

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE JULIO ERNESTO LOZANO GARCÍA
VS. COLPENSIONES, SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 760013105 006 2019 00624 01

Hoy trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022), surtido el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, 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**, en ambiente de escrituralidad virtual y distanciamiento social por mandato de la Resolución 666 del 28 de abril de 2022, resuelve la **APELACIÓN** presentada por la apoderada de SKANDIA S.A., así como la **CONSULTA** en favor de COLPENSIONES de la sentencia dictada por el JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **JULIO ERNESTO LOZANO GARCÍA** contra **SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, con radicación No. 760013105 006 2019 00624 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 18 de febrero de 2022, celebrada, como consta en el **Acta No. 10** tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el parágrafo 3 del artículo 1o del Acuerdo PCSJA22-11930 de 25-02-2022, en ambiente preferente virtual.

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 133

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión del demandante en el proceso objeto de estudio, se orienta a obtener la declaratoria de nulidad/ineficacia del traslado/afiliación del régimen pensional de

prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS OLD MUTUAL SKANDIA S.A., al igual que, la declaratoria de la ineficacia/nulidad en los diferentes traslados que ha hecho la demandante, entre las distintas administradoras de fondos de pensiones del RAIS, como en la AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., COLPATRIA, PORVENIR S.A. y otros que hubiere.

Así mismo, ordenar a la AFP OLD MUTUAL SKANDIA S.A., el traslado en pensiones del demandante, junto con los aportes, bonos pensionales, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. En consecuencia, ordenar a COLPENSIONES a que acepte dicho traslado.

Por último, pidió que se condene al pago de las costas y agencias en derecho que se ocasionen con el presente proceso. Contempló unas pretensiones subsidiarias en caso de que las principales no prosperen. (01ExpedienteDigital fl. 5-7)

PRETENSIONES PRINCIPALES:

1. **DECLARE** que LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A. al trasladar del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES HOY ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante solicitud de vinculación No. 0883152 del 03 de febrero de 1995 al señor **JULIO ERNESTO LOZANO GARCÍA** no cumplió con su deber de ofrecer a su afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente, respecto de las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), causándole un grave perjuicio en lo que respecta al valor de su futura mesada pensional.

2. Declare la **NULIDAD** de la afiliación suscrita por el señor **JULIO ERNESTO LOZANO GARCIA** con **LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A.**, el 03 de febrero de 1995.
 - a. Como consecuencia de lo anterior declare la ineficacia de los siguientes traslados:
 - .- de **LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A.** A **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** Solicitud de vinculación 0117874 de fecha 24 de enero de 1997.
 - .- de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** A la **AFP COLPATRIA** fusionada a **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS**, hoy **LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** formulario No. 0323249 del 20 de diciembre de 1999.
 - . De la **AFP COLPATRIA** fusionada a **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS**, hoy **LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** a **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS** hoy **OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** Solicitud de vinculación No. 537923 del 19 de abril de 2010.
3. **ORDENE** a **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS** hoy **OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** el traslado en pensiones del señor **JULIO ERNESTO LOZANO GARCIA** junto con los aportes, bonos pensionales, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.
4. Ordenar a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** aceptar el traslado del Señor **JULIO ERNESTO LOZANO GARCIA** al Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado por esa entidad.
5. Se condene al pago de las costas procesales y agencias en derecho que se ocasionen con éste proceso a la demandada.
6. Se declaren y reconozcan en favor del demandante, otros derechos diferentes a los pretendidos en esta demanda, siempre y cuando los halle demostrado el operador judicial en aplicación de las facultades extra y ultra petita que tiene.

Las demandadas se opusieron a las pretensiones, por considerar que la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo.

