

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **CARLOS EDUARDO BUSTOS NIETO**
VS. **COLPENSIONES,**
SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.,
COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: **760013105 001 2021 00015 01**

Hoy **16 de julio de 2021**, 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 aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable por mandato del D. 580 del 31 de mayo de 2021, resuelve las **APELACIONES** formuladas por las demandadas **PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** en favor de ésta última, respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **CARLOS EDUARDO BUSTOS NIETO** contra **COLPENSIONES y OTROS**, con radicación No. **760013105 001 2020 00015 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el **18 de junio de 2021**, celebrada, como consta en el **Acta No. 42**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996, en ambiente de virtualidad, autorizados por el artículo 12 del D.L. 491 de 2020 (reuniones no presenciales por cualquier medio) y la Circular PCSJC20-11 del 31 de marzo de 2020.

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

SENTENCIA NÚMERO 258

ANTECEDENTES

Las pretensiones del demandante en esta causa, se orientan a obtener la declaratoria de condena, por lo siguiente (fl. 5):

(...)

DECLARATIVAS

PRIMERA: DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA del traslado que el señor Carlos Eduardo Bustos Nieto realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por la existencia de un vicio en el consentimiento generado a raíz del incumplimiento del deber de información a cargo de las demandadas.

CONDENATORIAS

SEGUNDA: CONDENAR a Protección a trasladar al señor Carlos Eduardo Bustos Nieto al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones.

TERCERA: CONDENAR a Protección a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Carlos Eduardo Bustos Nieto, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C. C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTA: ORDENAR a Colpensiones ante la nulidad del traslado a aceptar nuevamente como afiliado al señor Carlos Eduardo Bustos Nieto en el Régimen de Prima Media que administra.

QUINTA: CONDENAR a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que se generen en el trámite del proceso.

SEXTA: Lo que usted decrete en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó el demandante que, nació el 12 de febrero de 1958, iniciando sus cotizaciones el 03 de julio de 1978, en el RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones, en donde estuvo hasta el 31 de julio de 1997, trasladándose al RAIS con Protección el 01 de agosto de 1997, luego a Old Mutual, hoy Skandia, el 01 de enero de 2008 y posteriormente a Colfondos desde el 01 de abril de 2011, trasladándose nuevamente desde el 01 de diciembre de 2011 a Protección, en donde permanece hasta la actualidad. Que cotizó 925,71 semanas al ISS, 197,14 a Old Mutual, hoy Skandia, y Colfondos, y tiene más de 990,86 semanas en Protección, para un total de 2113,71 semanas cotizadas. Agrega que, sus traslados se realizaron sin que las administradoras de fondos pensionales demandadas le brindaran una asesoría adecuada, al no suministrarle información que le permitiera evaluar los beneficios y las desventajas de pertenecer a uno u otro régimen

pensional, además, omitieron exponerle las diferentes reglas aplicables para calcular el monto de la pensión de vejez en ambos regímenes pensionales. Sumado a ello, para el 1 de agosto de 1997, no se le puso en conocimiento cuál sería la proyección de su monto pensional de permanecer en el RPM o de realizar el cambio al RAIS. Culmina indicando que, en caso de pensionarse en el RPM administrado por Colpensiones la mesada pensional ascendería a \$8.691.602, y de acuerdo con la proyección realizada por Protección el 20 de noviembre de 2020, la mesada pensional al cumplir los 63 años equivaldría a \$ 4.934.138 en el RAIS (fls. 1-4).

Las demandadas **PROTECCIÓN, COLFONDOS S.A., COLPENSIONES y SKANDIA S.A.**, se opusieron a las pretensiones, pues consideraron que la afiliación del actor se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo. Además de encontrarse el demandante a menos de 10 años de cumplir con el requisito de edad pensional.

Al proceso, fue llamado en garantía por parte de SKANDIA S.A. a la sociedad **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, quien dio contestación por conducto de apoderado judicial, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, arguyendo que, no se logró acreditar que el consentimiento del accionante estuviera viciado de nulidad, máxime cuando el demandante perteneciendo al régimen de ahorro individual efectuó varios traslados entre distintos fondos de pensiones que administran dicho régimen, situación que no puede interpretarse como desconocimiento o abuso al ocultar información por parte de los distintos fondos.

