

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE AYDEE LIZARAZO CUBILLOS
VS. SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES
LLAMADA EN GARANTÍA: MAPFRE S.A.
RADICACIÓN: 760013105 007 2022 00673 01

Hoy, veintidós (22) de junio 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, **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, resuelve las **APELACIONES** presentadas por los apoderados de COLPENSIONES y de SKANDIA S.A., así como la **CONSULTA** de la sentencia dictada por el JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **AYDEE LIZARAZO CUBILLOS** contra SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES y llamada en garantía MAPFRE S.A. con radicación No. 760013105 007 2022 00673 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 16 de junio de 2023, celebrada, como consta en el **Acta No. 40** tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996.

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 192

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión de la demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad o ineficacia de la afiliación** al régimen de ahorro individual con solidaridad inicialmente a PROTECCIÓN S.A. y luego a SKANDIA S.A.; que la única

afiliación válida es la realizada al ISS hoy COLPENSIONES en agosto de 1992; se ordene a SKANDIA S.A. trasladar a COLPENSIONES los aportes de la cuenta individual con los rendimientos y bonos pensionales debidamente indexados; se ordene a COLPENSIONES reabrir el expediente de afiliación sin solución de continuidad y recibir el traslado; costas y agencias en derecho a cargo de PROTECCIÓN S.A y SKANDIA S.A. (arch.01 fls.2-3).

PRIMERA. Se declare la ineficacia y / o nulidad de la afiliación de la señora AYDEÉ LIZARZO CUBILLOS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, primero en la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S. A., realizada en julio de 1995 y, posteriormente, trasladada a la Skandia Pensiones y Cesantías S. A. en septiembre de 2018.

SEGUNDA. Se declare que la única afiliación válida al Sistema General de Pensiones de la señora AYDEÉ LIZARAZO CUBILLOS es la realizada al Instituto de Seguros Sociales – ISS, hoy la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en agosto de 1992.

TERCERA. Se ordene a Skandia Pensiones y Cesantías S. A. trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, el monto total de los aportes acreditados en la cuenta individual de la señora AYDEÉ LIZARZO CUBILLOS, incluidos los provenientes de Protección S. A., conjuntamente con los rendimientos obtenidos en su favor, lo que se haya deducido por aquella por concepto de administración y lo que tenga por bonos pensionales, todo debidamente indexado.

CUARTA. Se condene a Protección S. A. y a Skandia Pensiones y Cesantías S. A. al pago de las costas y las agencias en derecho en favor de la demandante.

QUINTA. Se ordene a Colpensiones reabrir el expediente, sin solución de continuidad, de la afiliación de la señora AYDEÉ LIZARAZO y recibir de Skandia Pensiones y Cesantías S. A. la totalidad de los aportes, los rendimientos, lo deducido por administración y lo que tenga por bonos pensionales, incluido lo proveniente de Protección S. A., todo debidamente indexado.

SEXTA. Hacer uso de las facultades de extra y ultra petita en favor de la demandante para todo aquello que resulte probado en el proceso.

Las demandadas **PROTECCIÓN S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **COLPENSIONES**, al igual que la llamada en garantía **MAPFRE S.A.**, 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 de la demandante; sus cotizaciones iniciales con el municipio de Calarcá, entre enero de 1985 y agosto de 1987; sus cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES entre agosto de 1992 y agosto de 1995; su traslado al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., hasta agosto de 2018 y su posterior traslado horizontal a SKANDIA S.A.; las reclamaciones administrativas elevadas a COLPENSIONES y SKANDIA S.A. en noviembre de 2022; las negativas de ambas entidades. De los demás hechos señaló que no le constan, los atinentes a: las circunstancias que rodearon cada una de las afiliaciones a las AFP; la presunta falta de información y proyección pensional por parte de dichas entidades; que el demandante no ha solicitado devolución de aportes a SKANDIA S.A.

Como excepciones, COLPENSIONES formuló: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; juicio de proporcionalidad y ponderación; indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional; la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso; errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil; el retorno en cualquier tiempo al rpm, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: (i) las expectativas pensionales del afiliado y (ii) la sostenibilidad financiera; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones - art. 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005; procedencia de la figura de prescripción extintiva de la acción laboral; no procede la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante se trate de una persona que ya se encuentre pensionada o adquirió el estatus en el régimen de ahorro individual en cualquiera de sus modalidades.