Los hechos del proceso relacionados con la demanda y (01ExpedienteDigitalizado fl. 7-9,) y la contestación de **COLPENSIONES** (09ContestaciónDemandaColpensiones fl 416-430), así como la contestación de **PROTECCIÓN S.A.** (14ContestaciónProtección fl. 529 – 564), **COLFONDOS S.A.** (06ContestaciónColfondos fl. 391-394), **PORVENIR S.A.** (10ContestaciónPorvenir fl. 431-508), y **SKANDIA S.A** (02ContestaciónSkandia fl. 277-351), 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, declarando la ineficacia del traslado efectuado por el demandante, del régimen de prima media con prestación definida (RPM) gestionado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por la AFP SKANDIA S.A, el cual tuvo lugar el 01 de marzo de 1995.

Ordenó, a COLPENSIONES la obligación de aceptar dicho traslado, y a SKANDIA S.A. trasladar todos los aportes efectuados por el demandante 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 la AFP del RAIS demandada.

Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones formuladas por el demandante. Por último, condenó en costas a SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (20ActaAudienciaArt77y80CptssFallo fl. 657-665) (21AudienciaArt77y88CptssFallo fl. 666 min 52:18 y ss.)

RESUELVE:

Primero. - DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen efectuado por el señor JULIO ERNESTO LOZANO GARCIA identificado con la C.C.16.634.703 del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado actualmente por SKANDIA S.A el cual tuvo lugar el 01 de marzo de 1995.

Segundo. - IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales al Afiliado (a).

Cuarto. - ABSOLVER a las Demandadas de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por el Actor.

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

Sexto. - SINO FUERE APELADO este fallo, consúltese ante el Superior

Séptimo. -CONDENAR a SKANDIA, PROTECCION y PORVENIR a pagar el equivalente a DOS (2) SMLMV por cada una, a título de AGENCIAS EN DERECHO.

NOTIFIQUESE. Queda notificada en estrados la anterior sentencia.

APELACIÓN.

Inconforme con la decisión la apoderada de la **AFP SKANDIA S.A**, la apeló y argumentó que, respecto a los gastos de administración es dable mencionar en términos de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 la tasa de cotización es del 13.5% del IBC. Distribuido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, así: el 10% del IBC es destinado a la cuenta individual de ahorro pensional, el 0.5% del IBC al Fondo de Garantía de Pensión mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Indicó que, en concordancia, a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3995 del 2008, el cual contempla el traslado de recursos entre regímenes del Sistema General de Pensiones que, *“cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado. Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.”*

Señaló que, por su parte la Superintendencia Financiera a través del concepto bajo Radicado 2019-152-169003 del 15 de enero del 2020, consideró que al decretarse la nulidad e ineficacia de la afiliación, procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado que incluye lo correspondiente a los rendimientos generados como consecuencia de la buena administración de los recursos efectuada por la administradora, así como los porcentajes destinados a la garantía de la pensión mínima y sus respectivos rendimientos.

Manifestó que, de la normatividad aplicable al caso concreto, no existe sustento legal alguno para ordenar trasladar al régimen de prima media el porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Además, para la AFP no es posible reintegrar dichas sumas descontadas por concepto de comisión de administración, dado que se destinaron en una parte a pagar las pólizas de cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte y la otra parte para sufragar los gastos de administración. De ahí que parte de dicho porcentaje

ya fue pagado a la aseguradora y, por tanto, no se encuentra en poder de la administradora.

En conclusión, manifestó que no sería posible reintegrar el porcentaje descontado por concepto de comisión de administración, teniendo presente que dichos recursos fueron utilizados para la administración de la cuenta de ahorro individual del demandante. Siendo ineficaz el traslado debería devolver los mismos como lo ha indicado la Superintendencia Financiera a través del precipitado concepto.

(21AudienciaArt77y88CptssFallo fl. 666 min 54:22 y ss.)

CONSULTA

Por haber resultado la decisión anterior desfavorable a la demandada COLPENSIONES se impuso a su favor el grado jurisdiccional de consulta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del dos (02) de marzo de 2022, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone el decreto 806 del 4 de junio de 2020. La parte DEMANDANTE, SKANDIA S.A, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. no presentaron alegaciones.