Así mismo, se opuso a la vinculación como llamados en garantía, en virtud del contrato de seguro previsional, pues la relación que existió entre Skandia y su representada, se circunscribió a la expedición de un contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, en virtud del cual la sociedad asegurada, para garantizar la existencia de ese contrato de seguro y como contraprestación del riesgo que asumió, debió pagar un valor por concepto de prima, pero en modo alguno guarda relación con el objeto pretendido en la demanda que es la ineficacia o nulidad del traslado.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida el 15 de junio de 2021 por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, por cuya parte resolutive se dispuso:

(...)

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, realizado por el señor **CARLOS EDUARDO BUSTOS NIETO** y sus posteriores traslados a **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y finalmente su retorno a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado 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: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, 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 también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q), y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante.

CUARTO: ORDENAR a **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q), y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administraron las cotizaciones del demandante.

QUINTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, a que admita nuevamente al señor **CARLOS EDUARDO BUSTOS NIETO**, en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la misma sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales.

SEXTO: ABSOLVER a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** de cualquier condena impuesta en la presente demanda por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

SÉPTIMO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.**, **SKANDIA S.A.**, **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES** en costas, fijándose como agencias en derecho la suma de **UN (1) SMMMLV** a cada una y a favor de la demandante.

OCTAVO: CONSÚLTESE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el presente proveído, en caso de no ser apelado.

(...)

APELACIONES

PROTECCIÓN S.A., a través de su apoderado(a) judicial, apela la decisión en lo que tiene que ver con la condena por gastos de administración, al considerar que, las comisiones que se cobran para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual del afiliado, de cada aporte del

16% del IBC, se descuenta un 3% para los gastos de administración y el seguro previsional, descuento legalmente autorizado por la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, que opera tanto en el RAIS como en el RPM, por lo que, no es procedente que se ordene la devolución de lo que se descontó por comisión de la administración, pues ya están causadas. Agrega que, el artículo 1746 del CC habla de restituciones mutuas, intereses, frutos y mejoras y, con base en ello, debe entenderse, que aunque se declare la ineficacia, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, siendo ello la comisión de administración y los del afiliado los rendimientos y de esta forma debe conservar el fondo esta comisión.

SKANDIA S.A. apela igualmente la sentencia, solicitando se revoquen los numerales 1, 2, 4 y 7, pues conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, no es posible ordenar la devolución de los gastos de administración durante el tiempo que administró los recursos que fueron aportados por el actor, pues estos fueron utilizados para generar unos rendimientos financieros que son verificables con las pruebas aportadas. Señala que, Colpensiones durante este tiempo no ha administrado los recursos del demandante, por lo que devolver estos rubros implica un enriquecimiento sin justa causa. Arguye además que, no es procedente la declaratoria de ineficacia, pues sí se cumplió con el deber de información que les asistía como administradora respecto de la afiliación del actor en el año 2008, conforme a los parámetros legales de la época, por lo que, el Despacho en su decisión exige unos términos que no estaban vigentes para la época, y solo se dieron con posterioridad al acto de afiliación del demandante, por tanto, no es posible predicar una falta del deber de información. Solicita igualmente se tenga en cuenta la prescripción de los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, por lo que, se reclama es el acto de afiliación suscrito por el actor del año 2008, y de acuerdo con la norma aplicable se encuentra prescrito.

Y finalmente, **COLPENSIONES** interpone igualmente apelación, solicitando se considere lo establecido en las Sentencias C-1024 de 2004 y SU 062 de 2010, mediante las cuales se indica que, nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema, dado que el RPMD de descapitalizaría. Así mismo, se

recuerda por la Corte que, el derecho a la libre escogencia en los diferentes regímenes, no constituye un derecho absoluto ya que admite señalamiento de algunas excepciones que pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato. Señala que, en caso de que se considere confirmar la sentencia, solicita que las cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, y demás dineros, sean indexados por el periodo en que el actor permaneció afiliado al RAIS. Finalmente, manifiesta además su inconformidad frente a las costas, pues si bien se oponen a las pretensiones, obedece a un deber legal causado por el litigio iniciado por el actor y, no pueden tomar responsabilidad por los traslados del demandante, los que obedecen a supuestos engaños de las AFP y no de Colpensiones.

CONSULTA

Igualmente, por haber resultado la decisión desfavorable a la demandada COLPENSIONES, se impone a su favor el grado jurisdiccional de consulta, conforme a lo previsto en el artículo 69 del CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 18 de junio de 2021, 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 apoderada judicial de la parte demandante presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos de la demanda, solicitando que, se confirme la sentencia 137 del 15 de junio del 2021, en el sentido que, se declare la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por su poderdante y, de todas las afiliaciones que éste haya tenido, sin solución de continuidad.

