación², al afirmar:

² No. radicación 110010325000200800070 00 (1975-08) C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Mediante auto del 4 de agosto de 2010 se resolvió no reponer el auto de 5 de marzo de 2009 proferido por la Sección.

“La exigencia resultaba lesiva, en su mayoría, para quienes tenían la intención de volver al régimen de prima media, pues el saldo de la cuenta pensional, incluyendo los rendimientos, no resultaba suficiente para equiparar la rentabilidad que obtiene el fondo común que administra el Instituto de Seguros Sociales. Además, la rentabilidad obtenida es una circunstancia totalmente ajena al aportante”.

En igual sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencias del 31-01-2007, rad. 27465; 1-12-2009, rad.36301; 9-03-2010, rad. 35406; 14-11-2012, rad. 38366; 14-11-2012, rad.38366, en las cuales se afirmó:

“No resulta razonable exigir a quienes pretenden recuperar el régimen de transición, una vez regresan del RAI al RPM, y cumplen el requisito de 15 años o más de servicios o de cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema, además del traslado de todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, la equivalencia de los aportes legales, puesto que se trata de una exigencia que no fue contemplada por el legislador.”

Ahora respecto de la prescripción, basta recordar que de tiempo atrás tiene decantado la jurisprudencia Constitucional y de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que i) el derecho a la pensión no prescribe, en tal virtud, tampoco, pueden prescribir cualquiera de los elementos que lo configuren, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal; ii) *“las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida (...)”* [AL1663-2018, AL3807-2018], esto es, tras la búsqueda *“demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico”* (SL1421-2019), lo cual torna inaplicable la excepción de prescripción y iii) siendo la ineficacia del traslado de régimen un acontecimiento ligado necesariamente a la existencia y procedencia del derecho pensional bajo un determinado régimen pensional, es plausible que su declaración judicial no pueda estar sometida a término de prescripción alguno, pues además, ello atentaría contra el principio de irrenunciabilidad al derecho a la seguridad social y la fundamentalidad de este derecho. Así se expuso también, en sentencia SL 361-2019 (Sala de Descongestión Laboral, M.P. Jorge Prada Sánchez, que reiteró la SL8544-2016).

En lo atinente al llamamiento en garantía que deprecia SKANDIA S.A. respecto de la aseguradora MAPFRE S.A. debe señalarse que el objeto del seguro previsional no contempla la asunción de las condenas resultado de la infracción del deber de ilustración que le atañe a la administradora pensional, pero es más, la ineficacia

deja sin efecto todo tránsito por el RAIS de la demandante, consecuencia que le atañe resolver a SKANDIA S.A. con MAPFRE S.A. en el marco de sus relaciones negociales, sin afectar la cotización del demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO de la sentencia apelada y consultada en el sentido de:

- I. **DECLARAR** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de **LUIS EDUARDO SAAVEDRA CUBILLOS**, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE.
- II. **CONDENAR** al Fondo de Pensiones **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., SKANDIA S.A.**, que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **DEVUELVAN** a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán al demandante, si fuere el caso.
- III. **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., SKANDIA S.A.**, dentro del término antes señalado, a devolver los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de

la Ley 100 de 1993 por el periodo en que administró las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado.

IV. CONDENAR a COLPENSIONES, a tener a LUIS EDUARDO SAAVEDRA CUBILLOS, como su afiliado, sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales; los derechos pensionales serán exigibles una vez surtido el traslado de los dineros provenientes de las AFP, como se ordenó en los resolutivos precedentes.

SEGUNDO: SE CONFIRMA en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **SKANDIA S.A.**, apelante infructuoso, y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1'500.000 a cargo de SKANDIA S.A.. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO: NOTIFÍQUESE por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias AL647-2022 y AL4680-2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y podrá consultarse en la página *web* de la Rama Judicial en el enlace: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cali-sala-laboral/146>

QUINTO: Una vez surtida la publicación por Edicto, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, con destino a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

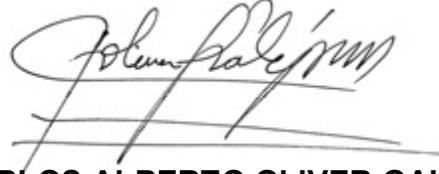
Agotados los puntos objeto de análisis, se suscribe por quienes integran la Sala de Decisión.

-Firma electrónica-

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada Ponente



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado

Aclaración de voto

Firmado Por:

Monica Teresa Hidalgo Oviedo

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 008 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: **b4e4a28c21d1d0dc6aed2498fbb07f9819b4f17223cf404ca40689c5ff5d3331**

Documento generado en 28/07/2023 06:58:52 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>