El apoderado de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** presentó por escrito sus alegaciones y manifestó que en el proceso objeto de estudio no se acreditó la existencia de vicios de consentimiento, ni tampoco se alegaron, ni probaron presupuestos legales que indiquen que el acto jurídico de vinculación del demandante al fondo privado que representa es ineficaz. Que, el formulario de afiliación suscrito por el demandante, es un documento público, que contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, que su elección fue libre, espontánea y sin presiones, además que el documento no fue tachado, ni desconocido legalmente, por lo tanto, probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Señalo que, descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico aquí debatido, pues de presentarse alguna irregularidad la misma sería saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del Código Civil, pues la ratificación tacita del actor, al permitir durante todo el tiempo de

permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado y tampoco hizo uso del derecho de retracto que le asistía.

Expuso que, PORVENIR S.A. al momento que el demandante se trasladó de régimen pensional, le brindo información oportuna y completa, por tanto, su vinculación es producto de una decisión libre e informada, lo cual se acredita con el formulario de afiliación y con la permanencia de más de 26 años en el RAIS. Que no es jurídicamente viable imponerle cargas distintas a su representada a las previstas al momento que sucedió la afiliación del demandante, pues eso constituiría una violación al debido proceso y a la confianza legítima de la AFP.

Precisó las diferencias entre ineficacia y nulidad absoluta, también señaló que en caso hipotético de considerar que el negocio jurídico no tuvo validez, no se puede olvidar que el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, mencionó que dineros se deben trasladar cuando hay cambio de régimen, esto es “el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)” lo que impide ordenar la devolución de otras sumas diferentes, como por ejemplo los gastos de administración, las primas de Seguro Provisional, por cuanto, se configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de un tercero, COLPENSIONES, dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y PORVENIR S.A.

Hizo mención de jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia para darle apoyo jurídico a sus alegatos y en consecuencia solicitó que esta instancia se revoque en su integridad la sentencia proferida por el Juez Sexto Laboral del Circuito de Cali y se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

La apoderada de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** presentó por escrito sus alegaciones dirigidas a cuestionar la ineficacia del acto de afiliación surtido conforme al literal “b” y “e” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, diligenciado en formularios, que constituyen prueba plena de la voluntad del afiliado de trasladarse de régimen. Señaló que cada régimen pensional tiene sus propias ventajas y desventajas, mismas que son asumidas por los afiliados al momento de efectuar su afiliación, por lo que resulta improcedente y jurídicamente inviable que, se pretendan alegar supuestos vicios en el consentimiento por la presunta desventaja que les comportaría recibir una mesada pensional en el RAIS, más cuando el demandante conserva la posibilidad de obtener una pensión en el RAIS.

En cuanto a la carga dinámica de la prueba mencionó que, no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación y, en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, pues según lo establecido en el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012 y, en la sentencia C-086 de 2016, debe decirse que atiende su inspiración teórica, fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar”. Su ejercicio por parte del juez es, “Imponer al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba, y no de manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso y los principios generales de la Ley 1564 de 2012, significaría alterar la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñado por el Legislador, para en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que pueden imponerse a las partes y trasladar esa tarea únicamente al juez.”

Hizo alusión a algunos apartes de lineamientos jurisprudenciales que destacan que el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales. En consecuencia, señaló que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

CONSIDERACIONES:

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 del demandante resulta nulo o ineficaz?, así como las consecuencias que de ello se derivan.

Dentro del plenario quedó acreditado que, el señor JULIO ERNESTO LOZANO GARCÍA nació el 30 de mayo de 1959 (01ExpedienteDigital fl. 37), estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 20 de enero de 1980 (01ExpedienteDigital fl. 44), hasta el 01 de marzo de 1995, cuando se hizo efectivo el traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A. Posteriormente el demandante hizo diferentes traslados entre las distintas administradoras de fondos de pensiones del RAIS. El 01 de marzo de 1997, se

trasladó a la AFP COLFONDOS S.A., el 01 de febrero del 2000 a la AFP COLPATRIA, HORIZONTE, hoy, PORVENIR S.A. y, por último, el 01 de junio de 2010 a la AFP OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A, tal como lo registra la certificación de Asofondos. (10ContestaciónPorvenir fl. 64)