Por su parte, los apoderados judiciales de SKANDIA S.A., COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., alegaron de conclusión, ratificándose de lo expuesto en las contestaciones a la demanda, solicitando se revoque la decisión y, en su lugar, se absuelva a sus representadas de todas y cada una de las condenas impuestas.

Traslado de AFP	2011-02-17	2011/03/20	COLFONDOS SKANDIA	2011-04-01	2011-11-30
Traslado de AFP	2011-10-19	2011/11/21	PROTECCION COLFONDOS	2011-12-01	

4 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 19395806					
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrado
1997-08-26	1997-09-08	01	AFILIACION	PROTECCION	

Un ítem encontrado.

1

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

De manera que, lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen, pues pide el demandante se declare nula y/o ineficaz, al considerar que las AFP demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN, SKANDIA, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN, le informaron que le convenía trasladarse al régimen de ahorro individual porque se iba a pensionar con mejores condiciones económicas y de edad, insistiendo que el Instituto de Seguros Sociales se iba a quebrar y a desaparecer, perdiendo todas las cotizaciones realizadas y bonos pensionales que estaban a cargo del Seguro Social, lo que ratifica el actor al momento de absolver interrogatorio de parte a instancia de dos de los demandados.

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 ibídem 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 (...)”*.

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-2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 782, **1217** 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,

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”.*

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”.

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 tal 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)*”.

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 COLPENSIONES, PROTECCIÓN, SKANDIA, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN, 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 demandadas, 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, éstas 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 accionadas, 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 derivada del hecho de brindar información únicamente sobre beneficios y no desventajas y la ausencia de igualdad negocial en una suerte de nexo de adhesión para quien es lego en la materia.

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(a) tiene capacidad para contratar, no hay vicios del consentimiento, no hay causa u objeto ilícito), razones por las que, la Sala no acoge los planteamientos expuestos por los apoderados de las demandadas en la alzada.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, habrá de confirmarse que, resulta **ineficaz el traslado–en sentido estricto o de pleno derecho- que el 01 de octubre de 1997**, realizó el demandante CARLOS EDUARDO BUSTOS NIETO del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., y su posterior traslado entre AFP´s a SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A. y nuevamente a PROTECCIÓN 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 y el porcentaje destinado al Fondo de

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...”

M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Garantía de Pensión Mínima. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.³), y en tal sentido, habrá de adicionarse la decisión.

Condenas que, deberán asumir las AFP's demandadas PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A., por los respectivos períodos de afiliación del actor, sentido en el que, se adicionará igualmente 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 las aquí demandadas, en ellas 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 actor, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, las que deberán subsanar PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS 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

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 (...).

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 a la afiliada, tal y como lo dispuso la A quo. 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 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), motivo por el cual, no prospera la argumentación en sentido contrario de la parte demandada recurrente Skandia S.A.

Con relación a la absolución de la llamada en garantía, aspecto que se conoce en consulta por la afectación que ello podría generar a COLPENSIONES, amerita confirmar lo decidido en primera instancia toda vez, que como se decanta de las pólizas de los seguros previsionales anexas al expediente, el amparado SKANDIA S.A. no se encuentra cobijado en su relación comercial con MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. para reclamar reembolsos, por las condenas aquí impuestas relativas a devoluciones integrales de lo percibido durante el tiempo de afiliación del demandante, menos cuando las pólizas amparan frente a la contingencia de cubrir sumas adicionales en los riesgos de invalidez y muerte, situación no acaecida tampoco.

Finamente, frente el argumento expuesto por el apoderado de COLPENSIONES, al sustentar la alzada respecto de la condena en costas, 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

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 M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

resuelva de manera desfavorable el recurso de apelación, por lo que, al haber sido dicha Entidad condenada, hay lugar a la imposición de costas, no prosperando el argumento de alzada.

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,

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales **TERCERO y CUARTO** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de:

I. ORDENAR a los Fondos de Pensiones **PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A.**, que dentro de los treinta (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 **CARLOS EDUARDO BUSTOS NIETO**, 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.

II. CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A.**, a que, dentro del término antes señalado, devuelvan 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 cada uno las cotizaciones del demandante **CARLOS EDUARDO BUSTOS NIETO**, 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.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, apelantes infructuosos y, a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1'000.000, a cargo de cada una. **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.

(firma electrónica)

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Magistrado



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado

Firmado Por:

MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 008 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

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:

43467911629bf9949218d29b88a3a09d9dbfcd93af8518c94221aa6464466f02

Documento generado en 15/07/2021 05:22:23 PM

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