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.02 fls.1-28, 29-130), la contestación de COLPENSIONES (arch.06 fls.1-22, 23-46), la contestación de PROTECCIÓN S.A. (arch.08 fls.1-11, 12-45), la contestación de SKANDIA S.A. (arch.11 fls.1-29, 30-101), el llamamiento en garantía hecho por SKANDIA S.A. (arch.11 fls.102-111, 112-202), la contestación de MAPFRE S.A. (arch.10 fls.1-25, 26-78), 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 SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, declaró no probadas las excepciones por pasiva; la ineficacia de afiliación a PROTECCIÓN S.A. y la posterior a SKANDIA S.A.; que para todos los efectos legales nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; ordenó a COLPENSIONES la admisión en el RPM conservando todos los beneficios que hubiera podido tener si no se hubiera dado el traslado; ordenó a PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. devolver todos los valores de la afiliación, tales como las cotizaciones, gastos de administración, primas de seguros previsionales y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos; costas y agencias en derecho; absolvió a MAPFRE S.A. de las pretensiones del llamamiento en garantía; costas a cargo de SKANDIA S.A. y en favor de MAPFRE S.A. (arch.16 fls.3-4) (16Audiencia min47:38 y ss).

(...)

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la **INEFICACIA** de la afiliación efectuada por la señora **AYDEE LIZARAZO CUBILLOS** identificada con la CC. No. **24.577.606** al fondo **PROTECCION SA** y finalmente **SKANDIA SA**. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y por lo mismo siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

TERCERO: Como secuela obligada de la anterior determinación, la demandante, deberá ser admitida y sin dilación alguna en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.

CUARTO: ORDENAR a **PROTECCION SA** y **SKANDIA SA**, a devolver, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos estos últimos, correspondientes al periodo en que la demandante estuvo afiliada a dichas administradoras.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pomenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO: COSTAS a cargo de **PROTECCION SA**, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV. Liquidense por Secretaría.

SEXTO: COSTAS a cargo de **SKANDIA SA**, se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. Liquidense por Secretaría.

SEPTIMO: COSTAS a cargo de **COLPENSIONES**, se fijan como agencias en derecho la suma de 1/2 SMLV. Liquidense por Secretaría.

OCTAVO: ABSOLVER a la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** de las pretensiones del llamamiento en garantía efectuado por **SKANDIA S.A.**

NOVENO: COSTAS a cargo de **SKANDIA S.A.** y en favor de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLV. Liquidense por Secretaría.

DECIMO: CONSULTESE con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelada.

(...)

APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de **COLPENSIONES** la apeló y argumentó en síntesis que: el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 establece la libre escogencia del régimen pensional y ésta debe quedar por escrito; el artículo 12 del Decreto 692 de 1994 establece que la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones de éste; la voluntad de afiliarse así como la permanencia de la demandante en el RAIS por más de 28 años demuestran que ésta actuó de manera libre, autónoma e informada y no se dio un vicio en el consentimiento al momento de las afiliaciones; en sentencia SL413 de 2018 se establece que existen otros actos de relacionamiento, tales como actualización de datos y consulta de saldos, entre otros, los cuales denotan el compromiso de la afiliada de pertenecer al régimen pensional; la declaración de ineficacia de traslado de personas que en último momento deciden retornar al régimen de prima media ponen en riesgo la

sostenibilidad financiera del sistema; al momento en que la demandante solicite la pensión se generará una descapitalización de COLPENSIONES que puede poner en riesgo a los futuros pensionados del régimen de prima media; la entidad ha actuado de buena fe y la negativa del traslado la basó en las prohibiciones legales y constitucionales; por lo anterior, solicita al Tribunal que se revoque la sentencia de primera instancia, incluso la condena en costas (16Audiencia min49:50 y ss).