Hora de la consulta : 10:38:20 AM
Afiliado: CC 16634703 JULIO ERNESTO LOZANO GARCIA

Vinculaciones para : CC 16634703							
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	1995-02-03	2004/04/16	PROTECCION COLPENSIONES			1995-03-01	1997-02-28
Traslado de AFP	1997-01-24	2004/04/16	COLFONDOS PROTECCION			1997-03-01	2000-01-31
Traslado de AFP	1999-12-01	2004/04/16	COLPATRIA COLFONDOS			2000-02-01	2000-09-28
Cesion por fusion	2000-09-29	2013/10/04	HORIZONTE COLPATRIA			2000-09-29	2010-05-31

4 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Así mismo, de la documental allegada se extrae que el 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 el nacimiento de la relación jurídica de traslado de régimen a las AFP PROTECCIÓN, COLFONDOS S.A., COLPATRIA, HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., momento en el que dicha entidad no le suministró información adicional, consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, así como tampoco le informaron 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 pre impresa 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-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).

Las decisiones de los años 2019-2021 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 numera 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

¹ *“En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar 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”. (...) “La administradora de pensiones del régimen de ahorro individual tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor que fue anulada, con todos sus intereses y rendimientos que se hubieren causado”. Y que “Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros y en ese orden la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de la nulidad, no debe asumir la mora en el pago íntegro del derecho pensional”.*

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's PROTECCIÓN, COLFONDOS S.A., COLPATRIA, HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. hoy 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's PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. S.A.; COLPATRIA, HORIZONTE S.A, hoy, PORVENIR S.A; y OLD MUTUAL S.A., hoy, 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's PROTECCIÓN, COLFONDOS S.A., COLPATRIA, HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A, hoy SKANDIA S.A.. no realizó 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 la demandada, 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 consumidora financiera sobre la diligencia y cuidado, desconociendo el carácter de usuaria del servicio público de seguridad social

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutive primeros, 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 marzo de 1995, realizó JULIO ERNESTO LOZANO GARCÍA del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual**

administrado por las AFP's PROTECCIÓN, COLFONDOS S.A., COLPATRIA, HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A, hoy 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 financieros², 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 (que no son las sumas adicionales) 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, 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's PROTECCIÓN, COLFONDOS S.A., COLPATRIA, HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A, hoy 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.

² 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..."*

³ Artículo 1746 C.C. Efectos de la declaratoria de nulidad. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (...).

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 deberán subsanar las AFP's PROTECCIÓN, COLFONDOS S.A., COLPATRIA, HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A, hoy 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 Corporación⁴, 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:

“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).

⁴ 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.

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** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.
- II. **DECLARAR** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de **JULIO ERNESTO LOZANO GARCÍA**, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE.
- III. **CONDENAR** a las AFP's **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., COLPATRIA, HORIZONTE S.A, hoy, PORVENIR S.A y OLD MUTUAL S.A., hoy, SKANDIA S.A.**, que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **DEVUELVA** 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.
- IV. **CONDENAR** a las AFP's **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., COLPATRIA, HORIZONTE S.A, hoy, PORVENIR S.A y OLD MUTUAL S.A., hoy, 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.

- V. **IMPONER** a **COLPENSIONES**, una vez ejecutoriada esta providencia, la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales al afiliado demandante.

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. SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página *web* de la Rama Judicial en el *link* de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar. En caso de no interponerse Casación por Secretaría se devolverá al Juzgado de origen.

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

(firma electrónica)

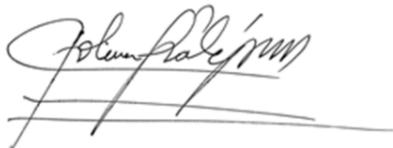
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Magistrado



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

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: **ed88ef33449d9b61c862440fc06e94003b7b74af3b131063a6bf26edd52b964b**

Documento generado en 13/05/2022 02:18:11 AM

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