Por su parte, la apoderada de **SKANDIA S.A.**, en su apelación, argumentó en síntesis que: la entidad se somete a un imposible jurídico al exigirle el cumplimiento de unas formalidades jurídicas que no se encontraban vigentes para el momento en que se dio el traslado inicial; la entidad cumplió con todas las obligaciones en materia de información previstas para el año 2018 cuando se dio el traslado horizontal de la demandante; la entidad no fue aquella en la que inicialmente se dio el traslado de régimen pensional y la demandante ya se encontraba inmersa en la prohibición para trasladarse de régimen y por tanto era válido que la entidad aceptara la solicitud de vinculación que, de manera libre y voluntaria, realizó la demandante; ésta no es una afiliada legítima e incluso, en su interrogatorio indicó que cuando se dio el traslado conocía de la existencia de los regímenes pensionales que eran excluyentes, atraída por la posible mejor mesada y la posibilidad de pensionarse de manera anticipada; ello demuestra que la demandante sí recibió la asesoría y para la época solo existía la obligación de la suscripción de los formularios de afiliación, que obran en el expediente y que no fueron tachados de falsos; la demandante ha ratificado la decisión de permanecer en el régimen no solo con la cantidad de años que lleva afiliada en el mismo sino también con su traslado horizontal hacia SKANDIA S.A.; respecto de la orden de devolución de gastos de administración, éstos tienen una destinación legal y permitieron la generación de los rendimientos de la cuenta individual, por tanto, se afecta la buena fe objetiva y la confianza legítima de la entidad; no es posible retrotraer la cobertura de los seguros previsionales y por ello realizó el llamamiento en garantía a MAPFRE S.A.; por lo anterior, solicita al Tribunal que se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia y sea estudiado el llamamiento en garantía (16Audiencia min55:12 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 09 de junio de 2023, 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.

La apoderada judicial de MAPFRE S.A. alegó de conclusión, se ratificó en los argumentos que sirvieron de sustento en la contestación del llamamiento en garantía y solicitó al Tribunal que se confirme la sentencia de primera instancia.

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.

Los apoderados judiciales de la DEMANDANTE y PROTECCIÓN S.A., respectivamente, guardaron silencio.

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 AYDEE LIZARAZO CUBILLOS nació el 18 de febrero de 1965 (arch.02 fl.29), estuvo afiliada al Instituto de los Seguros

Sociales, hoy Colpensiones, desde el 31 de agosto de 1992 (arch.06 fl.42), hasta la fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por las AFP PROTECCIÓN S.A., el 01 de julio de 1995, y posteriormente, a SKANDIA S.A., tal como se registra en la certificación de Asofondos (arch.11 fl.46).

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 24577606							
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	1995-06-30	2004/04/18	PROTECCION	COLPENSIONES		1995-07-01	2018-08-31
Traslado de AFP	2018-07-18	2018/08/30	SKANDIA	PROTECCION		2018-09-01	

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

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
20018200248	EE PP OFICINAS	31/08/1992	31/12/1994	\$241.200	121,86	0,00	0,00	121,86
890000439	EMPRESAS PUBLICAS DE	01/01/1995	30/06/1995	\$291.000	24,86	0,00	0,00	24,86
890000439	EMPRESAS PUBLICAS DE	01/07/1995	31/07/1995	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
						[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 146,71		
						[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"): 0,00		

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen a las AFP PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., en la que dichas entidades 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 de la 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 párrafo 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 número 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. y 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. y 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. y 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, la 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 plantean las impugnantes, 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 resolutiveos segundo, tercero y cuarto de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz el traslado–en sentido estricto o de pleno derecho- que el 01 de julio de 1995, realizó AYDEE LIZARAZO CUBILLOS del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por las AFP PROTECCIÓN S.A. y 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, **revocando la indexación ordenada en primera instancia** 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. y 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.

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 periodos de vinculación.

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..."

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 de la 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 de la 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. y 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:

“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:

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.

“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 rememorar 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.

Frente el argumento expuesto por el apoderado de COLPENSIONES al sustentar la alzada respecto de las condenas en costas, conviene indicar que establece el numeral 1º del artículo 365 del CGP, Ley 1564 de 2012, aplicable por analogía en el procedimiento laboral a la voz del artículo 145 del CPTSS, que se condenará por ellas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva de manera

desfavorable el recurso de apelación. En este caso, siendo COLPENSIONES una de las partes vencida en juicio, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada, en el sentido de imponer costas a dicha entidad.

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 SEGUNDO, TERCERO y CUARTO 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 **AYDEE LIZARAZO 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. y 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 de la 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 a la demandante, si fuere el caso.

- III. **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A. y 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 de la 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 AYDEE LIZARAZO CUBILLOS, como su afiliada, 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. y COLPENSIONES, apelantes infructuosos, y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1'500.000 a cargo de cada una de las vencidas. 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 *link*: <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



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Magistrado

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado

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: **0813004022084d40630c4bcc0caabf5b7a1eafd4a2683e36bcfd40cf8c9d58e**

Documento generado en 23/06/2023 04:30:15 PM

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